InDret

Revista para el análisis del derecho

4.22

-

Octubre de 2022

Sumario 4.22

Editoriales

-
La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos
Carlos Gómez Ligüerre i-vii
-

A vueltas con la multa. De la relativa invisibilidad de la pena de multa y de las razones para que se investigue sobre ella viii-xii
Ester Blay Gil
-

Derecho privado

-
Una nueva lectura de la compraventa de animales de compañía 1-42
Klaus Jochen Albiez Dohrmann
-

Derecho Penal

-
Delito contra la libertad sexual y muerte dolosa «subsiguiente» agravada
José Luis Serrano González de Murillo 43-79
-
Autoincriminación "forzada" en las investigaciones internas. Prohibición probatoria según la imputación al Estado 80-111
Pedro Pouchain
-

Criminología

-
Desarrollo e implantación del Derecho penal de menores en España
Javier Guardiola García 112-149
-
La coordinación de políticas públicas: Clave para la protección de menores extranjeros en calle 150-167
Bertha Verónica Prado Manrique
-

Derecho Público y Regulatorio

-

Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho
Gabriel Doménech Pascual 168-228

-

Hechos probados y reforma de la casación. El enigma de la "base fáctica" de la sentencia civil
Jesús Zarzalejos Nieto 229-248

-

Actualidad

-

«Radar COVID» y protección de datos personales. Un análisis de los procedimientos sancionadores de la Agencia Española de Protección de Datos
Antoni Rubí Puig
Laura Herrerías Castro 249-280

-

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (juliol-setembre de 2022). Nota sobre conflictes de demarcació registral
Miriam Anderson 281-292

-

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal
Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallés 293-332

-

Recensiones

-

ExLibris
Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz 333-358

-

Traducciones

-

"Encubrimiento adelantado" como complicidad mediante formas de conducta cotidianas o típicas de la profesión
Harro Otto 359-387

-

Crimen, Cine y Criminología. Películas recientes sobre delitos sexuales
Nicole Rafter 388-406

-

InDret
4.2022

Editorial

La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos

El pasado 28 de septiembre, la Comisión Europea publicó la propuesta de nueva Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (COM (2022) 495). Si finalmente se aprueba, la propuesta derogará la vigente Directiva 85/374/CE, de 25 de julio, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y modificará el régimen legal aplicable a las pretensiones por daños causadas en esos casos.

La publicación de la propuesta ha sido la última de una larga serie de iniciativas promovidas por la Comisión Europea desde el año 2018. Se publicó entonces el quinto, y quizá último, informe de seguimiento de aplicación de la Directiva 85/374/CE (cfr. su artículo 21). Poco después, se hizo lo propio con el informe del grupo de expertos sobre responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial y otras tecnologías emergentes, del que esta revista dio cuenta a sus lectores en el documento que se puede consultar en este enlace. Después, el informe sobre el impacto de la nueva regulación y la apertura de los preceptivos trámites de consulta e información pública. En este enlace pueden consultarse los documentos que han jalonado el proceso previo a la propuesta de nueva Directiva.

La actualización de la regulación europea sobre responsabilidad por productos defectuosos es, sin duda, conveniente. La Directiva vigente se redactó en un momento que ya solo en parte se corresponde con el actual. Su regulación no da razón de los riesgos que suponen productos digitales o digitalizados, conectados con alguien o algo que rige sus usos posibles y que están, además, crecientemente interconectados entre sí. La Directiva vigente tampoco anticipó el desarrollo de tecnologías de inteligencia artificial ni los nuevos sistemas de suministro y distribución de productos a través de plataformas. La universalización del comercio electrónico es posterior a la Directiva vigente, como lo es también la relevancia de lo que se ha venido llamando el «mercado digital». La Directiva vigente, fruto de su tiempo, se preocupó de proteger a las víctimas de bienes muebles tangibles, además de la electricidad, frente a los riesgos que podía representar el uso razonable de un producto fabricado, importado a la Unión y, en todo caso, distribuido dentro de sus fronteras; que no permitía su modificación o alteración posterior, que no tenía otras cualidades o funcionalidades que las expresamente contempladas en

su diseño, que debía utilizarse conforme a unas determinadas reglas de uso y que estaba únicamente sujeto a los designios de sus usuarios.

En esas circunstancias, y a pesar de los inevitables cambios acaecidos en el mercado de productos, la Directiva que ahora languidece ha liderado un régimen eficaz de protección de los usuarios europeos.

Su combinación con otras directivas y reglamentos en materia de seguridad de producto, señaladamente la Directiva 2001/95/CE, de 3 de diciembre, relativa a la seguridad general de los productos (también en trámite de reforma y de conversión en un Reglamento), ha convertido el mercado europeo en un entorno seguro para la integridad física y patrimonial de sus participantes. Conviene que el nuevo régimen no disminuya ese nivel de protección que, en esta materia, tiene, además, un claro impacto en los incentivos a la innovación.

Procede, con la premura que impone la novedad del texto y con la cautela propia del análisis de una propuesta, destacar los aspectos novedosos, algunos discutibles, de la nueva regulación que se proyecta en la materia.

El primer grupo de novedades que supone la Propuesta para el lector familiarizado con la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos está en la definición del ámbito subjetivo de aplicación de la regulación.

La Propuesta, en su artículo 1, refiere su aplicación a los «daños sufridos por persona físicas causados por productos defectuosos». La norma propuesta, así, concreta en mayor medida el ámbito de aplicación de la regulación vigente. La Directiva todavía en vigor menciona al «perjudicado» como sujeto titular de la pretensión compensatoria por daños. Un concepto, el actual, más amplio que el propuesto, que excluye a entidades y personas jurídicas, sin una explicación plausible. El Considerando 19 de la Propuesta justifica la opción de la norma al afirmar que el nuevo texto tiene por objetivo «proteger a los consumidores».

La restricción de la aplicación de las normas de responsabilidad por productos a los daños sufridos por personas físicas es un error. Deja fuera de esa protección a las empresas y entidades que sufran daños a consecuencias de los daños que causen los defectos de los productos que empleen. Tales daños, a diferencia de lo que sucede en la actualidad, habrán de compensarse conforme al régimen nacional de responsabilidad civil que resulte de aplicación, fuera del ámbito de la homologación de reglas de responsabilidad que habíamos disfrutado hasta el momento y conforme a estándares de responsabilidad cuya diversidad puede perjudicar el correcto funcionamiento del mercado común.

Además, no es correcta la equiparación entre «persona física» y «persona consumidora» que la Propuesta parece asumir. La primera puede ser empresaria o profesional y sus daños, que encajarían en la definición del artículo 1 de la Propuesta, quedarían fuera del ámbito de la nueva Directiva conforme al Considerando 19, ya referido. La distinción entre el individuo y su actividad planteará, además, el problema de difícil solución de los daños 'causados a' o 'causados por' bienes destinados tanto a usos profesionales como a usos estrictamente privados. La equiparación, además, no es coherente con las opciones de algunos derechos europeos del consumo, entre otros el nuestro, que permiten considerar como «consumidor» a determinadas personas jurídicas y entidades sin personalidad (cfr. artículo 3.1 TRLGDCU), cuya inclusión en el régimen de protección de la Propuesta será dudosa.

Ciertamente, la Directiva de 1985 es anterior a la centralidad que el consumidor ha tenido en la reciente evolución del derecho europeo. En ocasiones, su protección ha servido de pretexto para ampliar la actividad de las instituciones europeas a ámbitos en los que podía resultar dudosa su competencia. Pero también es cierto que la regulación de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos podía mantenerse al margen de ese fenómeno de progresiva «consumerización» del derecho privado europeo. Ni todos los daños los sufren las personas

físicas, ni todas las personas físicas son siempre y únicamente consumidores. La Propuesta protege a menos personas que el régimen que pretende modificar.

También hay novedades en cuanto a los sujetos potencialmente responsables. La identificación vigente hasta la fecha concernía al fabricante, al importador a la Unión en caso de fabricante ubicado en un tercer estado y al suministrador en caso de falta de identificación de los anteriores (cfr. artículo 3 Directiva 85/374/CE). Una lista a la que, en el caso del ordenamiento español, se sumaba en términos algo confusos, el proveedor doloso (artículo 146 TRLGDCU). La Propuesta añade sujetos responsables, a los que se refiere de manera genérica como «operadores económicos».

En el artículo 7 de la Propuesta responde el fabricante –el del producto y el de sus componentes defectuosos-, también el importador a la Unión cuando el fabricante sea de un tercer país. En ese caso, sin embargo, junto al importador responderá el «representante autorizado» del fabricante. Un sujeto que hasta ahora solo aparecía en regulaciones europeas sectoriales, mayoritariamente relacionadas con la importación de productos sanitarios y que el apartado 12 del artículo 4 de la Propuesta define como «toda persona física o jurídica establecida en la Unión que haya recibido un mandato por escrito de un fabricante para actuar en nombre de este en tareas específicas».

En los casos en que no sea posible identificar a un fabricante europeo, a su importador a la Unión y a su representante autorizado, responderá el «prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia». Otro nuevo sujeto responsable que el apartado 14 del artículo 4 de la Propuesta define como «toda persona física o jurídica que ofrezca, en el transcurso de su actividad comercial, al menos dos de los siguientes servicios: almacenar, embalar, dirigir y despachar un producto sin tener la propiedad del producto en cuestión, con la excepción de los servicios postales [universales] (…) y cualquier otro servicio postal o servicio de transporte de mercancías». Es decir, que no paga el mensajero, pero sí quienes prestan servicios de logística. El Considerando 27 de la Propuesta menciona esta categoría de nuevos sujetos responsables subsidiarios, y afirma que «realizan muchas de las mismas funciones que los importadores, pero que pueden no siempre corresponder a la definición tradicional de importador en el derecho de la Unión».

Parece, en todo caso, que sus servicios deberán ofrecerse dentro del territorio de la Unión. De otro modo, resulte difícil de imaginar de qué modo pueden sustraerse del régimen de control de aduanas. Su inclusión entre los sujetos responsables extiende la responsabilidad en la cadena de distribución más allá de lo actual y más allá de los mecanismos tradicionales de distribución, como reconoce la propia Propuesta. La decisión solo puede ser justificado, acaso, en términos de protección de la víctima. Es difícil imaginar en qué medida quien almacene, embale, dirija o despache esté en condiciones de evitar o identificar y, en su caso, corregir, el defecto del producto.

En defecto de fabricante, importador y representante autorizado y del tramitador de pedidos a distancia, responderá el distribuidor del producto, salvo que en el plazo de 1 mes (la Propuesta concreta así el «plazo razonable» del artículo 3.3 de la Directiva 85/374/CE) identifique al operador económico que le suministró el producto. La misma regla, otra novedad destacable y bienvenida, se aplicará a las plataformas en línea (que no sean, a su vez, fabricante, importador). La previsión, sin embargo, ha de leerse conjuntamente con las exclusiones de responsabilidad de las plataformas en línea que actúan como meros intermediarios o sistemas de almacenamiento de archivos que se contienen en los artículos 4 a 6 del Reglamento sobre Servicios Digitales, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el mismo día en el que se escribe esta editorial. Su artículo 13, por cierto, obliga a las plataformas ubicadas en terceros países a designar un representante autorizado en la Unión.

La previsión de la Propuesta se aplica, por tanto, al supuesto –menos frecuente- en el que las plataformas «presentan el producto o permiten de otro modo la transacción específica en cuestión de manera que llevaría a un consumidor medio a creer que el producto es suministrado

por la propia plataforma en línea o por un comerciante que actúa bajo su autoridad o control» (Considerando 28 de la Propuesta).

Por último, otra novedad en cuanto a sujetos responsables en el artículo 7 de la Propuesta. También lo es la persona física o jurídica que modifique un producto cuando la modificación se considere sustancial y se lleve a cabo fuera del ámbito de control del fabricante original. En el Considerando 29 se concreta que tal responsabilidad, consecuencia necesaria de la apuesta por la economía circular, incluye los supuestos de remanufacturación, reacondicionamiento y reparación (siempre que supongan modificaciones sustanciales).

Los daños indemnizables se definen en el apartado 6 del artículo 4 de la Propuesta. Son tales las pérdidas materiales resultantes (¿por qué no se ha aprovechado para contemplar el daño puramente económico?) de la muerte o lesiones corporales, los daños o destrucción de cualquier propiedad diferente del propio producto defectuoso y la «pérdida o corrupción de datos que no se utilicen exclusivamente con fines profesionales». Mención esta última menos general de lo que puede parecer, pues, aunque el Considerando 16 de la Propuesta se complace en la inclusión de los datos, la manera de prever su pérdida como un daño no se refiere a los datos mismos, sino a los daños materiales que esta ocasione.

La protección legal de los datos será la que deriva del Reglamento 2016/679, sobre protección de datos y otras normas europeas en la materia (a las que acaso haya que añadir la *Data Act*, también en proceso de elaboración en el momento de escribir estas líneas). Los daños morales, que no se mencionan con esa expresión, parece que pueden tener cabida en la reclamación de las victima en la medida en que puedan ser considerados como «daños para la salud psicológica comprobados médicamente», que el precepto señalado considera incluidos, discutiblemente, en el concepto de lesiones corporales.

La Propuesta elimina la franquicia de 500 ECUS (500 euros en el artículo 141 TRLGDCU) que preveía el artículo 9 de la Directiva 85/374/CE y que ha tenido interpretaciones diversas en los ordenamientos de la Unión. La eliminación de ese límite mínimo de reclamación, que se justificó en su momento para evitar la avalancha de reclamaciones de escaso valor (*Bagatelleklagen*) ya no tiene sentido, al menos en teoría, tras la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre, sobre protección de los intereses colectivos de los consumidores.

De igual modo que con los daños indemnizables, la cuestión, central a este régimen, del concepto de producto se resuelve en el apartado de definiciones que se contiene en el extenso artículo 4 de la Propuesta. No parece la mejor técnica legislativa.

Son productos sujetos a la aplicación del régimen de responsabilidad por daños causados por sus defectos, todos los bienes muebles, aunque estén incorporados a otro mueble o a un inmueble. También la electricidad. Hasta aquí no hay cambios, pues tal es la previsión de la Directiva vigente. La Propuesta añade otros bienes intangibles. En concreto, los denominados «archivos de fabricación digital» y los programas informáticos.

Los primeros son los programas que permiten que una maquina fabrique algo. Señaladamente una impresora que genere productos en tres dimensiones y cuando el archivo que dirige la labor de la máquina sea defectuoso y provoque, por tanto, que el producto resultante también lo sea.

La inclusión de los programas informáticos acaba con las dudas que ha planteado su consideración como «productos». Sin embargo, la previsión legal es, de nuevo, menos general de lo que parece. El Considerando 12 de la Propuesta excluye de la consideración de producto al «código fuente de los programas informáticos (…) ya que se trata de pura información». El Considerando 13, por su parte, excluye la responsabilidad de los «programas informáticos libres y de código abierto». La justificación de la exclusión, al menos dudosa, está en que la extensión de responsabilidad a esos supuestos obstaculizaría la innovación o la investigación. Discutible, pues no es fácil averiguar de qué modo esa innovación o investigación está ausente en programas

que no se ofrecen de manera gratuita o cuyo desarrollo se lleva a cabo por profesionales contratados para ese fin.

Puesto que también responde el fabricante de un componente, el apartado 3 del artículo 4 ha de definirlo. Lo hace en los siguientes términos: «cualquier artículo, tangible o intangible, o cualquier servicio conexo que está integrado en un producto o interconectado con él por el fabricante de ese producto o que esté bajo su control». La definición, que incorpora bienes intangibles, da cabida a los programas informáticos adicionales o complementarios al producto y que este necesita para su correcto funcionamiento. Un extremo que debe complementarse con la definición legal que se propone para el «servicio conexo»: un servicio digital que está integrado en un producto o interconectado con él, de tal manera que su ausencia impediría al producto una o varias de sus funciones».

El servicio conexo, a diferencia, del componente, no requiere estar bajo el control del fabricante. Por tanto, la Propuesta de Directiva obvia los efectos legales que pudiera tener que el programa informático que asiste al funcionamiento del producto se encuentre incluido en él (*embedded*) o haya sido instalado desde fuentes ajenas al fabricante del producto (*stand alone*). Esa distinción puede afectar a la identificación de sujetos responsables, pero no a la consideración del producto como defectuoso.

La consideración de la responsabilidad por daños causados por productos que son defectuosos por la intervención de «servicios conexos» evidencia la necesaria superación de la distinción clásica entre producto y servicio, entre transmisión de bienes y prestación de una actividad. Con todas las complejidades que supone en términos de responsabilidad. A la vez, obligará a relacionar las disposiciones proyectadas con las lacónicamente incorporadas en la propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de inteligencia artificial. Esa propuesta prevé un sistema de responsabilidad por culpa (aunque presumida en muchos supuestos) que planteará problemas de relación con la responsabilidad objetiva por daños causados por producto defectuoso si ambos textos entran en vigor con la redacción que se propone.

La Propuesta actualiza, también, la definición de producto defectuoso. Lo será, conforme al artículo 6 de la Propuesta, el producto que no ofrezca la seguridad que el público en general tiene derecho a esperar. Esa expectativa depende de las circunstancias que se concretan en el mismo precepto, que incluye las que ya contempla el vigente artículo 6 de la Directiva 85/374/CE y algunas otras coherentes con la definición 'extendida' de producto que incluye al producto mismo y a otros con los que puede interconectarse o con servicios que pueden afectar a su funcionamiento.

Así, el defecto se evaluará teniendo en cuenta «el efecto en el producto de la posibilidad de seguir aprendiendo después del despliegue» y «el efecto sobre el producto de otros productos que quepa esperar razonablemente que se utilicen junto con el producto». La Propuesta incorpora a la definición de defecto la normativa de seguridad de producto. También, lógicamente, el «uso razonablemente previsible del producto», aunque a continuación se añade que también deberá considerarse al determinar la existencia del defecto «el uso indebido del producto». Una previsión, esta última, sorprendente y que habrá de moderarse en la práctica con la reducción de responsabilidad del operador económico en los casos de culpa concurrente de la víctima. De todos modos, como esta puede no ser el usuario del producto, es imaginable que acabe imponiéndose al operador responsable la obligación de compensar daños causados por un uso inadecuado del producto.

Como en la regulación vigente, la introducción en el mercado –mención que sustituye a la vigente referencia a la puesta en circulación y que parece una exigencia de la ampliación de la regulación a bienes intangibles- de productos más perfeccionados no supone que los anteriores devengan, por tal motivo, defectuosos.

La responsabilidad es objetiva, como ya se ha mencionado. El artículo 9 de la Propuesta prevé que el demandante habrá de probar el defecto, los daños sufridos y el nexo causal. No hay novedad en este extremo. Sí que la hay en la incorporación a la Propuesta de presunciones de existencia del defecto y del nexo causal entre este y el daño sufrido. Una batería de medidas que pueden ser refutadas por el operador demandado, pero que pretenden reducir la asimetría informativa entre operador responsable y víctima de productos, que pueden ser altamente complejos o en los que, por su capacidad de interconexión o de auto-aprendizaje, puede resultar muy costoso identificar el nexo causal entre el defecto y el daño sufrido.

El defecto se presume cuando el demandado no haya aportado pruebas suficientes de su inexistencia. Se trata de una inversión de la carga de la prueba que refuerza, en protección de la víctima, el carácter objetivo de la responsabilidad. El artículo 8 de la Propuesta incluye un novedoso sistema de revelación de información con cargo al demandado conforme al cual el juez le puede ordenar que aporte las pruebas sobre la corrección del producto. Es decir, aunque la norma no lo diga expresamente, que no concurren ninguna de las circunstancias previstas para concluir que el producto es defectuoso. La falta de exhibición de tales pruebas, supone la consideración del producto como defectuoso.

También se presume el defecto cuando el demandante demuestre que el producto no cumple los requisitos obligatorios de seguridad y cuando pruebe que el daño se causó con motivo del uso normal del producto. En ese caso, es evidente, aunque la norma propuesta no lo diga, que los daños no habrán de ser los que previsiblemente pueden causarse con motivo de ese uso normal o en circunstancias normales.

La causalidad se presume siempre que el daño sea compatible con el defecto demostrado. El juez podrá, además, presumir tanto el nexo causal como el defecto si considera que el demandante se enfrenta «a dificultades excesivas, debido a una complejidad técnica o científica» en la prueba de alguno de esos extremos.

El operador podrá exonerarse de responsabilidad por las causas que contempla el artículo 7 de la Propuesta. Entre ellas, hay que destacar que la exoneración por riesgos de desarrollo se contempla ahora con carácter general, sin que los legisladores nacionales puedan decidir sobre la exclusión de esa causa de exoneración de responsabilidad a categorías especiales de productos o fabricantes. La imposibilidad de descubrir el defecto conforme al estado de objetivo de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de la introducción del producto en el mercado o en el período en que el producto estuvo bajo el control del fabricante opera, en la Propuesta, como causa general de ausencia de responsabilidad.

En el caso de la responsabilidad por daños causados por modificaciones estructurales en el producto, el operador demandado no será responsable si prueba que el defecto tuvo su origen en una parte o componente del producto no afectado por la modificación.

Tampoco será responsable el operador demandado si demuestra que el defecto no existía en el momento de introducción del producto en el mercado. En ese caso, como consecuencia necesaria de los deberes que impone la Propuesta al definir producto y sus defectos, el fabricante no podrá esgrimir esta causa de exoneración si el daño se causó por un defecto en el producto posterior a su introducción en el mercado, pero ocasionado por un servicio conexo, un programa informático o sus actualizaciones o a la falta de estas, imputable al fabricante. Siempre que, en tales casos, esos orígenes del defecto tengan lugar durante el tiempo en que el producto está bajo el control del fabricante y durante el plazo de responsabilidad legal.

La pretensión indemnizatoria de la víctima del daño prescribe a los tres años y los operadores se benefician de un plazo máximo de responsabilidad de diez años, a contar desde la introducción del producto en el mercado, su puesta en servicio o su modificación. Así lo regula el artículo 14 de la Propuesta que introduce una novedad consistente en ampliar ese plazo máximo de

responsabilidad a quince años cuando «debido a la latencia de un daño corporal», la víctima no haya podido detectar antes la existencia del daño.

La regulación de los plazos de responsabilidad del operador en el artículo 14 de la Propuesta no se limita a afirmar la extinción de la responsabilidad por el mero paso de los plazos indicados, como hace la Directiva vigente en la regulación de esa cuestión. La Propuesta califica esos períodos máximos de responsabilidad como plazos de prescripción. Sujetos, por tanto, a las interrupciones y suspensiones previstas en los respectivos derechos nacionales. De igual modo a como sucede con el plazo de ejercicio de la acción por parte del perjudicado. Algo que, si no es corregido antes de la aprobación del texto, será motivo de controversia en la práctica y que no parece acomodarse con la seguridad jurídica que justifica el establecimiento de un plazo máximo de responsabilidad.

La intervención de un tercero no disminuye o excluye la responsabilidad del operador (artículo 12.1 de la Propuesta) y la responsabilidad de varios operadores económicos será solidaria (artículo 11 de la Propuesta). De igual modo en la regulación vigente, aunque la consideración de tercero interviniente es más estrecha en la Propuesta, que amplía la responsabilidad del fabricante a servicios conexos y actualizaciones informáticas durante el plazo en que el producto esté bajo su control.

El artículo 15 de la Propuesta impone a los Estados miembros la obligación de publicar «en un formato electrónico y fácilmente accesible, toda sentencia firme dictada por sus órganos jurisdiccionales nacionales en relación con los procedimientos iniciados en virtud de la presente Directiva, así como otras sentencias firmes pertinentes en materia de responsabilidad por productos defectuosos». El mismo precepto habilita a la Comisión a crear y mantener una base datos de acceso público que contenga esa información.

Por último, conviene destacar que, a diferencia de lo que ha sucedido hasta la fecha con la regulación europea en la materia, el artículo 3 de la Propuesta excluye la posibilidad de que los Estados miembros puedan «mantener o introducir en su derecho nacional (…) disposiciones más o menos estrictas para alcanzar un diferente nivel de protección de los consumidores». La Directiva, por tanto, es de armonización máxima. La Comisión no ha querido que existan divergencias nacionales, aunque lo cierto es que la literalidad de la previsión se refiere a los «consumidores» y no a las personas físicas que, como ya se ha visto, son el sujeto sobre el que la Propuesta proyecta su protección.

Carlos Gómez Ligüerre

InDret
4.2022

Editorial

A vueltas con la multa. De la relativa invisibilidad de la pena de multa y de las razones para que se investigue sobre ella

El mes pasado tuvo lugar en Málaga el XXII Congreso anual de la Sociedad Europea de Criminología. Más de 1800 participantes se reunieron durante cuatro días para compartir sus investigaciones e iniciar o continuar colaboraciones. Como en cada edición de este encuentro, la práctica de buscar palabras clave en el programa arroja resultados que reflejan, aunque sea de una manera aproximada, los intereses de la disciplina y los temas en los que trabajamos buena parte de las que nos dedicamos a ella. Este ejercicio evidencia la escasa atención recibida por la pena de multa[1].

La penología es una de las áreas de mayor desarrollo y producción científica en la criminología española. En este sentido, empieza a haber un considerable volumen de investigaciones de calidad sobre prisiones; en menor medida, empezamos a saber algo acerca de las penas comunitarias: aquellas penas llamadas alternativas que tienen un contenido de supervisión, especialmente el TBC y las suspensiones: sobre su contenido, sobre las decisiones judiciales sobre su imposición. Lo mismo sucede en relación con la suspensión. En este panorama alentador, sin embargo, destaca la falta de producción criminológica sobre la multa.

Esta relativa falta de interés, compartida en otros países, se extiende al conjunto de «sanciones monetarias» (responsabilidad civil, costas y, en determinados ordenamientos, la obligación del penado de sufragar gastos relacionados con la probation u otras sanciones) y sus efectos en términos de (re)integración social plena de las personas penadas[2].

[1] La búsqueda en el programa del Congreso de la palabra «*probation*» arroja 20 resultados y la de «*prison*» 75. Una búsqueda de «*fine*» y «*fines*» arroja 5 resultados, referidos a una mesa centrada en los *financial penalties*, con solo dos ponencias sobre la multa penal (el resto tratan las multas «covid»), una ponencia sobre la multa como sanción en casos de violencia doméstica y una sobre la multa como sanciones para delitos vinculados a las drogas en Francia.

[2] HARRIS, *A pound of flesh. Monetary sanctions as punishment for the poor*, 2016.

La escasa atención reciente que ha recibido la multa en el ámbito criminológico[3] se ha centrado en la reacción a su impago y, en particular, en el problema que representa el encarcelamiento por la imposibilidad de hacer frente a una multa[4]: no es, de este modo, la multa en sí, sino el hecho que en muchos ordenamientos su impago supone el recurso a la prisión, lo que ha motivado el estudio de la institución.[5]

Cabe preguntarse porqué la multa no ha suscitado el interés de la criminología académica (ni de los sociólogos del castigo ni de los criminólogos más orientados a la práctica). De entre las posibles razones, destacan las siguientes:

(1) La multa como pena supone una menor afectación a la esfera de derechos que la prisión, y hay cierto acuerdo también en que se trata de un castigo menos severo que las penas comunitarias[6]: esta menor afectación podría justificar una menor atención, por lo menos por parte de los académicos con una preocupación por los derechos humanos.

(2) La multa tiene un difícil encaje en los discursos dominantes en penología desde los años 1980. Así, en los 1980s encajaba mal con la tesis de la *dispersal of discipline*: las multas no son penas disciplinarias en el sentido que no buscan normalizar sujetos y no comportan un elemento de supervisión[7]. Tampoco encajan en la narrativa sobre el «giro punitivo», el «populismo punitivo», la «cultura del control»[8] o el «modelo penal de la seguridad ciudadana»[9], conceptos empleados para definir la política criminal de los últimos años, en los que ha sido central la idea del crecimiento de la pena de prisión y el endurecimiento general de las respuestas penales[10]. La multa no comporta ningún elemento de ejemplaridad ni un estigma asociado, queda fuera de los discursos más extendidos en el ámbito de la penología y no encaja en estos debates: así, «[m]ás que "calentar" el debate, la multa lo "enfría" y desdramatiza»[11], lo que podría estar contribuyendo a su falta de atractivo entre los investigadores.

---

[3] Hay excepciones en este panorama desalentador: además de algunos trabajos realizados desde el Derecho penal (entre otros CARDENAL, *La pena de multa. Estudio sobre su justificación y la determinación de su cuenta*, 2020 y 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*, n. 3, 2021), y trabajos penológicos clásicos (ROLDÁN BARBERO, *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal. Un estudio histórico de la moderna pena de multa*, 1982), cabe destacar la producción científica de FARALDO (ver, por todos, FARALDO CABANA, *Money and the Governance of Punishment: A Genealogy of the Penal Fine*, 2017).

[4] Ver, por ejemplo, GÓMEZ MARTÍN et al., *Presó per impagament de multa a Catalunya. Diagnòstic del problema i propostes de solución*, 2016.

[5] El escaso interés que suscita la multa contrasta con la mayor atención científica (y política) recibida por la prisión, que a pesar de ser la pena más grave en la mayoría de ordenamientos de nuestro entorno, casi siempre se aplica, proporcionalmente, a un porcentaje menor de casos: hasta cierto punto, pues, «las multas han estado sumergidas bajo la prisión en la teoría y en la investigación criminológicas» (O'MALLEY, «Theorizing fines», *Punishment and society*, vol. 11, n. 1, p. 68).

[6] VON HIRSCH/WASIK/GREENE, «Scaling community punishments», en VON HIRSCH/ASHWORTH (eds.), *Principled Sentencing*, Northeastern University Press, Boston, 1992, pp. 368 ss.

[7] BOTTOMS, «Neglected features of contemporary penal systems», en GARLAND/YOUNG (eds.), *The power to punish. Contemporary penality and social analysis*, Ashgate, Aldershot, 1983, pp. 166 ss.

[8] GARLAND, *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

[9] DÍEZ RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 3, pp. 1 ss.

[10] QUILTER/HOGG, «The hidden punitiveness of fines», *International Journal For Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 7, n. 3, 2018, p. 14.

[11] QUILTER/HOGG, *International Journal For Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 7, n. 3, 2018, p. 14.

(3) La multa es una sanción invisible, cosa que no sucede con la prisión. La prisión no es solo una pena social y culturalmente visible, sino que además tiene una arquitectura reconocible; la multa, como las penas comunitarias, no tiene «una arquitectura o un locus estructural», ni siquiera una iconografía en la cultura popular[12]. Si la *probation* no es «fotogénica»[13], menos lo es la multa. La multa puede pasar del todo desapercibida, incluso para el entorno del propio penado: no ocupa tiempo, únicamente ocupa dinero y se cumple mediante una transacción económica que puede permanecer en el ámbito de las actuaciones privadas y realizarse con la mayor discreción, mediante una transferencia equivalente a cualquier otra.

Adicionalmente, la multa es relativamente invisible en la producción estadística oficial. De las multas penales sabemos por la estadística de condenados del Instituto Nacional de Estadística, en la que se vuelcan anualmente las sentencias condenatorias que llegan al Registro Central de Penados. Un repaso a los datos allí publicados nos permite conocer el número de multas impuestas, a quiénes se imponen (sexo, edad y nacionalidad) y en respuesta a qué delitos. Ello no resulta suficiente para hacernos una idea de qué multas se están imponiendo en nuestro país y de qué sucede con su ejecución: no hay mención de la duración ni de las cuantías impuestas ni podemos saber cuántas multas se cumplen y qué sucede con las que se incumplen. A diferencia de lo que pasa con la multa, las administraciones responsables de la ejecución de las penas de prisión y de las penas comunitarias producen datos que, aunque insuficientes y problemáticos, pueden por lo menos constituir un punto de partida para los investigadores.

Estas dos formas de invisibilidad, que merecen análisis separados, se suman para explicar por qué no analizamos datos sobre la muta: estos datos no existen. Por ello, a las razones expuestas cabe añadir el coste, en términos de horas de investigación, que supone el simple hecho de generar el dato con el que investigar. Para ello es necesario recoger información mediante el vaciado de muestras suficientes de expedientes judiciales (ejecutorias), generalmente todavía en papel. El enorme coste de este tipo de trabajo, agravado por la escasez de la financiación disponible para investigación básica, contribuye a explicar, sin duda, el vacío señalado.

Lo poco que sabemos de las multas, sin embargo, permite defender la necesidad del estudio de su aplicación judicial y de su ejecución. Así, de acuerdo con los datos del INE, en 2021 se impusieron 141.066 penas de prisión, 58.612 penas de trabajo en beneficio de la comunidad, 5.649 penas de localización permanente y 257.411 penas de multa. *La multa supondría, de este modo, el 55% de las penas impuestas.* Sin conocer cómo se aplican estas multas en los juzgados y tribunales (cómo se decide sobre la aplicación de la multa cuando, por ejemplo, existe la posibilidad de elegir entre multa, trabajo en beneficio de la comunidad y prisión; o cómo se determina judicialmente la duración y la cuantía de las cuotas de multa, o cuáles son las cuantías impuestas en el caso de las multas proporcionales), es difícil realizar afirmaciones acerca del *conjunto* de las respuestas penales.

Sabemos poco, o nada, sobre qué comportan y significan las multas para las personas a las que se imponen, y a menudo asumimos que tienen un impacto menor en las mismas. A pesar de la aparente simplicidad y transparencia de la multa, los escasos estudios sobre sus efectos revelan

[12] ROBINSON, «The Cinderella complex: Punishment, society and community sanctions», *Punishment & Society,* vol. 18, n. 1, 2016, p. 102.

[13] NELLIS, «Representations of British probation officers in film, television drama and novels 1948–2012», *British Journal of Community Justice*, vol. 10, n. 2, 2012, p. 5.

que «constituye una forma de castigo que oculta realidades y efectos penales y sociales complejos»[14], lo que avala la necesidad de su estudio desde esta perspectiva.

El hecho de que la respuesta al impago de multa pueda suponer en última instancia el ingreso en prisión de una persona que inicialmente cometió un delito merecedor de multa exige atención a esta posibilidad, a cómo y a quienes se está aplicando en la práctica. El encarcelamiento por impago de multa constituye un problema desde el punto de vista del principio de proporcionalidad y del principio de igualdad de las penas y, como puso de manifiesto en su momento el *Departament de Justícia* de la Generalitat catalana[15], también lo es para la administración penitenciaria. Las personas que ingresan en prisión por impago de multa lo hacen por periodos breves de tiempo y poco más sabemos sobre las mismas.

La multa parece estar, de algún modo, «funcionando» en tanto se aplica masivamente en un sistema penal que trabaja «a destajo»[16]. Ello permite aventurar que para posibilitar esta aplicación masiva, quienes la realizan desarrollan mecanismos que agilizan y hacen más eficiente su aplicación: falta de individualización de las cuotas y de estudio económico hasta el momento del impago o falta de aplicación del trabajo en beneficio de la comunidad como reacción al impago, por poner dos ejemplos. Por otra parte, esta aplicación masiva pone de manifiesto que a pesar de los avances de la investigación para arrojar luz sobre el iceberg de la penalidad en España[17], nuestras afirmaciones sobre el conjunto del sistema serán necesariamente incompletas si sabemos poco o casi nada sobre el 55% de ese iceberg.

Ester Blay Gil

---

[14] QUILTER/HOGG, *International Journal For Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 7, n. 3, 2018, p. 9.

[15] Gómez Martín *et al.*, *Presó per impagament de multa a Catalunya*.

[16] DOMÉNECH PASCUAL, *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, 2009.

[17] BLAY GIL/VARONA GÓMEZ, «El castigo en la España del siglo XXI. Cartografiando el iceberg de la penalidad», Política Criminal, vol. 16, n. 31, 2021, pp. 115 ss.

Bibliografía

BLAY GIL, Ester/VARONA GÓMEZ, Daniel, «El castigo en la España del siglo XXI. Cartografiando el iceberg de la penalidad», *Política Criminal*, vol. 16, n. 31, 2021, pp. 115 ss.

BOTTOMS, Anthony, «Neglected features of contemporary penal systems», en GARLAND, DAVID y YOUNG, PETER (eds.), *The power to punish. Contemporary penality and social analysis*, Ashgate, Aldershot, 1983, pp. 166 ss.

CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, *La pena de multa. Estudio sobre su justificación y la determinación de su cuenta*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

COCA VILA, Ivó, «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*, n. 3, 2021.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 3, 2004, pp. 1 ss.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Civitas, Madrid, 2009.

FARALDO CABANA, Patricia, *Money and the Governance of Punishment: A Genealogy of the Penal Fine*, Routledge, Abingdon, 2017.

GARLAND, David, *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor et al., *Presó per impagament de multa a Catalunya. Diagnòstic del problema i propostes de solució*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2016. www.cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/cataleg/crono/2016/preso_impagament_multa_cat/preso_impagament_multa_recerca.pdf

HARRIS, Alexes, *A pound of flesh. Monetary sanctions as punishment for the poor*, Russell Sage Foundation, New York, 2016.

NELLIS, Mike, «Representations of British probation officers in film, television drama and novels 1948–2012», *British Journal of Community Justice*, vol. 10, n. 2, 2012, pp. 5 ss.

O'MALLEY, Pat, «Theorizing fines», *Punishment and society*, vol. 11, n. 1, pp. 67 ss.

QUILTER, Julia/HOGG, Russell, «The hidden punitiveness of fines», *International Journal For Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 7, n. 3, 2018, pp. 9 ss.

ROBINSON, Gwen, «The Cinderella complex: Punishment, society and community sanctions», *Punishment & Society*, vol. 18, n. 1, 2016, pp. 95 ss.

ROLDÁN BARBERO, Horacio, *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal. Un estudio histórico de la moderna pena de multa*, Akal, Madrid, 1982.

VON HIRSCH, Andrew/WASIK, Martin/GREENE, Judith, «Scaling community punishments», en VON HIRSCH, Andrew/ASHWORTH, Andrew (eds.), *Principled Sentencing*, Northeastern University Press, Boston, 1992, pp. 368 ss.

InDret
4.2022

Una nueva lectura de la compraventa de animales de compañía

Klaus Jochen Albiez Dohrmann
Universidad de Granada

Sumario

Desde hace ya algún tiempo, se percibe un cambio en la sociedad hacia los animales, viendo en ellos seres vivos con sus propios sentimientos, debiendo ser protegidos como lo que son. No obstante, los animales de compañía son también objeto de transmisiones gratuitas y onerosas. El estudio examina el impacto de la Ley 7/2021 en la compraventa de animales de compañía, así como también su regulación en la futura Ley de protección, derechos y bienestar de los animales.
La lectura que debemos hacer en el futuro debe ser otra. No puede concebirse la compraventa de un animal, como tampoco ninguna otra transmisión «inter vivos» o «mortis causa», como una mera transacción de una cosa, sino que quien vende y compra un animal de compañía debe ser plenamente consciente de los deberes que tiene cada uno con el animal antes, durante y después de la transacción.

Abstract

For some time, there has been a change in society towards animals, seeing them as living beings with feelings that must be protected as what they are. However, companion animals are also the object of gratuitous and onerous contracts. The study examines the impact of Law 7/2021 on the companion animals sale and purchase also its regulation in the future Animal Rights, Wellness and Protection Act.
The reading we should make in the future must be different. The sale and purchase of an animal, like no other transfer «Inter vivos» or «Mortis causa», cannot be conceived as a thing mere transaction, but whoever sells and buys a companion animal must be fully aware of the duties that each has towards the animal before, during and after the transaction.

Title: *A new reading of companion animals sale and purchase*

Palabras clave: Animales, animales de compañía, seres sintientes, compraventa de animales de compañía
***Keywords*:** *Animals, companion animals, sentient beings, companion animals sale and purchase*

DOI: 10.31009/InDret.2022.i4.01

InDret

4.2022

Recepción
14/06/2022
-
Aceptación
30/08/2022
-

Índice

-

1. Los animales: seres sintientes y también cosas. Una dicotomía jurídica inevitable

1.1. El bienestar de los animales como principio general del Derecho

1.2. Los animales son para el Derecho seres sintientes y también son cosas

1.3. ¿Pueden tener los animales derechos? ¿Y obligaciones?

1.4. Los animales de compañía: su difícil conceptuación jurídica

1.5. *Post scriptum*

2. La exclusión expresa de la compraventa de animales del régimen de garantías y servicios de posventa del TRLGDCU tras el RD-l 7/2021

3. La protección del comprador en la compraventa de animales de compañía en el régimen anterior

4. La reforma nimia del régimen jurídico de saneamiento por defectos en la compraventa de animales por la Ley 17/2021

4.1. Retoques en el régimen jurídico de la compraventa de animales en el Código civil

4.2. El nuevo artículo 1484.2

4.3. Leves retoques de los artículos 1485, 1492 y 1493

4.4. *Post scriptum*

5. La transmisión onerosa o gratuita «responsable» de animales de compañía en el Proyecto de Ley de protección, derechos y bienestar de los animales

5.1. Normas estatales y autonómicas

5.2. La transmisión de animales de compañía: una transmisión responsable

5.3. El régimen jurídico administrativo de las transmisiones de animales de compañía

5.4. Algunas reglas específicas para la venta de animales de compañía

5.5. La cesión gratuita de animales de compañía

5.6. La adopción de animales de compañía

5.7. Otras modalidades

6. La regulación paralela de la compraventa de animales de compañía en el Código Civil y en el Proyecto de Ley de protección, derechos y bienestar de los animales

7. A modo de epílogo: ¿Una nueva concepción de la compraventa de animales de compañía?

8. Bibliografía

9. Sentencias

-

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

1. Los animales: seres sintientes y también cosas. Una dicotomía jurídica inevitable*

1.1. El bienestar de los animales como principio general del Derecho

Desde hace ya algún tiempo, se percibe un cambio en la sociedad hacia los animales, viendo en ellos seres vivos con sus propios sentimientos, debiendo ser protegidos como lo que son, y no ser tratados únicamente como cosas para traficar con ellos y ser objeto de explotación.

Fue todo un avance, y también una importante conquista, el expreso reconocimiento en el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) al afirmar que los animales son seres sensibles[1]. Pero no pensemos que esta concepción de los animales es moderna, ni muchos menos[2]. El reconocimiento europeo de los animales como seres sensibles obliga, desde entonces, a todos los Estados miembros de la UE a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el bienestar de los animales. Con ello, la UE ha elevado a principio general del Derecho el bienestar del animal, y como principio general que es, ha de informar en lo sucesivo el ordenamiento jurídico europeo y los ordenamientos nacionales de los Estados miembros[3][4]. Nuestra propia Constitución garantiza el bienestar de los animales según se desprende de los artículos 93 y 10.2[5], aunque sería deseable una articulación constitucional de

---

* Autor de contacto: Klaus Jochen Albiez Dohrmann (jalbiez@ugr.es).

[1] Sobre el alcance y el contenido del artículo 13 TFUE, entre otros, CASTRO ÁLVAREZ, *Los animales y su estatuto jurídico. Protección y utilización de los animales en el Derecho,* ed. Aranzadi, 2019, pp. 122 ss.; ALONSO, «El artículo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Los animales como seres «sensibles [sentientes]» a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Animales y Derecho. Animales and the Law*, edts. FAVRE/GIMÉNEZ-CANDELA, ed. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 17 ss. Más ampliamente, LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, *El Derecho del Bienestar Animal en Europa y Estados Unidos,* ed. Aranzadi, 2012.

[2] Desde mucho antes, el hombre se preguntaba si los animales sufren, que es lo mismo como preguntarse si son seres sensibles, si sienten (así, PEREIRA, *Antoniana Margarita*: *opus nempe physicis, medicis ac theologis non minus vtile quam necessarium,* 1554 – la primera traducción al español data de 2000, *Antoniana Margarita,* de SOUTO GARCÍA y BARREIRO BARREIRO con un estudio preliminar por BARREIRO BARREIERO, Universidad de Santiago de Compostela; hay también una traducción al inglés en 2019 de GARCÍA VALVERDE y MAXWELL-STUART; o BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the principles of Morals and Legislation*, 1780 –obras citadas por LUGI, «¿Eterna Treblinka», *El Cultural*, 11-17 marzo, 2022, p. 7; en la misma Revista, MORGADO, «Ante nuestra propia humanidad», p. 6-).

[3] BRELS, «El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional del Derecho comunitario», *dA Derecho animal*, 2012, vol. 3/2, pp. 1 ss. DE TORRES PEREA, eleva la obligación del ser humano de respetar la naturaleza del animal como seres sirvientes a principio general del Derecho, debiendo ser plasmado en una cláusula general de directa aplicación positiva por el Juez, en *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, ed. Reus, Madrid, 2020, p. 195. También CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA subraya que el bienestar de los animales es un principio general del Derecho, que es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, «Entre personas y cosas: ¿Un nuevo derecho para los animales?», *Diario La Ley,* nº 9853, 2021, p. 4. El mismo autor en «Entre personas y cosas: animales y robots», *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* nº 14, febrero, 2021, p. 22.

[4] Para una primera lectura europea y comparada, *vid.* GIMÉNEZ-CANDELA, «The De-Objectification of Animals in the Spanish Civil Code», *dA Derecho animal,* 2018, vol. 9/3, pp. 22 ss. Una lectura más actualizada puede encontrarse en *La Ley 17/2021, sobre régimen jurídico de los animales. Comentario y aplicación práctica,* de DOMÍNGUEZ LUELMO, ed. Reus, 2022, pp. 13 ss.

[5] ALONSO GARCÍA, «El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español», *La Ley digital,* 2011.

mayor envergadura para proteger el bienestar de los animales[6]. Para algunos, cuidar y tratar bien a los animales, sin embargo, no es suficiente. Hay que avanzar mucho más[7]. A juicio de AZPITARTE GARCÍA, la causa animal exige un nuevo humanismo[8].

El bienestar de los animales no puede faltar en el título de una ley general de protección de los animales. Hay que celebrar, pues, que el presente Proyecto de Ley no sólo alude a los derechos de los animales sino también a su bienestar (Ley de protección, derechos y bienestar de los animales, en adelante, PLPDBA[9]). Los derechos de los animales no dejan de ser un postulado excesivamente abstracto que poca virtualidad práctica tiene, al contrario del bienestar que puede y debe asegurarse a cualquier animal según su especie. El Proyecto de Ley recoge una definición muy generalista del bienestar animal: «estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones que vive y muere, en los términos definidos por la Organización Mundial de Sanidad Animal» (art. 3, letra k). Esta definición genérica coincide con la definición básica que da el Código para animales terrestres. Como no podía ser menos, el bienestar de los animales es una de las principales finalidades de la futura Ley según proclama el artículo 1.1. «Esta ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico básico en todo el territorio español para la protección, garantía de los derechos, y bienestar de los animales de compañía y silvestres en cautividad, sin perjuicio de la sanidad animal que se regirá por la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal, y por las normas de la Unión Europea». Aunque el título del Proyecto de Ley se refiere en general a animales, su ámbito de aplicación es más reducido al comprender sólo los animales de compañía y silvestres en cautividad. Algunos animales de compañía pueden quedar fuera de la futura Ley -como los perros de caza-, por las muchas presiones que ejercen distintos grupos de la sociedad en nuestro país. La futura Ley es un texto inevitablemente ideológico, que además toca la sensibilidad de quienes están en contacto con los animales.

1.2. Los animales son para el Derecho seres sintientes y también son cosas

Tradicionalmente los animales son también cosas o bienes en cuanto que son susceptibles de posesión y apropiación en sus diversas formas, así como objeto de comercio. El BGB dice, sin embargo, en el parágrafo 90a que los animales no son cosas (*sind keine Sachen*)[10] [11] [12]. Ya antes lo

---

[6] Por todos, vid. CASADO CASADO, «La protección del Bienestar animal a través del ordenamiento jurídico-administrativo», De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador, prólogo de DE LUCAS, dir. CUERDA ARANAU, ed. Tirant lo Blanch, 2021,

[7] AZPITARTE GARCÍA, *Nietzsche y los animales. Más allá de la cultura y la justicia*, ed. Tirant lo Blanch, 2021, pp. 243-244.

[8] Cit., p. 245.

[9] Remitido el 2 de agosto de 2022 por el Gobierno de la Nación al Registro General de la Secretaría General del Congreso de los Diputados. Y está publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 12 de septiembre del mismo año.

[10] El texto completo es: «Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist». En Alemania hay una Ley estatal de Protección del Animal (*Tierschutzgesetz*), de 24 de junio de 1972, que ha sido sucesivamente reformada (la última Reforma es de 10 de agosto de 2021).

[11] *Vid.* LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, «La protección jurídica de los animales en Alemania y Francia», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental,* núm. 25, 2013, pp. 281 ss.

[12] Decir que el animal no es una cosa no permite, según GIMÉNEZ-CANDELA, crear un nuevo estatuto jurídico del animal, en *Transición animal en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 161. En este sentido, la Reforma española es más avanzada porque sí permite crear un estatuto nuevo del animal, pero no será en el Código civil, sino en la legislación especial.

decía también el ABGB en su artículo 285ª (introducido por la Ley federal austriaca de 10 de marzo de 1988). Es acorde, además, con el animal como ser orgánico[13]. Un ser orgánico no es una cosa. El parágrafo 90a BGB fue introducido por la «Ley de mejora del animal en el Derecho Civil», de 28 de agosto de 1990. Para algún sector de la doctrina alemana es una declaración llena de sentimientos sin un verdadero contenido jurídico. Un postulado ético recogido en una norma jurídica en palabras de HOLCH[14]. STEDING se pregunta si la norma es simplemente una cosmética jurídica conceptual[15]. Pero aunque los animales no son cosas según el BGB, deben ser tratados como cosas, porque de lo contrario no podrían ser objeto de tráfico jurídico. Es notable la coincidencia del artículo 511-1.3 del Código Civil de Cataluña, de fecha bastante posterior (2006), con el BGB, al declarar que «los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes. Solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza»[16]. Por mucho que se diga que los animales son seres sensibles, también son cosas o bienes. El Derecho, como se sabe, se sirve de conceptos jurídicos, y es inevitable que cuando los animales son objeto del Derecho y de actos jurídicos, son necesariamente cosas o bienes. Pero, a la vez, son seres sensibles, si bien es cierto que el Derecho ha tardado excesivamente en reconocer esta realidad.

Esta dicotomía de los animales como seres orgánicos/sintientes y cosas/bienes de los animales, que es insalvable, ha sido asumida en la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales[17]. Sin decir expresamente que los animales son cosas, el nuevo artículo 333 CC dice que los animales –se entiende que todos los animales vivos- también pueden ser objeto de apropiación. Por lo tanto, son cosas porque son o pueden ser objeto de apropiación, lo cual nunca se ha negado[18]. Como tampoco nunca se ha negado que pueden ser objeto de comercio, cumpliendo determinados requisitos, normalmente de tipo administrativo. Pero debe quedar claro que, después de la Reforma, los animales no son bienes muebles como eran considerados en la anterior redacción del Código civil. Hasta cierto punto, la Reforma no supera del todo, porque no puede, el anacrónico estatuto jurídico del animal reducido a cosa[19]. La Reforma ha

---

[13] Es una de las características de la definición del animal según la RAE. Es un «ser orgánico que vive, siente y se mueve por propio impulso». Después de la definición del animal en el artículo 333 bis.1, frase primera, CC, diciendo que «los animales son seres vivos dotados de sensibilidad», la RAE de la Lengua deberá revisar el concepto de animal. Por otra parte, no figuran en el Diccionario de la RAE de la Lengua los términos sintiencia/sentiencia.

[14] HOLCH, «Kommentar Paragraph 90a BGB», *Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil,* ed. 5ª, ed. Beck, 2006, p.1132 (hay ediciones posteriores a las que el autor no ha tenido acceso).

[15] STEDING, «Paragraph 90a BGB: nur juristische Begriffskosmethik? Reflexionen zur Stellung des Tieres im Recht», *Juristische Schulung,* 1996, p. 962.

[16] El legislador catalán modificará pronto esta norma, seguramente en el sentido del artículo 331.bis.1 CC. Aún en fase de exposición pública, el nuevo texto que se propone es el siguiente: «Los animales son seres vivos con sensibilidad física y psíquica que han de ser cuidados y tratados conforme a su especie y natural destinación y se debe procurar el bienestar del animal». Si son seres con sensibilidad física o psíquica es que son seres vivos. Sobra, pues, el adjetivo «vivos».

[17] Para conocer sus antecedentes, *vid.* ALÁEZ CORRAL, «Algunas claves de la reforma del Estatuto Jurídico Civil del animal en España», *dA Derecho Animal*, 2018, vol. 9/3, pp. 48 ss.

[18] *Vid.,* por todos, GIL MEMBRADO, *Régimen jurídico civil de los animales de compañía*, ed. Dykinson, 2014, pp. 15 ss.; ROGEL VIDE, *Los animales en el Código civil,* ed. Reus, 2017, pp. 14-15.

[19] El animal como cosa es, según GIMÉNEZ-CANDELA, un anacronismo, *Transición*..., cit., p. 160. Sobre el estatuto jurídico del animal, antes de la Reforma, MENÉNDEZ DE LLANO RODRÍGUEZ, «La modernización del estatuto del animal en la legislación española», *dA Derecho Animal*, 2018, vol. 9/3, pp. 59 ss.

tenido que decepcionar necesariamente a aquellos que niegan totalmente que los animales pueden ser tratados como una cosa.

Es significativo que el nuevo título del Libro Segundo del Código civil dice «De los animales, de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones». Los animales no se mueven porque son movibles (una característica de los bienes muebles), sino que se mueven por su propio impulso (así, la RAE de la Lengua). Por lo tanto, después de la Reforma, los animales, aun siendo también una cosa, quedan fuera de la tradicional división de bienes muebles e inmuebles *ex* artículo 335 CC. El animal, por ser cosa, es apropiable. El derecho por excelencia para gozar y disponer de un animal es la propiedad (en su nueva redacción del art. 348-1 CC), y, por lo tanto, el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor del animal para reivindicarlo (en su nueva redacción del art. 348-2 CC). Los animales son susceptibles de posesión (*vid.* los arts. 430, 432, 437, 438, 460 y 465 CC en su nueva redacción) y de ocupación (se reforman los arts. 610, 611 y 612 CC). Pueden ser objeto de cualquier acto de disposición (en particular, la venta de animales, que ha sido reformada parcialmente por la Ley 17/2021). Son considerados frutos las crías de animales desde que están en el vientre (según el reformado art. 357 CC, que incorpora un nuevo apartado). No se admite, sin embargo, la extensión objetiva de la hipoteca a animales colocados o destinados en una finca dedicada a la explotación ganadera, industrial o de recreo (según el nuevo art. 111 LH), y tampoco son susceptibles de embargo (así, el nuevo art. 605 LEC). Para los defensores de los derechos de los animales es imposible avanzar en esta línea si no se suprime, según defiende FRANCIONE, el estatuto de la propiedad[20], lo cual, creo sinceramente, resulta imposible. Para DE LUCAS el obstáculo no es el derecho de propiedad, sino la creación de un derecho subjetivo tomando como eje el derecho de propiedad. Es la capacidad del animal de sufrir daño la que justifica a no ser tratado como propiedad[21]. Este mismo autor afirma que tiene sentido hablar de un derecho básico y común a todos los animales sentientes (a los seres humanos también), el derecho a no ser reducido, a no ser tratado ni utilizado como un bien, es decir, como un objeto, como un medio, una herramienta, es decir, por utilizar la tesis de DE LUCAS, a no ser objeto de propiedad[22].

Al mismo tiempo, los animales son seres vivos dotados de sensibilidad (en inglés, *sentience*). Es una afirmación categórica que introduce la Ley 17/2021 en la primera frase del artículo 333 bis.1 CC. Por consiguiente, lo verdaderamente singular de esta Ley no es que el animal es una cosa, que lo es, además extraordinaria[23], sino que es ante todo un ser vivo dotado de sensibilidad. Se introduce en el precepto un concepto no jurídico, esto es, «ser vivo dotado de sensibilidad» en una norma jurídica. La Reforma ha dado un paso importante. En lugar de decir que el animal no es una cosa, afirma categóricamente que el animal es un ser vivo dotado de sensibilidad. El animal es, afirma GIMÉNEZ-CANDELA «alguien», no «algo»[24]. Será la ciencia la que nos va a decir qué se entiende por sensibilidad cuando es un animal. No hay un único grado de sensibilidad, como tampoco hay se puede generalizar el bienestar de los animales, debiendo fijarse por las normas grados o niveles de bienestar según las características de cada especie como señala el art.

---

[20] «Animales ¿propiedad o personas?», *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico,* 2009, nº 6, pp. 38 ss.

[21] «En el bicentenario de Darwin ¿derechos de los animales no humanos? La barrera de la dignidad», *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico,* 2009, nº 6, p. 18.

[22] Cit., p. 18.

[23] RODRÍGUEZ CASTAÑO, «Una breve reflexión sobre el artículo 333 bis.2 del Código civil», *CESCO*, 14 de enero de 2022, p. 3.

[24] *Transición…,* cit., p. 159.

333 bis 2. Pero también se deben establecer las consecuencias jurídicas si no se quiere convertir el artículo 333 bis. 1 en una mera declaración jurídica[25]. El artículo 333 bis. 1 es el primer paso para crear un nuevo estatuto jurídico de los animales.

Es realmente relevante que el Código civil se refiere al animal en general, sin establecer ninguna distinción, sin perjuicio de las clasificaciones en la legislación animalista, las cuales determinarán el régimen jurídico de las distintas especies de animales. La principal es la distinción entre animales de compañía y otros animales (así también en el PLPDBA)[26]. Hay un especial interés en la legislación animalista de proteger sobre todo a los animales de compañía por la estrecha vinculación recíproca entre los hombres y ellos.

La frase primera del artículo 333 bis.1 es, a partir de ahora, la norma central del nuevo régimen jurídico de los animales[27]. Todas las demás normas jurídicas privadas y públicas sobre los animales deben interpretarse de acuerdo con esta disposición. La frase primera del artículo 333 bis.1 podría elevarse a rango constitucional. La centralidad de esta disposición queda patente cuando, a continuación, el artículo 333 bis.1 determina que a los animales «será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección». Por lo tanto, cualquier norma jurídica que se refiere a animales, y no sólo las normas estrictamente de carácter patrimonial, siempre ha de ser interpretada y aplicada conforme a lo que es un animal, esto es, un ser sintiente. La mayor relevancia de esta norma es que por primera vez se establece una relación del hombre con el animal. Una relación, eso sí, meramente abstracta, que debe ser concretada en otras normas (p. e., en el PLPDBA en el que se establece una relación particularizada del hombre con los animales de compañía; esa misma relación no existe con los animales salvajes, es de otra naturaleza). Uno de los principales anhelos de la filosofía animalista es precisamente establecer definitivamente la relación hombre-animal, superar el muro especista, negar que el animal es una cosa, un ente alienado, ponerse en su dolor, en su lugar[28].

El artículo 333 bis.2 ordena al propietario, poseedor o titular de cualquier derecho sobre un animal a que respete su cualidad de ser sintiente a la hora de ejercer sus derechos y sus deberes sobre él, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes. El término central del artículo 333 bis.2 es «bienestar». Si el animal es un ser sintiente, se debe procurar que experimente el bienestar[29]. Si esta es la interpretación correcta, con la Reforma hay un cambio cualitativo en la protección de los animales. Las obligaciones que impone el artículo 333 bis.2 no son meras

---

[25] Me parecen muy interesantes y sugestivas las reflexiones sobre estos puntos de VALDÉS ROCHA, «Sintiencia animal: Necesidad de un reconocimiento jurídico material, y sus implicaciones teóricas y prácticas», *dA Derecho Animal,* vol. 12/3, 2021 pp. 113-115.

[26] El Anteproyecto de Ley tenía por título «Protección, derechos y bienestar de los animales», en adelante, ALPDBA (https:www.mdsocialesesa2030.gob.es). Hay otros textos que circulan por la red cuyos contenidos no coinciden con el redactado por el Ministerio de Derechos sociales y Agenda 2030.

[27] DOMÍNGUEZ LUELMO es crítico con esta norma. En general, le parece criticable que la reforma de muchos preceptos del Código civil consista sin más en incorporar un lenguaje inclusivo, añadiendo una referencia a los animales, junto con las cosas y los derechos (cit., pp. 32-33). Este autor comparte más la formulación catalana (*vid.* art. 511-1.3 Código civil catalán) (p. 32).

[28] *Vid.* AZPITARTE GARCÍA, en su lectura de los textos nietzscherianos, pp. 23, 32, 39. 119, 159, 232, 239.

[29] Cuando hablamos de bienestar, dice VALDÉS ROCHA, nos referimos entonces a condiciones predicables de seres sintientes, que implican consideraciones de índole moral basadas en los intereses del animal en sí mismo (cit., p. 115).

obligaciones naturales como algún sector de la doctrina defiende[30], sino obligaciones legales. Afirma Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO que en el ejercicio de cualquier derecho o en la solución de cualquier conflicto que afecte a animales habrá de tener en cuenta esa cualidad de seres sintientes -«principio que ha de presidir la interpretación de todo el ordenamiento jurídico» según el Preámbulo de la Ley-[31].

1.3. ¿Pueden tener los animales derechos? ¿Y obligaciones?

Si son seres sintientes los animales, ¿tienen derechos?[32] En la Declaración Universal de los Derechos del Animal, proclamada el 15 de octubre de 1978 por la UNESCO, en el primer considerando afirma, con gran solemnidad, que todo animal tiene derechos. Este texto internacional contiene una lista de derechos de los animales: derecho a la existencia, derecho a ser respetado, derecho a la atención, a los cuidados y a la protección del hombre, derecho a vivir en libertad, derecho a vivir y crecer al ritmo y en las condiciones de vida y de libertad que sean propias de su especie, derecho a que la duración de su vida sea conforme a su longevidad natural, derecho a una limitación razonable del tiempo e intensidad de trabajo, a una alimentación reparadora y al reposo… El texto termina con otra afirmación solemne: «Los derechos del animal deben ser defendidos por la ley, al igual que los derechos del hombre».

No es objetivo de la Ley 17/2021 fijar los derechos que tienen los animales (ni siquiera en la EM se alude a los derechos de los animales). Según DE TORRES PEREA, el legislador español al aprobar la Ley 17/2021 ha llegado tan lejos como podía llegar. No se vislumbra un resquicio por el que pudieran entrar a día de hoy los «derechos animales» o su reconocimiento como «sujetos de derecho», tal como se propone desde determinados foros jurídicos. Por tanto, el legislador ha seguido la primera de las opciones propuestas, esto es, la protección civil de los animales sin que implique ni un reconocimiento de derechos, ni considerarlos sujetos de derechos, ni atribuirles una dignidad equiparable a la humana[33]. Su objetivo es mucho más limitado, pero no por ello menos importante. Sienta las primeras bases de un nuevo Derecho de los animales acorde con

---

[30] Si la norma no establece ninguna consecuencia en caso de incumplimiento de las obligaciones que establece el precepto para el propietario, poseedor o titular del animal, podría decirse que las obligaciones son *naturalis* (RODRÍGUEZ CASTAÑO, cit., p. 2; esta interpretación también sigue DÍAZ ALABART, Silvia, «De los animales en el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero, 2022, p. 11). La interpretación debe ser, a mi juicio, otra. El artículo 333 bis.2 es una norma de carácter general que no pretende establecer una consecuencia jurídica en caso de incumplimiento de las obligaciones que establece, y que deberá ser aplicada, en su caso, juntamente con otras normas, como, p. e., el artículo 1484.2. CC, o cuando se aplican las normas administrativas (cfr. el art. 63 ALPDBA, en particular el apartado tres). No es, como afirma TRUJILLO VILLAMOR, una especie de «brindis al sol» que requiere la intervención del Derecho público (Derecho penal o administrativo para imponer sanciones), pero no hay consecuencias de Derecho privado: ¿quién va a exigir el cumplimiento de la norma: el propio animal? («Vale, aceptando pulpo como animal de compañía. Una modificación del Código Civil», *CESCO*, 14 de enero de 2022, p. 6). Dice DÍAZ ALABART que el perjudicado no es el animal, sino únicamente el titular de los derechos sobre él, con lo que el acreedor y el deudor coincidirán en la misma persona extinguiendo su obligación (cit., p. 11). El error de este planteamiento, insisto, es que se hace una lectura aislada del artículo 333 bis. 2. Este precepto forma parte de un futuro sistema jurídico que será mucho más acorde con el moderno Derecho de los animales.

[31] «Cosas, bienes y animales», Tribuna, *Cuadernos de Derecho Privado,* 2, 2022, p. 3.

[32] Una cuestión que ya se planteaban los romanos. Así ULPIANO y en el *Corpus iuris civilis* (SCHLITT, «Haben Tiere Rechte?», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Vol. 78, No. 2, 1992, p. 225).

[33] «Una perspectiva multidisciplinar –jurídica, biológica y filosófica- sobre los animales, y su incidencia en el Derecho civil español», *Un nuevo Derecho civil de los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre,* dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, ed. Reus. 2022, p. 63. Como contrapunto, *vid.* PÉREZ MONGUIÓ, sobre los argumentos a favor del reconocimiento de derechos a los animales, en *Animales de compañía,* ed. Bosch, 2005, pp. 56 ss.

los tiempos actuales, necesario por otra parte porque España estaba quedando atrás en la protección y los derechos de los animales, y nada acorde con el Derecho europeo que mucho antes ya había consagrado la obligación de los Estados miembros a asegurar el bienestar de los animales. Aunque la Ley 17/2021 responde a una presión política de la izquierda que quiere modernizar cuanto antes el Derecho de los animales, que para muchos es insuficiente, tiene al menos la virtud de haber fijado algunas bases para seguir avanzando.

Tanto el ALPDBA, presentado a finales de 2021, como el Proyecto de Ley, presentado a las Cortes Generales el 2 de agosto de 2022, reconocen explícitamente que los animales tienen derechos. En lugar de ello, se refiere a las obligaciones de los titulares de los animales según éstos sean de compañía, domésticos, silvestres en cautividad o utilizados en actividades profesionales[34]. Hasta ese momento, entre todas las leyes autonómicas, sólo la del Principado de Asturias, la Ley 13/2002, de 23 de diciembre, contiene en su título una referencia expresa a los derechos de los animales. Entre los fines de esta Ley autonómica, se dice que se pretende «alcanzar un nivel de bienestar de los animales adecuado a su condición de seres vivos, recogiendo derechos inherentes a esta condición» (art. 2.1a). Quizá, según FERNÁNDEZ DOMINGO, sea una decidida vocación legalista la que impele a utilizar una terminología que para él es a todas luces errónea[35]. No pueden existir derechos allí donde no caben obligaciones. En realidad, nos estamos refiriendo a situaciones que necesiten protección… pero nada más[36]. Somos nosotros quienes, por tener «derecho» a servirnos de los animales, estamos obligados a su cuidado[37]. En la misma línea, DE TORRES PEREA afirma que no se trata de discutir si los animales tienen derechos, como de reconocer que los seres humanos tenemos deberes con los animales[38]. El artículo 331 bis.2 CC responde a esta línea interpretativa al decir que el propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal, que implica ejercer derechos sobre él, tiene «deberes de cuidado». El cuidado supone respetar al animal («respetando su cualidad de ser sintiente», dice la norma), que sólo se satisface si se asegura su bienestar según la especie. Humanidad con los animales, afirma rotundamente CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, mas sin la necesidad de humanizarlos[39]. Considerar que los animales son sujetos de derecho, con su propia capacidad, y, por tanto, con sus derechos y deberes, resulta forzado[40] [41]. La protección de los animales puede enfocarse desde planteamientos más sencillos, sin tener que recurrir a conceptos jurídicos que son propios de las personas físicas y jurídicas. No obstante, hay una corriente jurídica a favor de considerar que los

[34] Resaltado también por DE TORRES PEREA, «Una perspectiva multidisciplinar», cit., p. 64.

[35] Etología, Ecología y Derecho. Una visión propedéutica de los animales, ed. Reus, 2021, p. 10.

[36] *Ídem*, p. 10.

[37] *Ibídem,* p. 11.

[38] El nuevo estatuto jurídico de los animales…, cit., p. 73.

[39] Cit., p. 6.

[40] Sobre los fundamentos epistémicos de Derecho animal, DE LA TORRE TORRES, *Los fundamentos de los derechos de los animales,* ed. Tirant lo Blanch, 2021, pp. 125 ss.

[41] Resulta de interés el examen de TRUJILLO VILLAMOR de la siguiente cláusula: «Se prohíbe la entrada de animales de compañía en la vivienda», insertada en un contrato de arrendamiento de vivienda sujeta a la LAU. Teniendo los animales la consideración de seres vivos sintientes, ¿puede ser nula esta cláusula por ser discriminatoria? Se debe rechazar esta solución, como indica esta autora, porque los animales no son personas, no siendo de aplicación las normas que prohíben la discriminación de personas por algún motivo, en particular el artículo 14 CE (en «Prohibido animales: Los animales como «seres sintientes» en los contratos de alquiler», *CESCO,* 26 de marzo de 2022).

animales tienen una entidad jurídica propia, que, como seres sintientes, pueden ser titulares de derechos, pero sin deberes y sin capacidad de ser titulares de obligaciones[42].

El PLPDBA no sólo reconoce que los animales tienen derechos, sino que ofrece una definición de sus derechos, pero no en la lista de definiciones del artículo 3, como se hace en el Anteproyecto, sino en el artículo 1, que determina el ámbito y objeto de la futura Ley, poniendo de relieve la importancia que para esta Ley tienen los derechos de los animales. Dice el artículo 1.2. que «se entiende por derechos de los animales su derecho al buen trato, respeto y protección, derivados de las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a las personas, en particular a aquéllas que mantienen contacto o relación con ellos». Y entre las finalidades de esta futura ley, se quiere «establecer un marco de obligaciones, tanto para las Administraciones Públicas como para la ciudadanía, en materia de protección, cuidado y derechos de los animales» (art. 2.2, letra h).

La protección que se debe asegurar depende, en primer lugar, de cada uno de nosotros, pero, al mismo tiempo, la protección de los animales debe ser asegurada por el ordenamiento jurídico. Afirma DÍAZ ALABART que los animales han de ser objeto de derechos y no sujetos de derechos[43]. Es significativo que el ALPDBA hablaba mayoritariamente de obligaciones de los titulares de animales que conviven con animales, en lugar de derechos de los animales. En opinión de muchos, se puede construir efectivamente un estatuto jurídico de los animales sobre la base de regular las obligaciones o deberes de quien tiene animales, ya que pueden existir sin que haya derechos[44].

No podemos caer en el error de equiparar el animal al hombre, ni siquiera la naturaleza lo pretende, como tampoco podemos humanizar al animal como en la sátira, en la literatura infantil, en el cómic o en la literatura de ciencia ficción. Y tampoco el Derecho. Dice DÍAZ ALABART, las normas no deben humanizar a los animales[45]. Para los animalistas esta postura es retrógrada. Al menos, se debe establecer una relación hombre-animal, superar el muro hombre animal, no ver el animal desde fuera, como, por norma general, se hace. El animal, a diferencia del hombre, no tiene conciencia de la bondad y de la maldad de sus actos, y menos aún tiene autoconciencia[46]. Tampoco se sabe siempre cómo siente el animal exactamente el dolor porque es difícil valorar sus verdaderas emociones ante el sufrimiento. Dice NIETZSCHE que el dolor es único, sea animal, sea humano, y la capacidad de sufrimiento del ser vivo es un hecho innegable[47]. El hombre tiene un deber con los animales, que es un deber ético pero también jurídico, de evitar al máximo el dolor.

---

[42] Esta es la posición, entre otros, de GIMÉNEZ-CANDELA, cit. (también en «Persona y Animal: una aproximación sin perjuicios», *dA Derecho Animal*, vol. 10/1, pp. 11-12); NAVA ESCUDERO, «Los animales como Sujetos de Derecho», *dA Derecho Animal,* vol. 10/3, 2019, en particular en las pp. 62-66, en las que este autor niega que los animales sean personas jurídicas, pero sí defiende que son sujetos de derecho; VALDÉS ROCHA, cit., p. 12.

[43] Cit., p. 6.

[44] Sobre un nuevo estatuto jurídico y sus posibles enfoques, en particular DE TORRES PEREA, *El nuevo estatuto jurídico de los animales…,* cit., pp. 108 ss.

[45] Cit., p. 6.

[46] Pocas veces se puede expresar mejor en un poema lo que siente un animal poco antes de su muerte, de Felipe BENÍTEZ REYES, titulado «El tránsito», cuyo primer verso primero: «Una paloma ha elegido mi terraza para su agonía» (Revista *El Cultural*, 18-24 marzo 2022, p. 11).

[47] Citado por AZPITARTE GARCÍA, cit., pp. 154, 201. NIETZCHE se pone en lugar del animal, en lugar del pobre ser torturado.

Sin embargo, si el animal es un ser sintiente –que no se duda-, podría entenderse que también tiene derechos. El problema es cómo se reconocen y se construyen esos derechos en el ordenamiento jurídico. Cuando hablamos de derechos es porque se tiene personalidad jurídica, reconociendo que tiene una capacidad jurídica. Son atributos jurídicos que se asignan a las personas. ¿Acaso el animal tiene también personalidad y capacidad jurídicas? ¿Se puede establecer una relación jurídica entre persona y animal? ¿Podemos hablar de obligaciones de los animales en su relación con las personas? Las respuestas no las podemos encontrar en el puro conceptualismo jurídico, de acuerdo con las construcciones jurídicas tradicionales, están abocadas al fracaso. Es necesario un debate jurídico, filosófico y ético con nuevas miras[48]. Pero al menos señalar que se puede hablar de posibles derechos, según BIRNBACHER, si bien en un sentido laxo, sobre tres premisas, al margen de todas las circunstancias: el animal tiene su propio espacio y actuación que no debe ser impedido; al animal no se debe impedir lo que quiere hacer o no hacer (en palabras de NUSSBAUM, *flourishing life)*, asegurándole la libertad que necesita, y al animal se debe evitar sufrimientos innecesarios[49]. Cabe elaborar, al menos, una lista de derechos negativos[50]. Ninguno de estos derechos puede reclamar el animal, pero pueden ser asegurados por el hombre. Una construcción jurídica, que no deja de ser conceptualista, de los derechos de los animales podría ser a través de la figura de la representación legal en virtud de la cual los hombres, la administración y las entidades protectoras ejercen en nombre de los animales sus derechos.

En la construcción de los derechos de los animales subyace un patocentrismo moderno. La conciencia del hombre respecto de los animales ha cambiado. Como el hombre sufre con el sufrimiento del animal, el hombre quiere proteger a los animales. Siempre ha habido esta conciencia, pero ahora esta conciencia es mucho mayor.

1.4. Los animales de compañía: su difícil conceptuación jurídica

El régimen legal de la venta de animales de compañía previsto en el artículo PLPDBA exige que por ley se defina lo que es un animal de compañía. Según la definición del artículo 3, letra a, del Proyecto de Ley, es animal de compañía: «animal doméstico o silvestre en cautividad, mantenido por el ser humano, siempre que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones o cualquier uso industrial o cualquier otro fin comercial o lucrativo y que pertenezca a una especie que esté incluida en el listado positivo de animales de compañía. En todo caso perros, gatos y hurones, independientemente del fin al que se destinen o del lugar en el que habiten o del que procedan, serán considerados animales de compañía. Los animales de producción sólo se considerarán animales de compañía en el supuesto de que, perdiendo su fin productivo, el propietario decidiera inscribirlo como animal de compañía en el Registro de Animales de Compañía». El texto del ALPDBA era mucho más escueto, y mucho más deficiente al remitirse exclusivamente a una normativa europea. Decía el entonces artículo 3, letra b, que el animal de compañía es «aquel que se mantiene principalmente en el hogar, siempre y cuando su especie esté contemplada dentro del listado positivo y del Anexo I del Reglamento

[48] Me parece muy interesante y necesaria la lectura de la obra de AZPITARTE GARCÍA, cuyo análisis nietzscheriano sobre el mundo animal resulta tremendamente sugerente, además de ayudar a comprender mejor las posiciones actuales en la filosofía y la política animalista.

[49] BIRNBACHER, «Menschenrechte für Menschenaffen», http://docplayer.org.

[50] *Vid.* AZPITARTE GARCÍA, cit., p. 231.

(UE) 2016/429 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016»[51]. [52] El animal de compañía se identifica con el animal doméstico, que es un concepto más clásico, aparte de ser aquél un concepto más descriptivo y común en el lenguaje actual[53], si bien en la legislación autonómica se usan ambos conceptos, se debe subrayar la disparidad existente sobre la definición de animal de compañía[54]. Y son «categóricamente» animales de compañía, según la misma norma, «todos los perros, gatos y hurones, independientemente del fin al que se destinen o el lugar en el que habiten o del que procedan»[55] [56]. Para facilitar qué animales específicos son de compañía, además de los ya señalados, se creará un listado de especies que pueden ser objeto de tenencia como animal de compañía (vean los arts. 42 y ss. del PLPDBA). Debe prevalecer la normativa administrativa a los efectos de lo que se entiende por animal de compañía, siendo de poca utilidad el artículo 465 CC, además de ser confusa su redacción[57], según la cual «los animales salvajes o silvestres solo se poseen mientras se hallan en nuestro poder; los domesticados se asimilan a los domésticos o de compañía si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor o si bien han sido identificados como tales». Esta norma sólo se debe interpretar desde el instituto jurídico de la posesión material o de hecho.

Más allá de cualquier definición normativa, podemos tomar en consideración la que articula PÉREZ MONGUIÓ: son mantenidos por el hombre, viven principal o generalmente en el hogar, su finalidad será la de compañía y la inexistencia de ánimo de lucro o actividad económica.[58]

En el Código civil, después de la Reforma, son varias las normas que se refieren concretamente a los animales de compañía (cfr. arts. 90.1b bis, 90.2, 90.3, 91, 94 bis, 103.1ª bis, 404, 914 bis y 1864 CC). Esta definición tendrá que venir de la mano de las normas administrativas que son las más apropiadas. De momento sólo existen normas autonómicas, pero es preferible que sea una ley estatal la que defina lo que son animales de compañía. No es el caso de la regulación de la venta de animales en el Código civil, el cual sólo distingue entre animales y ganados (cfr. arts. 1494 y 1499 CC). No así, sin embargo, en el PLPDBA, en el que se regula específicamente la venta de animales de compañía (art. 63).

---

[51] Relativo a las enfermedades transmisibles de los animales y por el que se modifican o derogan algunos actos en materia de sanidad animal.

[52] El animal de compañía es, en palabras de NIETZSCHE, un animal enjaulado, contra sí. Es la cultura *versus* lo natural. No necesariamente todos los animales de compañía están enjaulados (tomado de AZPITARTE GARCÍA, cit., p. 157).

[53] PÉREZ MONGUIÓ, cit., p. 152.

[54] Subrayado por CASADO CASADO, cit., pp. 56-60.

[55] Además de estos animales, son también de compañía, según la Parte B del Anexo I: invertebrados (excepto las abejas, los moluscos pertenecientes al *filum Mollusca* y los crustáceos pertenecientes al *subfilum Crustacea*), animales acuáticos ornamentales, anfibios, reptiles, aves: especímenes de especies aviares distintos de las gallinas, pavos, pintadas, patos, gansos, codornices, palomas, faisanes, perdices y estrucioniformes (*Ratitae*), mamíferos: roedores y conejos distintos de los destinados a la producción de alimentos.

[56] La especial consideración hacia perros y gatos, siendo siempre animales de compañía, aunque son objeto de venta, le parece a PÉREZ MONGUIÓ un error (cit. p. 172).

[57] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, cit., p. 6.

[58] Cit., pp. 169-171.

1.5. *Post scriptum*

Hay un importante mercado de tráfico de animales, que, a su vez, mueve enormes sumas de dinero para su cuidado. España es el quinto país de la UE que más dinero dedica al cuidado de los animales de compañía. Por lo tanto, no es una cuestión menor el tratamiento jurídico de la venta de animales, que, por otra parte, no puede ser uniforme atendiendo a las distintas clases o denominaciones de animales que deben ser protegidos (animales de compañía, animales domésticos, animales de asistencia, animales productores, animales para actividades deportivas, animales exóticos, animales salvajes, animales urbanos, animales en extinción, animales para la investigación...)[59]. Se critica la ausencia de una categorización de los animales en la Reforma del Código civil[60], pero ello corresponde, a mi juicio, establecer en otras leyes como la futura Ley de protección, derechos y bienestar de los animales, o las existentes en numerosas leyes autonómicas. Aun así, la nueva regulación de los animales en el Código civil no se ha realizado distinguiendo por especies, sino conforme a la función que ejerce el animal[61]. Las cuestiones que puedan surgir, p. e., sobre el concepto de animales de compañía, se resolverán de acuerdo con la normativa administrativa sobre animales, más allá de la distinción entre leyes privadas y públicas porque no son compartimentos totalmente estancos.

Esta doble concepción del animal como ser sintiente y como cosa susceptible de ser objeto jurídico con el que se puede traficar no deja de ser una dicotomía, pero es una dicotomía inevitable. El PLPDBA reconoce esta realidad -como también la Ley 17/2021- al afirmar en la Exposición de Motivos que «el propósito de esta normativa es incidir en la paradoja que existe entre el reconocimiento de ser sensible al animal y su cosificación comercial». Por eso, desde esta doble perspectiva, no se puede renunciar a un régimen jurídico que conjugue ambas cualidades –el animal como ser sintiente y como cosa-.

2. La exclusión expresa de la compraventa de animales del régimen de garantías y servicios de posventa del TRLGDCU tras el RD-l 7/2021

El Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que transpone, entre otras, las Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE, dispone expresamente en el artículo 114.2a del Texto Refundido de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU) que el régimen de garantías y servicios posventa no rige para la compraventa de animales vivos. Era una de las opciones de los redactores del RD-l 7/2021, el cual ha entrado en vigor el 1 de enero de 2022. Aun siendo la Directiva 2019/771/UE una directiva de máximo de acuerdo con el artículo 4, como también la Directiva 2019/770/UE, el artículo 3.5b da a los Estados miembros de la UE la facultad de excluir de su ámbito de aplicación la compraventa de animales vivos. España, que por una vez ha transpuesto una normativa comunitaria en el plazo previsto, ha optado por esta exclusión, sin que se sepa cuáles son las razones concretas de esta decisión. Tampoco encontramos en los considerandos de la Directiva 2019/771/UE una explicación para elegir la opción contraria, es

[59] Una primera catalogación de animales encontramos en el artículo 465 CC, que distingue entre animales mansos o domésticos, amansados o domesticados y fieros. Esta clasificación civil de los animales debería ser revisada en el futuro o sustituida por la legislación animal (vean las definiciones de distintos animales según el PLPDBA).

[60] TRUJILLO VIILAMAR, cit., p. 2. Igualmente, VIVAS TESÓN, «Si los animales son seres sintientes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivienda?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* nº 41, 2022, pp. 48 ss.

[61] DE TORRES PEREA, «Una perspectiva multidisciplinar...», cit., p. 60.

decir, que el régimen de garantías en la compraventa de bienes (de consumo) sea aplicable a animales vivos. La opción que se da a los Estados miembros de optar por este régimen cuando la venta es de animales no aparece en el texto originario. Se introduce con posterioridad, a instancia de la Comisión Europea, concretamente en el texto de modificación de la Propuesta de Directiva, con fecha de 3 de diciembre de 2018. Quizá una de las razones de esta modificación sea porque algunos países tenían en ese momento una regulación específica de los vicios o defectos de animales que se venden (es el caso de Francia).

La Directiva 1994/44/CE, de 25 de mayo, no había establecido ninguna norma a favor o en contra de la aplicación del régimen de garantías y servicios posventa a la compraventa de animales. El objeto de esta Directiva eran llanamente los bienes de consumo, que se definían como bienes muebles corpóreos (art. 1.2b), por lo que los animales, siendo cosas o bienes corpóreos vivos (seres orgánicos), al menos, podrían estar comprendidos en la Directiva (así, la SAP de Girona, Sección 1.ª, 30 de junio de 2011, que dice que los animales son bienes muebles corporales de naturaleza especial).

La Directiva 2019/771/UE se refiere sin más a «animales vivos», como también el RD-l 7/2021. El adjetivo «vivo» sobra porque el animal, como tal, es siempre un ser vivo. Si no está vivo, no es animal, es un cadáver o un producto que se comercializa.

El Código civil se refiere, con carácter general, a la venta de animales, y también a la venta de ganado. En el ámbito privado puede haber venta entre particulares, entre empresarios y consumidores, así como entre empresarios. Atendiendo a la especie, cabe distinguir, según el Código civil, la venta de animales de compañía[62] (mascotas), animales domésticos (animales que se tienen en casa, pero sin ser mascotas –p. e., gallinas o conejos que se tienen en el jardín-), animales exóticos (aquellos que pueden ser objeto de comercio), animales para la práctica de deporte… Pero la futura Ley de Protección condicionará necesariamente el régimen jurídico de las ventas de animales cuando son de compañía. Así, p. e., no se admite la venta entre particulares; sólo sería posible la cesión gratuita.

Había razones para incluir la compraventa de animales en el régimen de garantías y servicios de posventa *ex* artículos 114 ss. TRLGDCU. La principal es la deficiente e incompleta protección que dispensa al comprador el específico régimen de saneamiento por vicios ocultos de animales regulado en el Código Civil. El plazo tan reducido para ejercer la acción redhibitoria –cuarenta días según el art. 1496 CC-, que además es de caducidad, evidencia la enorme falla en la protección del comprador de un animal en comparación con el plazo que tiene el consumidor para pedir la resolución de la compraventa de consumo –tres años desde la entrega según el art. 120 TRLGDCU-. Una razón de mayor hondura para haber optado por el régimen del TRLGDCU es que el régimen previsto en el Código Civil está muy alejado de los nuevos principios y reglas del régimen del saneamiento de vicios materiales y jurídicos de la compraventa.

Uno de los Estados que ha optado por incluir el régimen de vicios de animales en la venta de consumo ha sido Alemania. Cuando se presentó la Propuesta de la Ley alemana sobre la Regulación de la Venta de cosas con elementos digitales y otros aspectos de la compraventa (versión de 10 de febrero de 2020), se observó que nada decía el texto sobre la venta de animales.

[62] Se entenderá por animal de compañía, según el Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, de 13 de noviembre de 1987, «todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía». Este Convenio fue ratificado por España, mediante instrumento publicado en el BOE, de 11 de octubre de 2017.

Dos Asociaciones relacionadas con el mundo animal formularon a raíz de ello algunas observaciones, denunciando particularmente la falta de concreción del texto legal por la total omisión de la venta de animales, así como las dificultades en la aplicación de algunas de las nuevas normas a la venta de animales, en caso de estar comprendida en la nueva ley, cuyas cualidades no son conformes con el contrato de venta (p. e., los parágrafos 476 y 477 BGB)[63] [64]. Estas observaciones tuvieron su eco en el legislador. Con la Ley de 25 de julio de 2021, publicada en la Gaceta Federal el 30 de julio de 2021, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2022, los parágrafos que regulan la venta de consumo son de aplicación también a los animales vivos[65]. Sólo el parágrafo 477 BGB menciona los animales (concretamente dice animales vivos -*lebende Tiere*-), además con carácter general, sin especificar, por tanto, la especie, siendo suficiente, pues, que la venta sea entre un empresario y un consumidor. Este precepto está ubicado entre los parágrafos 474 a 479 BGB, que regulan la venta de bienes de consumo (*Verbrauchsgüterkauf*). La única disposición particular para la venta de animales viene establecida en la frase final del parágrafo 477, según la cual la presunción de que cualquier falta de conformidad que se manifieste en el plazo de seis meses a partir del momento de la entrega del animal ya existía en el momento de su entrega (esta disposición específica fue una de las alegaciones a la versión de 2020)[66]. Para las demás ventas de consumo, de conformidad con el artículo 11.1 de la Directiva 2019/771/UE, rige el plazo de un año desde que tiene lugar la entrega de los bienes.

En Francia está regulado específicamente el régimen de los vicios redhibitorios de animales en el *Code rural et de la pêche maritime* (nueva versión 2022), concretamente en los artículos L 213-1[67] a L213-9, cuya normativa remite también al Código civil[68]. Esta normativa es aplicable también a la venta de animales de compañía (para los animales de compañía vean los arts. L214-6 a L214-8-2).

[63] Objeciones de la Abteilung für Tierzucht-, Tierschutz und Tierseuchenrecht der Deutschen Gesellschaft für Agrarrecht – Vereinigung für Agrar und Umweltrecht e.V., efectuadas el 7 de enero de 2021 (https:/www.dgar.de; también https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Warenkaufrichtlinie.html)

[64] Deutsche Reiterliche Vereinigung e. V. Sus objeciones fueron formuladas también el 7 de enero de 2021 (https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Warenkaufrichtlinie.html)

[65] Para conocer la situación actual en Alemania sobre la protección de los animales, vean la obra colectiva *Reform des Tierschutzrechts. Die Verwirklichung des Staatsziels Tierschutz* de lege lata, edts. BÜLTE *et alii*, ed. Nomos, 2022.

[66] Parágrafo 477.1 BGB: «Zeigt sich innerhalb eines Jahres seit Gefahrübergang ein von den Anforderungen nach § 434 oder § 475b abweichender Zustand der Ware, so wird vermutet, dass die Ware bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Ware oder des mangelhaften Zustands unvereinbar. Beim Kauf eines lebenden Tieres gilt diese Vermutung für einen Zeitraum von sechs Monaten seit Gefahrübergang».

[67] Dispone el párrafo primero: «L'action en garantie, dans les ventes ou échanges d'animaux domestiques est régie, à défaut de conventions contraires, par les dispositions de la présente section, sans préjudice ni de l'application des articles L. 217-1 à L. 217-6, L. 217-8 à L. 217-15, L. 241-5 et L. 232-2 du code de la consommation ni des dommages et intérêts qui peuvent être dus, s'il y a dol».

[68] Señalar que el artículo 515-14 CC francés dice que «Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens» (Los animales son seres vivos sintientes. Sujetos a las leyes que los protegen, los animales están sujetos al régimen de propiedad). La coincidencia con el artículo 333 bis. 1 CC es evidente. *Vid.* LELANCHON, «La reforma del estatuto jurídico civil de animales en el Derecho francés», *dA Derecho animal,* núm. 9/3, 2018, pp. 75 ss.

3. La protección del comprador en la compraventa de animales de compañía en el régimen anterior

Se desconoce si el legislador tuvo en consideración en la redacción del RD-l 7/2021 el debate que hubo tanto en la doctrina científica como en los tribunales y en otras instancias sobre la aplicación de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo y posteriormente de los artículos 114 ss. TRLGDCU a la venta de animales entre empresarios y consumidores. El debate, que ha sido escaso, ha tenido poca resonancia en el mundo jurídico, aunque hubo algunas controversias, que podrían y deberían haber sido valoradas por el legislador antes de haberse decidido por la exclusión de la venta de animales del régimen de garantías y servicios de posventa *ex* artículos 114 y ss. TRLGDCU.

La mayoría de los casos judiciales sobre vicios o defectos eran de animales de compañía, habiendo sido vendidos por empresarios a particulares, se han resuelto conforme con el régimen de saneamiento previsto en el Código Civil (arts. 1491-1499 CC)[69] [70]. En casos concretos, se ha recurrido al expediente de la figura *aliud pro alio*[71], o directamente se ha alegado el incumplimiento esencial porque el animal no reúne las cualidades de acuerdo con lo estipulado en el contrato[72] [73]. En algunos casos se ha pedido la nulidad de la compraventa por padecer al animal de una enfermedad contagiosa (art. 1494-1 CC).[74] Pero generalmente las resoluciones judiciales que aplicaron cualquiera de estos expedientes judiciales no plantearon siquiera la posible aplicación del régimen previsto para la venta de bienes de consumo. Entre las posibles razones, cabe pensar que para los tribunales los animales no son bienes de consumo.

Afirma la SAP Murcia, Sección 4.ª, 1 octubre 2009 (JUR\2009\459939), que esta materia –saneamiento por vicios o defectos ocultos de animales- «se ha de entender ampliamente superada por la propia del Derecho de los consumidores, que concede derechos más amplios y protectores al comprador». Sin embargo, la Sentencia se queda en este pronunciamiento general debido a que en el caso concreto faltaba de prueba de la causa de la muerte del animal (el comprador había pedido la restitución del precio).

Entre las pocas resoluciones que se han dictado a favor del régimen específico de la venta de bienes de consumo, resulta especialmente significativa la SAP de Girona, Sección 1.ª, 30 junio 2011 (JUR\2011\319992). En contra del parecer del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Girona, que considera que no queda dentro del ámbito de la Ley 23/2003 la venta de animales, el Tribunal *ad quem* entiende que no existen razones jurídicas suficientes para excluir la compra de

---

[69] En cuanto a la acción redhibitoria *ex* artículo 1496 CC, la SAP Salamanca, 28 septiembre 1999 (AC/1999/8354), atendiendo al caso concreto por la necesaria intervención quirúrgica, no aplica el plazo de caducidad de cuarenta días.

[70] Una exposición detallada de la jurisprudencia menor se puede encontrar en la monografía de DOMÍNGUEZ LUELMO, cit., pp. 121 ss.

[71] SAP Girona, Sección 1.ª, 18 febrero 2020 (JUR\2020\84707); SAP Huelva, Sección 2.ª, 11 octubre 2017 (JUR\2017\312210); SAP Ourense, Sección 1.ª, 1 junio 2011 (JUR\2011\247146).

[72] SAP Granada, Sección 5.ª, 26 abril 2019 (JUR\2020\18015); SAP Málaga, Sección 5.ª, 31 julio 2012 (JUR\2013\139984).

[73] Se concede la indemnización al comprador de un perro enfermo, que finalmente muere, al amparo del artículo 1101 CC por incumplimiento contractual, según la SAP Navarra, Sección 1.ª, 26 enero 2004 (JUR\2004\111304).

[74] SAP Salamanca, Sección 1.ª, 19 diciembre 2007 (JUR\2008\333421).

animales cuando la misma es efectuada por consumidores que acuden a un establecimiento en el que su propietario se dedica al comercio de animales de compañía[75]. Dado que es una compra celebrada en Cataluña, es de aplicación el artículo 511-1.3 del Código Civil catalán, el cual dice que los animales no son cosas. No obstante, según la AP de Girona, los animales son bienes muebles corporales de naturaleza especial, sometidos en determinados aspectos a la regulación especial, sin perjuicio de que sean también de aplicación las normas privadas, como, p. e., las normas de la compraventa.

La compra que realiza cualquier persona de un animal de compañía es, según la Sentencia, para el consumo privado, concepto en el que debe comprenderse tanto el consumo meramente material como el consumo espiritual. Pero cuando una persona compra un animal de compañía es claro que lo hace para satisfacer una necesidad espiritual, tener cerca el animal para darle cariño, pero a su vez el animal proporciona apoyo al propietario del animal, siendo la mayoría de las veces sentimientos de naturaleza mutua. Partiendo de estas consideraciones, el artículo 2 de la Ley 23/2003 (que después se incorporó en el TRLGDCU en virtud del RD-l 1/2007, de 16 de noviembre) no excluye a los animales. Aun cuando el Tribunal *ad quem* es conocedor de otras sentencias dictadas por otros tribunales que no aplican la Ley 23/2003, entiende que sus razones contrarias no son suficientes. Tanto la acción de sustitución como la acción de reparación son perfectamente viables aun cuando es un animal el objeto de la venta si se dan los presupuestos para el saneamiento. Si el animal está enfermo y puede ser curado, nada impediría que el consumidor optase por su curación (la reparación como sanación del animal enfermo), cuyo coste será a cargo del vendedor; puede instar la resolución de la venta, en cuyo caso se devolverá el precio o en el caso de que ni pueda ser curado o no opte por la resolución, nada impediría una rebaja del precio.

En definitiva, según la AP de Girona, los defectos o enfermedades que puede tener un animal deben regirse por el régimen de conformidad de la venta de bienes de consumo.

En el caso concreto, se trataba de la venta de un perro de la raza «Golden Retriver» que padecía de una enfermedad congénita, que desconocía el comprador. El propietario optó por la «reparación», después de comunicar al vendedor la enfermedad. En un caso como el presente, puede suceder que el coste de sanación sea superior para el vendedor que la resolución de la venta o la sustitución del animal por otro sano. Por otra parte, el propietario preferirá preferentemente la sanación del animal por los vínculos que les une (incluso ya antes de la compra). Como se dice en la Sentencia, el comprador no querrá desprenderse del perro por el cariño que le ha cogido, prefiriendo que sea sanado. Una opción distinta supondría un daño moral al verse separado de un ser al que tiene un cariño, y porque es sabedor que la sustitución conllevará el sacrificio del animal. Por lo tanto, es comprensible que el comprador opte preferentemente por la sanación. Y también por razones de necesidad y urgencia el comprador preferirá acudir cuanto antes al veterinario para que éste sane el animal en lugar de que sea el vendedor el que se encargue de la sanación. Según la SAP Granada, Sección 3.ª, 21 noviembre 2008 (JUR\2009\60612), ninguna ley se puede aplicar con automatismo. Y si bien la Ley 23/2003 veda a que el comprador puede por su cuenta acudir a un veterinario para la curación del animal –era un perro de raza Pinscher-, en este caso era lo procedente. No debe olvidarse que los

[75] Citada y transcrita por DOMÍNGUEZ LUELMO, pp. 127-129. Este excelente jurista nos priva, esta vez, de una valoración, que con toda seguridad habría sido muy interesante, sobre la aplicación en el caso de las normas de conformidad de la venta de consumo a la venta de animales de compañía.

animales son organismos vivos que requieren cuanto antes la sanación, debiendo, pues, ser matizado en este sentido el remedio de reparación que concede este régimen al comprador, cuyo coste debe ser asumido por el vendedor.

Aun cuando a veces los costes de la sanación pueden ser superiores a los de la sustitución del animal, se debe conceder preferentemente la primera opción al comprador. Dispone el artículo 5.2 de la Ley 23/2003, aplicable en aquel caso, que «se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor». Pues bien, aun en casos como los señalados, donde la curación es lo primero, es más que razonable que prevalezca la curación sobre cualquier otro criterio de los indicados en el citado precepto. Un coste excesivo para el vendedor podría ser compartido, en todo caso, con el comprador.

Las tres sentencias citadas corroboran una línea doctrinal favorable a la aplicación del régimen de conformidad de la venta de bienes de consumo a la venta de animales. Muy tempranamente Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ en su completo estudio de la Ley 23/2003 incluye entre los bienes muebles los animales[76]. A favor de este régimen jurídico se pronuncian también LUNA SERRANO[77], VERGEZ SÁNCHEZ[78], TORRELLES TORREA[79] y GIL MEMBRADO[80].

También se pronunció a favor el Instituto Nacional de Consumo, con fecha de 19 abril 2005, en una Resolución sobre si un animal puede considerarse un producto, acogido a las normas de garantía. Según este Organismo, los animales (domésticos y exóticos), pueden ser considerados bienes muebles y objeto de una compraventa. Las personas físicas o jurídicas que los adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales deben tener la consideración de consumidores, siendo, por tanto, aplicables las normas generales de Consumo (entonces la LGDCU) y la Ley 23/2003. Este informe fue tenido en cuenta por algunas Administraciones Autonómicas[81].

Los redactores del RDL 7/2021 al parecer no compartieron este enfoque, o simplemente no lo tomaron en consideración, quizá por desconocimiento, dejándose llevar por la invitación que brinda la Directiva 2019/771/UE de excluir la venta de animales del régimen de garantías *ex* artículos 114 y ss. TRLGDCU.

---

[76] Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros, INC, 2004, p. 71.

[77] «El alcance de los conceptos de la venta de bienes de consumo y de garantía en la Directiva 1999/44/CE», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo,* Tomo II, ed. Civitas, 2005, pp. 2342 y 2343.

[78] La protección del consumidor en la Ley de garantías en la Venta de Bienes al Consumo, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 37.

[79] «Comentario al artículo 115 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores,* dir. CÁMARA LAPUENTE, ed. Colex, 2011, p. 1067

[80] Con especial atención en su monografía, cit., pp. 55-59.

[81] Así, en el Informe del Área de Coordinación Territorial de la Dirección General de Coordinación Territorial. Servicios de Coordinación de Sanidad y Consumo de Madrid, en un informe sobre «Garantía en la venta de animales domésticos», con fecha de 12 de mayo de 2011.

4. La reforma nimia del régimen jurídico de saneamiento por defectos en la compraventa de animales por la Ley 17/2021

4.1. Retoques en el régimen jurídico de la compraventa de animales en el Código civil

Con excesivo retraso España entra con la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, en el Club de los países que defienden que los animales son seres vivos (la Ley dice «seres dotados de sensibilidad»), alienándose con aquellos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que contienen una descripción normativa positiva de los animales (Francia y Portugal). Pero la Ley no se escapa, ni se puede escapar de la dicotomía de que los animales son también cosas/bienes, cuyo régimen jurídico les es igualmente aplicable en la medida en que sea compatible con su naturaleza y con las disposiciones destinadas a su protección (art. 333.1 bis, frase segunda CC). Por otra parte, la Ley se cuida en no calificar el animal como bien mueble, identificándolo con cosa (art. 333 C). Pero los animales no son simples cosas. Para salir de este atolladero jurídico conceptual, la doctrina dice que los animales son cosas especiales[82]. Tampoco creo que aporte algo al Derecho diciendo que los animales son cosas especiales, como tampoco defendiendo que constituyen un *tertius genus*[83]. Es dar vueltas a los conceptos, que necesitamos en el mundo jurídico, pero que no siempre resuelven los problemas.

La nueva Ley coincide, pero sólo en parte, con la Propuesta de Código Civil (2018), la cual, sin embargo, no llega a afirmar que los animales son seres sensibles; tampoco dice que son cosas, sino que en la aplicación de las normas sobre bienes –se entiende muebles- habrá que tener en cuenta la naturaleza de los animales[84].

La modificación del régimen jurídico de animales operada por la Ley 17/2021 en el ámbito civil, hipotecario y procesal civil se adentra también en la responsabilidad civil de quienes venden animales. La Ley inserta un nuevo apartado en el artículo 1484 CC y retoca mínimamente los artículos 1485, 1492 y 1493 CC. La Reforma en esta materia es nimia, dejando prácticamente las cosas como estaban. La razón principal es que aún no tocaba reformar las garantías en la venta de animales. Para ello, habría que reformar la venta en general, lo que ya son palabras mayores[85] [86]. Podría haberse matizado al menos el artículo 1445 CC, que se refiere a las cosas en general como objeto de la compraventa, tal como propuso el Grupo Parlamentario Confederal Unidos Podemos, con la incorporación de un nuevo artículo 1445 bis CC, cuyo tenor literal era el

[82] Cerdeira Bravo De Mansilla, cit., p. 6.

[83] DE TORRES PEREA, El nuevo estatuto jurídico de los animales, cit., p. 183.

[84] Artículo 311-1.3: «El régimen jurídico de los bienes es aplicable a los animales en la medida en que sea compatible con su naturaleza y con las disposiciones destinadas a su protección». Coincide, pero sólo en parte, con el parágrafo 90a BGB, el cual matiza que los animales no son cosas.

[85] El principal texto de reforma de la compraventa, la Propuesta de Código Civil (2018), no contiene un régimen específico de garantías para la venta de animales. A juicio de Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, quizá habría bastado con modificar el artículo 333 en los términos de la Propuesta de Código Civil (cit., p. 4). La Propuesta está publicada por la editorial Tecnos, 2018. Y se encuentra igualmente en la web de la Asociación de Profesores de Derecho civil.

[86] ALBIEZ DOHRMANN, «Los modelos europeos en las proyectadas reformas de la compraventa en el Código civil», en *Estudios sobre el contrato de compraventa*, dirs. ORTI VALLEJO/JIMÉNEZ HORWITZ, ed. Aranzadi, 2016, pp. 57 ss.; sobre la necesidad de una regulación específica de los vicios de los animales, p. 95.

siguiente: «Respecto a la compraventa de animales se tendrá en consideración lo dispuesto en la legislación civil».

4.2. El nuevo artículo 1484.2

La principal novedad de la Reforma en materia de los vicios o defectos ocultos en la venta de animales es la incorporación de un apartado en el artículo 1484. El contenido del antiguo precepto pasa a ser el primer apartado, el cual se mantiene sin modificación alguna, a saber: «El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos». El segundo apartado dispone: «El vendedor de un animal responde frente al comprador por el incumplimiento de sus deberes de asistencia veterinaria y cuidados necesarios para garantizar su salud y bienestar, si el animal sufre una lesión, enfermedad o alteración significativa de la conducta que tiene origen anterior a la venta». La redacción definitiva de esta norma, que tiene lugar durante la tramitación en el Senado, dista bastante de la redacción que se había formulado en la Proposición de Ley (2019), según la cual: «El vendedor de animales está obligado a procurar la asistencia veterinaria y los cuidados necesarios para garantizar la salud y el bienestar de los animales, de conformidad con las leyes especiales».

Decíamos más arriba que los propietarios de animales tienen obligaciones y deberes con ellos. Entre las obligaciones generales y específicas están todas aquellas relacionadas con la salud y el bienestar del animal (una larga lista de obligaciones contiene el PLPDBA en los arts. 24 y 26). Si por el incumplimiento de estas obligaciones, entre las que se encuentran también los deberes de asistencia veterinaria y cuidados, se causa, como dice el precepto, una lesión, enfermedad o alteración significativa de conducta del animal, siendo anterior a la venta, el vendedor responderá civilmente al frente al comprador.

La redacción definitiva corrige una omisión en la Proposición de la Ley, que no establecía la responsabilidad del vendedor que no cumple con sus obligaciones de garantizar la salud y bienestar del animal antes de la venta.

Sin embargo, la Proposición de la Ley había acertado al remitir a las leyes especiales, que son las que principalmente determinan las obligaciones que tienen los vendedores con los animales. Esta remisión se suprime en el artículo 1484.2, el cual colisiona con el artículo 1496-2 CC, que queda intacto después de la Reforma 2021. El artículo 1496-2 CC dispone que «sólo se podrá ejercitar la acción redhibitoria de una venta de un animal cuyo vicio o defecto esté determinado por la ley o por los usos locales». Por consiguiente, interpretando ambas normas, que considero que es la tesis correcta, la acción redhibitoria sólo se podrá ejercitar cuando la lesión, enfermedad o alteración significativa de la conducta del animal sea debida a un incumplimiento del vendedor de sus deberes de asistencia veterinaria y cuidados necesarios según las leyes –que son principalmente leyes administrativas- y usos locales.

Empero, es acertada la redacción final del artículo 1484.2 al suprimirse la frase segunda del texto originario, que dice: «Esta obligación regirá tanto antes de la venta como después si la enfermedad tiene origen anterior a la misma». El defecto o vicio del animal puede aparecer

después de la venta, pero la obligación de asistencia veterinaria y de cuidados del animal que tiene el vendedor ha de ser cumplida antes de la entrega del animal, o, como muy tarde, en casos muy específicos, en el mismo momento de la entrega[87].

El artículo 1484.2 es una norma que debe insertarse en el régimen de saneamiento por defectos o vicios ocultos de animales, el cual viene regulado en los artículos 1491 a 1499 CC. Antes de examinar su encaje en estos preceptos, prestemos ahora nuestra atención al contenido del nuevo artículo 1484.2. El lenguaje jurídico que se emplea es más acorde con la protección de los animales. Por primera vez, se habla de la salud y del bienestar del animal cuando es objeto de venta. La nueva redacción es totalmente coherente con el artículo 333 bis. 2 CC, según el cual «el propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes». El artículo 1484.2 distingue acertadamente entre salud y bienestar. Garantizar la salud del animal es un deber básico de cualquier persona que convive con un animal (así, el art. 24.2, letra e, PLPDBA). En cuanto al bienestar animal, viene definido por la Organización Mundial de Sanidad Animal como «el estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en las que vive y muere» (este concepto es el asumido por el PLPDBA en el artículo 3, letra k). Sólo asegurando ambos, la salud y el bienestar del animal, el vendedor puede evitar que tenga defectos o vicios ocultos. Mientras que el artículo 1494 CC se refiere específicamente a enfermedades contagiosas de ganados y animales, cuyas consecuencias jurídicas son graves para la venta, y el artículo 1497 a enfermedades en general, el artículo 1484.2 distingue con nitidez entre lesión, enfermedad y alteración significativa de la conducta de animales. Lo más novedoso es la inclusión expresa, como defecto o vicio, la alteración significativa de la conducta de animales[88] (esta enfermedad no aparece recogida, como tal, en el PLPDBA; cfr., no obstante, el art. 27, letra j[89]).

De acuerdo con el régimen legal de la compraventa, el artículo 1461 CC ordena que el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta. La segunda obligación, que es una obligación independiente de la otra, es una obligación de garantía. En un lenguaje más moderno, el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa conforme a lo pactado y según su naturaleza. En la venta de animales el vendedor, además de entregar la propiedad del animal, debe haber cumplido, de acuerdo con el artículo 1484.2, los «deberes de asistencia veterinaria» y «cuidados necesarios». DÍAZ ALABART, en su lectura del precepto, observa que no se habla de «defectos o vicios ocultos», sino del incumplimiento de deberes de asistencia veterinaria y

[87] Durante la tramitación parlamentaria se insistía en la responsabilidad del vendedor tanto antes como después de la venta. A juicio de LACRUZ MANTECÓN, es una reiteración que sobra para precisar una responsabilidad que, necesariamente, se genera antes y produce efectos después de la venta, por definición, en «Adquisición de animales mediante compraventa», *Un nuevo Derecho civil para animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, dir., CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, ed. Reus, 2022, p. 322.

[88] La etología es la ciencia que estudia el comportamiento de los animales. *Vid.* FERNÁNDEZ DOMINGO, *Etología, ecología y Derecho. Una visión propedéutica de los animales,* ed. Reus, 2021.

[89] En el artículo 3, letra ee, PLPDBA figura la definición del profesional de comportamiento animal: «persona cualificada cuyo desempeño profesional esté relacionado con el adiestramiento, la educación o la modificación de la conducta de animales».

cuidados por parte del vendedor, algo que poco tiene que ver con el objetivo de la figura del saneamiento[90].

Es la primera vez, efectivamente, que una norma civil exige que el vendedor cumpla con sus deberes de asistencia veterinaria y cuidados necesarios del animal. ¿Qué se entiende por deberes de asistencia veterinaria? No hay ninguna norma jurídica que precise o defina lo que se entiende por asistencia veterinaria (cfr. el Código de Protección y Bienestar Animal, seleccionado y ordenado por VILLALBA, actualizado hasta el 9 de marzo de 2022), ni siquiera la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal. Es en esta Ley en la que se obliga a los particulares (empresarios o no) a «aplicar y llevar a cabo todas las medidas sanitarias impuestas por la normativa vigente en cada caso, así como las medidas sanitarias obligatorias que se establezcan para prevenir las enfermedades de los animales, o consentir su aplicación, así como poner los medios necesarios para que se puedan realizar las citadas medidas con las debidas garantías de seguridad, para los animales objeto de aquéllas» (art. 7.1, letra c). También tienen la obligación de «cumplir adecuadamente las obligaciones relativas a los medicamentos veterinarios, en especial el control y la debida observancia de los plazos de espera establecidos en caso de tratamiento de los animales con dichos medicamentos» (art. 7.1, letra h). Más la de «mantener en buen estado sanitario sus animales, productos de origen animal, productos zoosanitarios y productos para la alimentación animal, y, en su caso, efectuar las revisiones y modificaciones en las instalaciones que disminuyan el riesgo de aparición de enfermedades» (art. 7.1, letra k). Para la lucha, control y erradicación de enfermedades de animales, la Ley de sanidad animal impone otras obligaciones a los particulares (cfr. art. 16). Los «cuidados necesarios» que debe prestar el vendedor del animal están relacionados con las obligaciones que impone a los particulares la Ley de Sanidad animal, pero a la vez es un concepto amplio en el que tiene cabida cualquier cuidado que se debe prestar a los animales.

El artículo 1484.2 determina la responsabilidad del vendedor por lesiones, enfermedades o alteraciones significativas de conducta del animal que sean imputables a él, siempre que se hayan producido con anterioridad a la venta. Estos defectos aun debiendo ser anteriores a la venta, pueden manifestarse después. El vendedor responde por estos defectos a no ser que acredite rigurosamente que había cumplido con sus obligaciones de asistencia veterinaria y de cuidados necesarios del animal[91] conforme con la legislación de sanidad animal (en su caso, también pueden ser tenidos en cuenta los usos locales según el art. 1496-2 CC). El certificado veterinario no exime por sí solo al vendedor de su responsabilidad ante enfermedades en incubación o lesiones ocultas no detectadas en el momento de la venta[92]. El artículo 1484.2 protege, por tanto, al comprador, quien, para hacer valer sus derechos, sólo tendrá que demostrar que el animal padece de una lesión, de una enfermedad o de una alteración significativa en su conducta que no era visible en el momento de la entrega, o que no se había manifestado aún en ese momento (p. e., alguna enfermedad incubada; con frecuencia, las alteraciones de conducta de animales aparecen más tarde). Se debe traer aquí a colación el artículo 1495-1 CC: «Cuando el vicio oculto de los animales, aunque se haya practicado reconocimiento facultativo, sea de tal naturaleza que

[90] Cit., pp. 17-18.

[91] Al parecer DÍAZ ALABART tiene dudas sobre la exoneración de la responsabilidad del vendedor que ha cumplido con sus obligaciones de asistencia veterinaria y de cuidados del animal (cfr. su texto, cit., p. 18). DOMÍNGUEZ LUELMO, por el contrario, subraya esta novedad que introduce la Reforma (cit., p. 130).

[92] Así, expresamente el artículo 21.1, letra a, frase segunda, de la Ley 6/2017, de 8 de noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía, de la Región de Murcia.

no basten los conocimientos periciales para su descubrimiento, se reputará redhibitorio». Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1486, pudiendo ejercitar el comprador no sólo las acciones previstas en el párrafo primero, sino también la acción indemnizatoria por daños y perjuicios si optare por la rescisión.

La lesión, la enfermedad y la alteración de la conducta de un animal son defectos o vicios distintos. Las lesiones externas son más visibles que las internas –algunas de éstas son difíciles de detectar-. Más ardua es la exploración de la conducta anómala de un animal, incluso antes de la venta (pensemos en una venta en calidad de prueba o en la venta *ad gustum* –cfr. art. 1453 CC-). Para hacer valer los derechos del saneamiento por defectos o vicios ocultos, éstos han de ser de una cierta gravedad o que impiden que el animal pueda ejercer sus funciones con las que cuenta el comprador (p. e., perros que acompañan a ciegos o asisten a personas diabéticas –animales de asistencia[93]-). Aunque el artículo 1484.2 exige para su aplicación sólo que la alteración de la conducta del animal sea significativa, habrá que entender que también la lesión o la enfermedad del animal deben tener una cierta gravedad. Sólo en casos verdaderamente graves cabe recurrir, en lugar del saneamiento por defectos o vicios ocultos, a la figura *aliud pro alio*[94] o, en su lugar, denunciar que hay un incumplimiento esencial.

La protección que dispensa el artículo 1484.2 al comprador es limitada si tenemos en cuenta que para el ejercicio de la acción redhibitoria tiene un plazo de cuarenta días, contados desde la entrega del animal al comprador, salvo que, por el uso en cada localidad, se hallen establecidos mayores o menores plazos (art. 1496-1 CC). En ocasiones, los tribunales se saltan este plazo (así, la SAP Salamanca, 28 septiembre 1999, AC/1999/8354, que, atendiendo al caso concreto por la necesaria intervención quirúrgica, no aplica el plazo de caducidad de cuarenta días). Este plazo, tan reducido, podría haber sido ampliado con motivo de la Ley 17/2021. Además, es un plazo de caducidad, lo cual limita aún más la defensa del comprador. El plazo de la acción estimatoria o *quanti minoris* es igualmente de caducidad, con el mismo plazo, esto es, cuarenta días (cfr. arts. 1490, 1496-1 y 1499 CC)[95]. Plazos tan reducidos y además de caducidad reducen considerablemente la defensa de los intereses del comprador, y aún más cuando es consumidor. No obstante, puede, en su caso, recurrir a la figura del *aliud pro alio* o hacer valer las acciones del artículo 1124 CC por incumplimiento esencial de la venta.

Como el artículo 1486 CC sigue intacto después de la Reforma 2021, la acción indemnizatoria sólo es ejercitable contra el vendedor si éste conocía los vicios o defectos ocultos del animal y no

[93] En el informe al Anteproyecto de Ley, el Consejo Nacional de la Discapacidad propone definir el animal de asistencia en los términos siguientes: «aquel animal, en todo caso los perros-guía y los perros de asistencia, que de acuerdo con la normativa autonómica que los regula tiene como función primordial acompañar y asistir activamente a las personas con discapacidad para contribuir a su seguridad y a promover su autonomía individual, facilitando su participación e inclusión sociales» (el informe fue presentado el 21 de marzo de 2022). Esta proposición no ha sido acogida en el Proyecto de Ley, aunque sería deseable su inclusión, ya que no sólo los perros pueden prestar asistencia a los seres humanos. Esta asistencia no tiene que limitarse, por otra parte, a personas con discapacidad.

[94] *Vid.* TUR FAÚNDEZ, «Vicios ocultos y "aliud pro alio": estado de la jurisprudencia», *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz,* dir. CARRASCO PERERA, tomo II, ed. Aranzadi, 2013, pp. 1409 ss.

[95] LLAMAS POMBO, *La compraventa,* La Ley Tratados, ed. Wolters Kluver, 2014, p. 529.

los manifestó al comprador (cfr. art. 1486-2). El plazo para ejercitar esta acción es de seis meses y es de caducidad (cfr. art. 1490 CC).

El Código civil no contempla la acción de sustitución o sanación del animal que padece de un vicio o defecto oculto. Al menos, debería permitir la acción de sanación por el propio vendedor o un tercero. En este segundo caso, el coste de la sanación debería ser asumido por el vendedor. Con la Reforma se ha perdido una buena oportunidad para incorporar y regular estas dos acciones en el Código civil en beneficio del comprador.

4.3. Leves retoques de los artículos 1485, 1492 y 1493

La nueva Ley retoca mínimamente el artículo 1485 CC, cuya modificación no aparece en la Proposición de Ley de 2019. La modificación aparece en el texto de la Proposición de Ley presentada al Congreso de los Diputados, y se mantiene sin alteración alguna a lo largo de la tramitación parlamentaria. De acuerdo con esta nueva redacción, el artículo 1485-1 dice: «El vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos del animal o la cosa vendida, aunque los ignorarse». No se altera el párrafo segundo de este precepto: «Esta disposición no regirá cuando se haya estipulado lo contrario, y el vendedor ignorase los vicios o defectos ocultos de lo vendido».

La modificación del artículo 1485 CC tiene un alcance meramente aclaratorio habida cuenta de que en la Sección dedicada al saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida hay una regulación específica para el saneamiento por vicios o defectos ocultos de animales (cfr. art. 1495 CC; por relación también con los arts. 1496 y 1497 CC).

El otro precepto que es modificado es el artículo 1492 CC, pero es una modificación ligera al suprimirse el pronombre indefinido «otras». Este precepto no se refiere a los vicios ocultos de animales, sino de las cosas a los que son de aplicación las reglas del artículo 1491. La modificación es simplemente una mera mejora del vigente texto legal, el cual determina el tratamiento unitario en materia de vicios o defectos ocultos cuando se venden en un mismo contrato animales y cosas, siendo posible, según los casos, la redhibición total o parcial de la compraventa (también cuando se venden animales conjuntamente). El vicio redhibitorio de una de las cosas sólo puede dar lugar a la «rescisión» respecto del bien afectado, y no a la de todos los demás[96].

Finalmente, el artículo 1493 CC queda redactado en los siguientes términos: «El saneamiento por los vicios ocultos de los animales destinados a una finalidad productiva no tendrá lugar en las ventas hechas en feria o en pública subasta, o cuando sean destinados a sacrificio o matanza de acuerdo con la legislación aplicable, salvo el caso previsto en el artículo siguiente». En lugar de animales y ganados, el nuevo texto se refiere a animales destinados a una finalidad productiva. Aun cuando el artículo 1494 CC mantiene la distinción entre animales y ganados, con el artículo 1493 se quiere decir claramente que quedan excluidos todos los animales que no son de producción (inconscientemente parece subyacer en esta modificación la idea de la prohibición de la pura comercialización de animales de compañías –venta en feria, ventas en subasta pública-). No está del todo claro qué se entiende por animales destinados a una finalidad productiva. Si hiciéramos casos del artículo 3, letra g, ALPDBA, se identificaría el animal de producción con

[96] LLAMAS POMBO, cit., p. 529.

«aquel animal doméstico, no perteneciente a las especies del listado positivo de animales de compañía, que es mantenido, cebado o criado para la producción de alimentos o productos de origen animal para cualquier uso industrial u otro fin comercial o lucrativo» (cfr. el aún vigente art. 3 de la Ley 32/2007, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio). La definición dada en el ALPDBA de los animales de producción desaparece en el PLPDBA ya que este texto legal se ocupa principalmente de los animales de compañía. En el nuevo texto del artículo 1493 se suprime «ni en la de caballerías enajenadas como de desecho»[97]. En su sustitución, se incorpora la frase «o cuando sean destinados a sacrifico o matanza»[98]. Entre los animales con finalidad productiva, podemos citar el ganado bovino, ovino, caprino, porcino, además ciertas aves, conejos... Por lo tanto, el concepto de «animal productivo es más amplio que el de ganado».

4.4. *Post scriptum*

Por consiguiente, la única reforma importante de responsabilidad civil por venta de animales con vicios ocultos reside en la incorporación del apartado segundo en el artículo 1484. Se mantiene, pues, el régimen de saneamiento por vicios ocultos de animales. La problemática jurídica seguirá siendo la misma. Los compradores que adquieren animales con vicios ocultos recurrirán, según los casos, a los diversos expedientes que admite nuestro ordenamiento jurídico para reclamar sus derechos por incumplimiento del vendedor.

¿Qué añade realmente el artículo 1484.2 al régimen de saneamiento por vicios o defectos ocultos de animales?

Ante todo, resulta un tanto extraña su ubicación, ya que el artículo 1484 forma parte del conjunto de normas que regulan con carácter general el saneamiento por vicios o defectos ocultos de cualquier objeto vendido, mientras que los artículos 1491 a 1499 se refieren a animales y ganados. Desde un punto de vista de técnica legislativa, quizá hubiera sido más correcto haber incluido la norma después del artículo 1495 (art. 1495 bis). A favor esta opción cabe argumentar que los vicios que comprenden los artículos 1491 a 1499 son vicios objetivos, es decir, aquellos que se consideren como tales por las normas de sanidad animal (Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal; Real Decreto 526/2014, de 20 de junio, por el que se establece la lista de las enfermedades de los animales de declaración obligatoria y se regula su notificación –*vid.* Anexo I-) o por los usos locales. El artículo 1484, por el contrario, se refiere a los vicios o defectos ocultos en general, lo que amplía la protección de los compradores. De hecho, en la mayoría de los casos judiciales civiles se aplicaba hasta ahora el antiguo artículo 1484 CC al margen de si el vicio o defecto oculto que padeciera el animal fuese dictaminado conforme con una norma de sanidad animal o según

[97] La excepción que contiene el artículo 1493 CC en su redacción anterior tiene una explicación histórica que no tenía sentido mantenerla. Para MORALES MORENO la excepción prevista entonces ya era en buena medida superflua, ya que la propia condición del animal considerada en el contrato, y no la excepción legal, bastaba impedir el saneamiento («Comentario del artículo 1494», *Comentario del Código Civil,* dirs. PAZ-ARES *et alii,* Ministerio de Justicia, tomo II, 1991, p. 973). En el mismo sentido, GARCÍA PÉREZ, Carmen, L., «Comentario de los artículos 1493-1494», *Comentarios al Código Civil,* dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, ed. Tirant lo Blanch, tomo VIII, 2013, pp. 10596-10597.

[98] Existe una normativa específica sobre la matanza de animales. La principal normativa es el Reglamento (CE) nº 1099/2009 del Consejo, de 24 de septiembre de 2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza. A nivel estatal, rige el Real Decreto 37/2014, de 24 de enero, por el que se regulan aspectos relativos a la protección de los animales en el momento de la matanza. Este Real Decreto desarrolla la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio.

los usos locales. Ello quizá cambie en el futuro, si llegase a aprobar la Ley de protección, derechos y bienestar de los animales, al remitir el artículo 63.3 PLPDBA, que regula la venta de animales de compañía, a los artículos 1484 y ss. CC.

5. La transmisión onerosa o gratuita «responsable» de animales de compañía en el Proyecto de Ley de protección, derechos y bienestar de los animales

5.1. Normas estatales y autonómicas

Cabe preguntarse, ahora que se ha presentado por el Gobierno de la Nación el PLPDBA en agosto de 2022, si la Ley 17/2021 no se ha hecho con excesiva presura. Quizá hubiera sido más oportuno y provechoso haber esperado un poco más hasta la elaboración de una ley general de protección de los animales que incluyera una reforma más ambiciosa del Código civil, en lugar de una primera reforma parcial del Código civil, que aun siendo importante es mínima. Una atenta lectura del PLPDBA nos muestra que hay disonancias con el recién reformado Código civil por la Ley 17/2021. Aunque el PLPDBA es un texto normativo de naturaleza principalmente administrativa, algunos de sus preceptos tocan fibras importantes del Derecho civil. Este es el caso del artículo 63 PLPDBA, que regula, según se precisa en su título, la venta de animales de compañía. De aprobarse esta norma, el régimen legal de la compraventa de animales de compañía se regirá no sólo por las normas de Derecho privado (Código civil, TRLGDCU, textos civiles autonómicos) sino también por el régimen previsto en el PLPDBA (y demás leyes estatales y autonómicas).

El artículo 63 PLPDBA, en su redacción actual, suscita en el imaginario jurídico muchas preguntas que al menos se pueden apuntar a la espera de su aprobación definitiva.

Una de las cuestiones centrales de este precepto es si el artículo 63 es una norma de naturaleza administrativa o privada. De acuerdo con la DF 6ª. 1 del PLPDBA (Título competencial[99]), la regulación de la transmisión de animales de compañía forma parte de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, que es de competencia exclusiva según el artículo 149.1. 13ª, 16.ª y 23.ª CE. Dada la ubicación del artículo 63 en el Capítulo I del Título III del PLPDBA, no todo su contenido, según las demás disposiciones de la DF 6ª. 1, responde a la regulación básica (art. 149.1. 13.ª CE), ni a las bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1. 16.ª CE), ni forma parte de la legislación básica sobre la protección del medio ambiente (art. 149.1 23.ª CE). Se precisa en la DF 6ª. 2, a diferencia del ALPDBA, que se exceptúan de dicho carácter de normativa básica: «a) Los apartados 1 y 2 del artículo 63, los apartados 1 y 2 del artículo 64 y el artículo 65, que se dictan al amparo del art. 149.1. 6.ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil. b) Los apartados 3, 4, 5 y 6 del artículo 63, apartado 3 del artículo 64 y apartados 1, 2, 7 y 9 del artículo 66 se dictan al amparo del artículo 149.1. 8.ª de la Constitución Española que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación civil».

Una venta privada es civil o mercantil, y cuando es con consumidores para la opinión mayoritaria es de naturaleza civil, al margen de ser una venta especial. El desdoblamiento que hace la DF 6ª

[99] PÉREZ MONGUIÓ denuncia la falta de un título competencia específico de protección de los animales (cit., pp. 216 ss.)

al referirse a la venta de animales de compañía entre mercantil y civil no es defendible. ¿Cómo es posible que se considere que los apartados uno y dos del artículo 63 son de naturaleza mercantil -que se refieren en general a la venta, distinguiendo entre la venta de perros, gatos y hurones y demás animales de compañía-, mientras que los apartados tres a seis del mismo precepto -que contienen obligaciones del vendedor- son de naturaleza civil? La misma objeción se puede hacer a los apartados uno y dos y al apartado tres del artículo 64. La venta por una persona criadora de animales de compañía o la venta en tiendas especializadas es normalmente a particulares. Si la venta se hace a empresas es también civil porque por su propia definición los animales de compañía, de acuerdo con el artículo 3, letra e, PLPDBA, no pueden ser objeto de aprovechamiento de sus producciones o cualquier uso industrial o cualquier otro fin comercial o lucrativo.

Por el contrario, el artículo 65, que tiene por objeto la venta online y anuncios de venta de animales de compañía, es una norma mercantil. No ya sólo porque la venta estricta entre particulares está prohibida según se colige de los artículos 63 y 64, sino porque tanto la venta online como los anuncios de venta de animales de compañía son actividades propiamente mercantiles.

La cesión de animales de compañía se entiende que es gratuita, aunque no lo dice el artículo 66. Al ser un contrato gratuito, necesariamente es civil, sujeto, por tanto, al artículo 149.1. 8.ª CE.

Algunas de las disposiciones contenidas en los artículos 63 y 64 pueden entenderse como normas de regulación básica de la sanidad animal. Así, el art. 63.7, que dispone que los perros y gatos deberán tener una edad mínima de dos meses en el momento de la venta. La disposición añade que reglamentariamente se podrá restringir la edad en la venta de las crías de otras especies. Lo mismo se puede decir de los apartados cuatro y cinco del artículo 64, que regulan los denominados núcleos zoológicos (su definición viene recogida en el art. 3, letra aa). No creo que el Proyecto de Ley invade en estos preceptos la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad animal (cfr. art. 148.1. 21.ª CE).

Muchas de las disposiciones de los artículos 63 y 64 PLPDBA coinciden parcialmente con algunas de las normas dictadas sobre los requisitos de la transmisión de animales en la legislación autonómica de protección de animales. Valgan como ejemplos el artículo 28.1 y 2 de la Ley aragonesa, de 19 de marzo de 2003; el artículo 24.1, letras c y f, de la Ley catalana, de 4 de julio de 2003; el artículo 13. 6 y 7 de la Ley gallega, de 3 de octubre de 2017 (el art. 13 se refiere específicamente a la venta de animales de compañía); el artículo 45 de la Ley riojana, de 26 de

noviembre de 2018, que regula la venta de animales[100] [101] [102]; el artículo 18 de la Ley madrileña, de 22 de julio de 2016; el artículo 13 de la Ley 7/2020, de 31 de agosto de Castilla-La Mancha, o el artículo 21.1, letras a, b y, de la Ley murciana, de 8 de noviembre de 2017.

Otras leyes autonómicas, por el contrario, no contienen una norma específica reguladora de la transmisión de animales, como, p. e., la reciente Ley navarra, de 4 de abril de 2019, la Ley andaluza de 24 de noviembre de 2003, la Ley extremeña, de 23 de mayo de 2002 o las viejas Leyes vasca y valenciana, respectivamente de 29 de octubre de 1993 y de 8 de julio de 1994 (esta última se refiere únicamente a la protección de animales de compañía[103]). Aunque todas estas leyes fijan igualmente requisitos, limitaciones y prohibiciones para la transmisión de animales.

Sin perjuicio de la aplicación de la legislación autonómica, la norma central de la transmisión de los animales de compañía será la regulada en la futura Ley de protección, derechos y bienestar de los animales. La legislación autonómica podrá ser revisada y adaptada, en su caso, a la normativa estatal.

---

[100] Modificada parcialmente por la Ley 2/2020, de 30 de enero, con la doble finalidad de purgar de errores y de introducir modificaciones que favorezcan su comprensión y aplicación práctica.

[101] En el recurso de inconstitucionalidad contra esta Ley, sólo la letra e) del primer apartado del artículo 45 fue impugnado por los recurrentes por inconstitucional. Dice esta disposición: «Los perros, gatos y hurones deberán venderse esterilizados, conforme a lo previsto en esta ley, excepto aquellos destinados a centros de cría autorizados». El TC en su Sentencia dictada por el Pleno el 15 de julio de 2020 (RTC 81) entiende que la esterilización de estos animales no es una competencia exclusiva del Estado, por lo que la norma no invade la competencia estatal. Para descartar la infracción competencial alegada bastaría con constatar que los recurrentes no cumplen la carga de identificar la concreta norma básica con la que la regulación contenida en los arts. 2.2.g), 11, 45.1.e) y 54.19 de la Ley 6/2018, referidos a la esterilización forzosa de ciertos animales de compañía (perros, gatos y hurones), entraría en contradicción insalvable. En consecuencia, esta queja competencial debe ser rechazada.

[102] Sin embargo, fueron declarados nulos los números 8, 10, 11, 12 y 14 del artículo de la Ley riojana por tratarse de materias de competencia civil. Concretamente, se prohíbe, entre otras prohibiciones, hacer donaciones de los animales como regalo, sorteo, rifa, promoción, entregarlos como premio, reclamo publicitario, recompensa (nº 8); venderlos, donarlos o cederlos a laboratorios o clínicas sin el cumplimiento de las garantías previstas en la normativa vigente (nº 10); venderlos, donarlos o cederlos a menores de dieciocho años o a incapacitados sin la autorización de quienes tengan la patria potestad o custodia de los mismos (nº 11); utilizar animales en filmación de escenas para cine, televisión o internet, artísticas o publicitarias, que conlleven muerte, maltrato, crueldad o sufrimiento, salvo que se trate de un simulacro (nº 12); y . comercializar con ellos, fuera de los certámenes u otras concentraciones de animales vivos y establecimientos de venta y cría debidamente autorizados; salvo las transacciones entre particulares cuando se limiten a sus animales, no tengan ánimo de lucro y se garantice el bienestar del animal (nº 14).

A juicio del Pleno del TC, los preceptos referidos, aplicables tanto a los animales de compañía como a los de producción, inciden directamente en la regulación de la estructura de determinados contratos, al prohibir que sean objeto de los mismos los animales (apartados 8, 10, 12 y 14 del art. 7) o regular la capacidad de las personas menores de edad o con capacidad limitada para ser donatarias o adquirentes en cualquier contrato que tenga por objeto un animal (apartado 11 del art. 7). Tanto el objeto de los contratos (arts. 1261.2º y 1271 a 1273 del Código Civil), como la capacidad para contratar (arts. 1261.1 º, 1262 ss. del Código Civil), constituyen «bases de las obligaciones contractuales», de competencia estatal exclusiva «en todo caso» (art. 149.1.8 CE). Por consiguiente, esta regulación, emanada de una comunidad autónoma que carece de derecho civil propio, invade la competencia estatal en materia de legislación civil (art. 149.1.8 CE) y además afecta a las bases de las obligaciones contractuales, cuya regulación queda reservada al legislador estatal (STC 71/1982, FFJJ 17 a 19, y 132/2019, FJ 6).

[103] Hay un Anteproyecto de Ley de la Generalitat Valenciana, sobre protección, bienestar y tenencia de animales de compañía, presentado en agosto de 2021 (puede consultarse en agroambient.gva.es). El texto no recoge, sin embargo, una norma reguladora de la transmisión de animales de compañía.

5.2. La transmisión de animales de compañía: una transmisión responsable

El PLPDBA exige que los propietarios, poseedores y demás titulares de animales sean responsables. Es un deber básico que se tiene con los animales cuando están a cuidados de las personas. En la Exposición de Motivos se proclama que «la tenencia de animales de compañía debe llevar aparejada una responsabilidad a la altura del cuidado que se debe dar a un ser diferente a una cosa, por lo que la tenencia de animales de compañía debe suponer un compromiso con su cuidado en el transcurso del tiempo, identificación y con su integración en el entorno».

El deber de responsabilidad con los animales obliga a los que venden y compran animales a que aseguren su bienestar y cuidado. Se debería exigir expresamente por norma que las transmisiones fuesen responsables. La Ley 6/2017, de 8 de noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía de la Región de Murcia, tiene, entre otros fines, asegurar que la venta sea responsable (art. 1.2., letra d). Algunas de las obligaciones fijadas en el artículo 63 PLPDBA pretenden asegurar que las transmisiones de animales de compañía sean responsables.

La regulación de la transmisión de animales de compañía que se propone no se puede interpretar simplemente como una regulación administrativa, cuyo incumplimiento sólo da lugar a sanciones administrativas (cfr. arts. 77 y ss. PLPDBA), sino que es también una norma de naturaleza sustantiva en muchos de sus aspectos. Si comparamos el apartado primero del artículo 63 en su redacción anterior, que admitía expresamente que la transmisión sea onerosa o gratuita, con la nueva proposición, veremos que ahora sólo se refiere la venta; desaparece la donación como figura específica. El tercer apartado mantiene una de las obligaciones principales del vendedor: entregar los animales en buen estado sanitario, identificado y con los tratamientos obligatorios por edad y especie, pero incluye una remisión al artículo 1484.2 CC, lo cual me parece un acierto. Se mantiene el deber de información precontractual sobre las características del animal de compañía. Más adelante, examinaremos algunos otros extremos de la venta de animales de compañía en el marco de este Proyecto de Ley.

Existe una cierta correlación entre los artículos 333 bis. 2 y 1484.2 CC con el artículo 63 PLPDBA. Tanto la nueva regulación del Código civil sobre los animales como el PLPDBA se fundamentan en la protección de los animales, especialmente en su bienestar. Afirma De Torres Perea que para la protección de los animales es necesario un estatuto jurídico anclado en la Constitución y en el Derecho administrativo, penal y civil[104]. Parece que es este el camino que quiere seguir el legislador estatal, una vez culminada la reforma del Código civil, y ahora con la presentación del PLPDBA.

La transmisión onerosa o gratuita de los animales ya no se puede ver exclusivamente como una mera transacción como antaño. La transmisión debe ser responsable porque sólo de este modo pueden ser protegidos los animales. No se trata de proteger sólo al adquirente -como cuando se vende una cosa-, sino que se debe proteger particularmente al animal, tanto antes como después de la venta. El actual y futuro régimen jurídico de la transmisión de animales nos obligará a nuevas lecturas.

[104] El nuevo estatuto jurídico de los animales..., cit., p. 195.

La *summa divisio* del Derecho privado y el Derecho público, que tradicionalmente se viene defendiendo, fracasa donde confluyen intereses públicos y particulares[105]. Esto sucede en la transmisión de animales de compañía. Las transmisiones son por norma general privadas porque se realizan entre particulares. La mayoría de las normas del PLPDBA son administrativas, pero hay algunas, como el artículo 63, que regulan aspectos civiles. El contenido del artículo 63 es más propio de una norma civil. Incluso el artículo 63 podría ubicarse, adaptándolo, en el Código civil.

El artículo 63 PLPDBA regula con carácter general la venta de animales de compañía. Hay otros animales que son protegidos por Proyecto de Ley, y cuya transmisión debería estar igualmente regulada. El ALPDBA distingue entre animales de compañía (arts. 26 a 30), animales silvestres en cautividad (arts. 31 y 32), animales relacionados con actividades profesionales, distinguiendo entre animales utilizados en actividades profesionales (art. 33) y perros en actividades profesionales (art. 34). Cada uno de estos preceptos establece derechos, obligaciones, deberes, limitaciones y prohibiciones, que deberán ser tenidos en cuenta en las transmisiones. Pero la norma específica sobre la venta de animales, el artículo 63, sólo se refiere a los animales de compañía. La finalidad de esta ley –dice el artículo 2.1 PLPDBA- es alcanzar un nivel adecuado de protección de los animales incluidos en su ámbito de aplicación, por lo tanto, también en la venta de animales de compañía (el texto anterior decía «maximar la protección»). Subyace aquí la idea de que los hombres, por su estrecha vinculación con los animales de compañía, deben ser especialmente responsables.

En el capítulo anterior hemos prestado nuestra atención a la venta de animales, sean o no de compañía. Ahora nos centraremos en su regulación administrativa.

5.3. El régimen jurídico administrativo de las transmisiones de animales de compañía

El artículo 63.1 del APLPDA distinguía entre transmisiones -en vida- a título oneroso y a título gratuito. La principal transmisión a título oneroso es la compraventa, pero dada la generalidad de los términos en este apartado, se puede extender a la permuta o a la cesión onerosa. Sin embargo, en el siguiente apartado, de forma imprecisa, se decía que «la transmisión deberá llevar aparejado un contrato de compraventa». Si el único título oneroso de transmisión es la compraventa, carecía de sentido el primero de los apartados del artículo 63. En este sentido, la nueva redacción dada al artículo 63.1 es una clara mejora al mencionar directamente la venta, si bien referida sólo a la venta de perros, gatos y hurones. El apartado siguiente se refiere a la venta de los demás animales de compañía. Más en el artículo 64 regula la venta en tiendas de animales de compañía. Este precepto, totalmente nuevo, es una mejora importantísima, muy en el sentido de muchos sectores del mercado de animales de compañía, pero seguramente muy en contra de muchos animalistas. El expreso reconocimiento de la venta de animales de compañía permite, pues, su comercialización, si bien limitadamente, y siempre que estén identificados (cfr. art. 59 PLPDBA). Una transmisión onerosa factible sería la permuta de animales de compañía, (cfr. art. 1541 CC), pero siempre que se cumplan los requisitos del art. 63.

El PLPDBA delimita el ámbito de venta de animales de compañía y establece los principales requisitos para que puedan tener lugar las transmisiones. Sólo puede vender perros, gatos y hurones quien tenga la condición de criador (persona responsable de la actividad de la cría según

[105] Recomiendo la lectura de VELASCO CABALERO, *Derecho público más Derecho privado,* ed. Marcial Pons, 2014.

el artículo 3, letra o; sobre los requisitos que debe cumplir para ejercer esta actividad se debe estar, principalmente, a los arts. 61 y 62). El Gobierno quería prohibir, de acuerdo con las modernas directrices de protección, la comercialización de animales de compañía en tiendas (así, art. 33.1, letra u, ALPDBA). Era uno de los puntos más espinosos de este texto legal porque habría afectado a miles de empresas dedicadas a la venta de animales, cuyo cierre sería inevitable, con la consiguiente pérdida de miles puestos de trabajo. La principal salida de estas empresas habría sido la conversión en criaderos de animales para después venderlas (cfr. art. 74.1 APLPDBA, que se refería concretamente a los centros para la cría y venta), que hubiera requerido inversiones que no todas las empresas pueden asumir. Otra salida podría haber sido que las empresas se convirtieran en intermediarias para la venta de animales, creando plataformas (que ya existen). Sin embargo, quizá por un celo excesivo por asegurar el bienestar de los animales de compañía, el entonces artículo 63.1 prohibía, con carácter general, la intermediación. El Proyecto de Ley, por el contrario, permite que las ventas de animales de compañía tengan lugar mediante la intermediación, admitiendo que las ventas se puedan subir a plataformas, las cuales, según el artículo 65.2, deberán verificar la veracidad de los datos consignados por el vendedor. Igualmente, la adopción de animales de compañía se puede hacer por intermediación de tiendas de animales (*vid*. art. 66.5).

El Proyecto de Ley introduce cambios importantes, algunos de ellos suponen una mejora respecto del Anteproyecto. Por una parte, diferencia entre la venta, de perros, gatos y hurones, la cual solo podrá realizarse directamente desde la persona criadora registrada, sin la intervención de intermediarios (art. 63.1). Y por otra, se refiere a la venta de los demás animales de compañía, no siendo preceptivo ser criador de animales, y además cabe la venta por intermediación. Las limitaciones que había establecido el anterior artículo 63 se suprimen. Sin enjuiciar la finalidad tuitiva de los animales perseguida por la norma (evitar su *cosificación comercial*), se había advertido por la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia en su informe al ALPDBA[106] que «la concreta opción regulatoria elegida es altamente limitativa del acceso a la actividad de venta de animales de compañía al restringirse únicamente a profesionales de cría y a entidades de protección animal y prohibirse cualquier forma de intermediación». Con ello se crea, según este Organismo, «una reserva de actividad que entendemos no está justificada desde la óptica de los principios de buena regulación». Además, como se indica, «la competencia tiene como mayores beneficiarios a los consumidores y usuarios (que se benefician de precios más accesibles y mayor calidad y variedad), también promueve la adopción de comportamientos responsables entre las empresas, que los consumidores valoran y reconocen».

El nuevo texto regula ahora expresamente en el artículo 64 la venta en tiendas de animales de compañía. La limitación general que establecía el Anteproyecto se limita ahora sólo a la venta de perros, gatos y hurones, que son los animales de compañía más protegidos por la estrecha vinculan que tienen con el ser humano.

El Proyecto introduce otra norma, que puede ser polémica por ser una norma prohibitiva, cual es el apartado primero del artículo 65, que dice: «Se prohíbe la venta directa de cualquier tipo de animal de compañía a través de internet, portales web o cualquier medio o aplicación telemáticos» (como en el *Code rural* que la prohíbe en el art. L214-8). Seguramente será cuestionada por un sector del arco parlamentario por ir en contra de las reglas del libre mercado.

[106] Informe sobre el Anteproyecto de Ley de protección, derechos y bienestar de los animales, expediente IPN/CNMC/007/22, de 26 de abril de 2022.

¿Por qué no se puede admitir la venta online siempre que se establezcan ciertos requisitos que protejan a los animales de compañía? Además, se admite la venta mediante plataformas. En el ALPDBA la venta directa online de animales de compañía no quedaba descartada al no contener ninguna sobre esta forma de venta.

A diferencia de algunas leyes autonómicas[107], el PLPDBA carece de una norma que prohiba la transmisión onerosa o gratuita de animales de compañía a menores de edad. En principio, las personas con discapacidad pueden adquirir animales de compañía, salvo que en la resolución judicial por la que se constituye una curatela se establezca algún requisito previo.

Aunque, por norma general, quienes adquieren animales de compañía son personas físicas, también es factible que los adquieran personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica (pensemos en una residencia de ancianos que quiere tener animales de compañía o de asistencia para los residentes).

5.4. Algunas reglas específicas para la venta de animales de compañía

Entre las principales obligaciones del vendedor –no son deberes como dice el artículo 63.3, al menos no desde una perspectiva jurídico-privada-, está la obligación de entregar el animal de compañía que se vende en buen estado sanitario, y con los tratamientos obligatorios por edad y especie, sin perjuicio de su obligación de responder por los vicios o defectos ocultos del animal en los términos establecidos en los artículos 1484 y siguientes del Código Civil. Esta última frase no aparece en el texto anterior, pero resulta oportuna su incorporación.

Aunque siempre existe la posibilidad de que posteriormente a la entrega se puede identificar el animal de compañía, el artículo 63.4 es muy tajante: queda prohibida la transmisión de animales no identificados, según la normativa vigente, debiendo estar inscritos previamente a la transacción a nombre del vendedor (esta última precisión, que es acertada, no figuraba en Anteproyecto de Ley).

Es en la fase precontractual cuando el animal de compañía objeto de la transmisión debe estar plenamente identificado en los términos que establece el artículo 63.5: «Con carácter previo a la venta de un animal, la persona responsable de la venta deberá informar por escrito a la persona que lo recibe de todas las características fundamentales del animal transmitido: origen del animal, incluido el nombre y número de registro del criadero, raza, sexo, edad, sus características y necesidades para el cuidado y manejo, incluida la atención veterinaria, así como las

[107] Según el artículo 3.4, letra h, de la Ley 11/2003, de 19 de marzo, de Protección Animal en la Comunidad Autónoma de Aragón, está prohibido vender o donar animales a menores o a incapacitados sin la autorización de quienes tengan su autoridad familiar, patria potestad o tutela (este precepto deberá ser reformado de acuerdo con la Ley 8/2021). El artículo 3.4, letra h, se refiere a animales sin ninguna especificación.

O el artículo 13.3 de la Ley 4/2017, de 3 de octubre, de protección y bienestar de los animales de compañía en Galicia. Igualmente queda prohibida la venta, cesión o donación de animales de compañía a las personas menores de dieciséis años o incapacitadas, salvo que cuenten con autorización expresa de quien ostente su patria potestad, tutela o custodia, y de conformidad, en su caso, con la sentencia de incapacitación. El incumplimiento de esta prohibición y de la contenida en el apartado 2 anterior constituirá una infracción administrativa en los términos previstos en la presente ley. Según la Ley gallega, la venta, cesión o donación es válida civilmente, pero debe ser sancionada por la Administración.

responsabilidades que adquiere el comprador/a. El vendedor deberá conservar durante al menos tres años la documentación que permita acreditar que se ha efectuado esta comunicación».

Un deber estrictamente administrativo del transmitente es la comunicación de la transmisión al Registro Nacional de Animales de Compañía en las setenta y dos horas posteriores a la misma (art. 63.6). Afortunadamente se ha ampliado el plazo (era excesivamente corto el plazo de veinte y cuatro horas). Surge la duda de si este plazo empieza a correr desde el mismo momento en que tiene lugar la celebración del contrato de venta que puede ser presencial o a distancia –en este caso, habría que estar a las reglas de perfección de los contratos según el artículo 1262 CC-. O si este plazo debe correr a partir de que tiene lugar la entrega del animal de compañía, que es cuando se transmite la propiedad. Parece más razonable esta segunda interpretación (sobre todo por si finalmente no tiene lugar la ejecución definitiva del contrato de transmisión).

Con frecuencia, la entrega de un animal de compañía no tiene lugar si no es mediante el transporte del mismo al domicilio del adquirente. El PLPDBA regula a continuación del régimen de transmisión de animales el transporte de los mismos (art. 67), estableciendo una norma específica cuando se transporten animales de compañía (art. 68). El transmitente que para entregar un animal de compañía tiene que transportarlo ha de cumplir con las condiciones previstas en el artículo 68 para asegurar su bienestar[108].

5.5. La cesión gratuita de animales de compañía

Entre otras transmisiones de animales de compañía, están la donación y la cesión gratuita. El artículo 63.2 ALPDBA admitía expresamente la donación de animales de compañía. La donación que mejor se adapta, tratándose de la transmisión de un animal de compañía, es la donación modal o con carga. Incluso debería ser la única donación que debería ser objeto de atención por el legislador. La razón principal es que la donación de animales de compañía no puede tener lugar sin que el donatario asuma al mismo tiempo el compromiso expreso de cuidar el animal, debiendo ser causa de revocación de la donación en caso de que incumpla esta obligación. La donación modal no es una donación obligacional, ni tampoco una donación onerosa, sino una verdadera donación *ex* artículos 618 ss. CC. En opinión de GIL MEMBRADO, es un *tertium genus*, ya que el animal no es cosa pero tampoco persona[109]. En la donación modal de animales el modo, esto es el compromiso expreso de cuidar del animal y procurarle bienestar, no funciona como sinalagma, no hay una contraprestación, sino que cuando se incumple es causa de revocación de acuerdo con el artículo 647 CC[110]. La donación es esencialmente gratuita, por lo que no es dable,

---

[108] Hay una regulación a nivel europeo. Vean el Reglamento (CE) nº 1/2005 del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, relativo a la protección de los animales durante el transporte y las operaciones conexas y por el que se modifican las Directivas 64/432/CEE y 93/119/CE y el Reglamento (CE) nº 1255/97. El presente Reglamento se aplicará al transporte de animales vertebrados vivos dentro de la Comunidad, incluidos los controles específicos de las partidas de animales que entran o salen del territorio aduanero de la Comunidad realizados por los funcionarios competentes (art. 1.1).

A nivel estatal, está la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio. Esta Ley no se aplica a los animales de compañía (art. 2.2, letra d).

[109] «Una cuestión no resuelta: Donación modal, cesión o «adopción de animal», en *Un nuevo Derecho civil para los animales Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre,* dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, ed. Reus. 2022, p. 487.

[110] El Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Granada, en Sentencia 29 enero 2019 (JUR\2020\345211), califica un contrato denominado por las partes «adopción» (de un cachorro) como donación modal o con carga porque la adopción propiamente sólo es factible respecto de personas menores de edad. El Juzgado condena a la parte

salvo el pago de determinados gastos, que el donante reciba una contraprestación; de lo contrario se estaría simulando una compraventa, cuyo régimen jurídico es el previsto en el artículo 63.

El único requisito especial del artículo 63.2 en su redacción anterior es la aportación del certificado de donación correspondiente. Es un requisito formal que no es meramente administrativo, sino civil, ya que siendo objeto de la donación un animal (en este caso, de compañía), al tratarse de una cosa mueble, no es necesaria la forma escrita (cfr. art. 632-1 CC). El incumplimiento de este requisito formal daría lugar a la anulabilidad de la donación, además de la correspondiente sanción administrativa.

Con la Propuesta de Ley desaparece de un plumazo la donación, y con razón. Me parece un total acierto que el otro tipo de transmisión de animales de compañía sea la cesión. Los tres primeros apartados del artículo 64 regulan algunos requisitos de la cesión de animales de compañía. Queda prohibida la cesión o adopción de animales no identificados en los términos establecidos en esta ley (ap. 1). La cesión gratuita de cualquier animal de compañía debe ir acompañada de un contrato de cesión en el que se declare esta condición (ap. 2). No se permitirá la cesión de perros, gatos y hurones de menos de ocho semanas de edad (ap. 3). Aunque la cesión puede ser onerosa y remuneratoria, según la causa a que responde, el artículo 64 se refiere únicamente a la cesión gratuita (como se colige, de otra parte, de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley) que debe constar en el contrato de cesión. Debería ser por escrito, como la venta de animales de compañía, pero este requisito no se contempla expresamente en el artículo 64. La prohibición del apartado primero responde a una de las reglas básicas para asegurar la protección de los animales de compañía, cual es la identificación de los mismos. El apartado tercero es una norma prohibitiva, pero también de garantía, en pro del bienestar de los perros, gatos y hurones, que son los verdaderos protagonistas del PLPDBA. Dado el silencio del artículo 64, no cabe la cesión gratuita de animales de compañía mediante plataformas.

5.6. La adopción de animales de compañía

Puede sorprender que se admita la cesión gratuita de animales de compañía cuando el modo de adquisición gratuita debería ser principalmente la adopción. El PLPDBA contiene numerosos preceptos referidos sólo a la adopción, si bien hay unas normas generales contenidas en los apartados cuatro a seis del artículo 66. Ciertamente, entre los objetivos del PLPDBA, figura el de impulsar y potenciar la adopción de los animales de compañía, que ocupa un lugar central porque este modo de adquisición garantiza mejor que cualquier transmisión el bienestar del animal. La adopción de animales comparte las características de la donación modal. Es más, cualquier transmisión, onerosa o gratuita, debería tener un régimen jurídico semejante a la adopción. En lugar de dedicar el PLPDBA un capítulo específico a la adopción de animales de compañía, se ha preferido regularla junto con la cesión. De acuerdo con el PLPDBA, la adopción de animales de compañía se consagra como un tipo contractual específico, que es práctica común desde hace mucho tiempo, siendo la fórmula contractual usada normalmente por las asociaciones protectoras de animales para entregar animales a terceras personas. El PLPDBA afortunadamente ya no distingue entre la donación y la adopción de animales de compañía, como hacía el ALPDBA, sino entre cesión y adopción. Surge la duda razonable de si las asociaciones

demandada a la entrega de 400 euros por incumplimiento de las condiciones por parte del adoptante al haber sido sacrificado el cachorro mediante la eutanasia. Quien al parecer había dado en adopción el perro fue una asociación protectora de animales que lo tenía en régimen de acogimiento (no se precisa en la sentencia). Sin embargo, se desestima la indemnización de daños morales por falta de prueba.

protectoras de animales pueden realmente dar en adopción, entregando un animal, si no son propietarios. En sentido estricto no es factible jurídicamente si estas asociaciones no pueden acreditar la titularidad del animal que se da en adopción, aun así la jurisprudencia menor reconoce la titularidad a las asociaciones protectoras de animales[111]. Nada decía sobre esto el ALPDBA pero tampoco el presente Proyecto de Ley.

El contrato de adopción es un contrato naturalmente gratuito, sin perjuicio de que la entidad que dé en adopción a un animal de compañía pueda solicitar el desembolso de los gastos veterinarios, pero sólo los básicos según el artículo 66.9. Este precepto dice expresamente: «La adopción no será en ningún caso objeto de transacción comercial, sin perjuicio de que se pueda solicitar la compensación de los gastos veterinarios básicos».

El artículo 66. 4 determina quién puede entregar en adopción animales de compañía: únicamente los centros públicos de protección de animales (cfr. arts. 22 y 23) y entidades de protección animal registradas (cfr. arts. 51 a 58). La adopción ha de efectuarse mediante un contrato de adopción, que debería ser por escrito (la norma lo exige expresamente), cuyo clausulado será establecido, según el artículo 66.4, por un reglamento. En cualquier caso, se deberán especificar claramente los derechos y obligaciones por ambas partes (cfr. art. 52, letra a). La entidad que dé en adopción un animal de compañía tiene respecto de él una serie de obligaciones contenidas en los apartados siete y ocho del artículo 66.

Es factible que la adopción tenga lugar por intermediación (un contrato de gestión) de un establecimiento comercial (tienda de animales, es decir, tiendas especializadas; cfr. art. 64) según permite el artículo 66.5.

5.7. Otras modalidades

Una figura que no es del todo identificable con la cesión gratuita ni con el contrato de adopción es el contrato de cuidado temporal de animales, que podría identificarse con el acogimiento temporal de animales por personas a título particular. Este contrato no está contemplado, como tal, en el PLPDBA. Como tampoco el contrato de cesión del derecho de posesión en precario de animales por mera liberalidad[112].

Una figura contractual muy específica contemplada en el Proyecto de Ley, que no es de transmisión, es el acuerdo de colaboración (un contrato complejo con prestaciones de servicios, muchas de ellas de resultado), previsto en el artículo 66.6 con una tienda de animales para el alojamiento y exposición de animales de compañía en adopción, siempre que se cumplan los requisitos fijados en la misma norma. Se prohíbe expresamente que la tienda pueda recibir pagos por la estancia y adopción de los animales de compañía, pero sí puede exigir el pago por los gastos del alojamiento y cuidado de los animales.

[111] *Vid.* GIL MEMBRADO, cit., p. 488

[112] *Vid.* GIL MEMBRADO, cit., pp. 489 ss.

6. La regulación paralela de la compraventa de animales de compañía en el Código Civil y en el Proyecto de Ley de protección, derechos y bienestar de los animales

El PLPDBA contiene numerosas disposiciones referidas a la venta de animales de compañía, siendo uno de sus objetivos su regulación, aunque sólo parcialmente. Al mismo tiempo, están las normas civiles que regulan con carácter general la compraventa sin mayor especificación, así como las normas de saneamiento por defectos ocultos, y algunas referidas también a los animales de producción (antes, los ganados).

De aprobarse el Proyecto de Ley, la regulación central de la venta de animales de compañía será la contenida en el artículo 63, además de las normas concurrentes. Uno de los objetivos del Proyecto de Ley es que la venta de animales de compañía sea responsable (cfr. art. 2.2. letra f), no sólo por parte del vendedor sino también por parte del comprador. La responsabilidad de ambos contratantes no se limita a la venta misma, sino que ha de existir antes por parte del vendedor, y también después por parte del comprador.

Sólo pueden ser objeto de venta aquellos animales de compañía que estén en lo que denomina el Proyecto de Ley «listado positivo» (cfr. arts. 42 y ss.). Los que no estén en el listado positivo, quedan fuera de la cobertura legal del art. 63. El listado positivo de animales de compañía es, según el artículo 3, letra a, la relación de los animales que pueden ser objeto de tenencia como animales de compañía cuya elaboración corresponde impulsar al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (su regulación básica viene establecida en los arts. 42 a 45). Entre quienes pueden tener animales de compañía son los criadores, que son los que pueden venderlos, y también las tiendas de animales. Aunque el listado positivo tiene carácter administrativo (*vid*. art. 45), la venta de un animal de compañía que no figure en el listado no tendría sólo una sanción administrativa, sino que por contravenir una norma prohibitiva debería ser nula. Se podría calificar como una venta con *res extra commercium* (cfr. arts. 1271-1 CC y 43.1 del Proyecto de Ley, cualquiera que sea la fase del ciclo biológico en que se encuentre el animal de compañía; se debe precisar la cría de animales de compañía, solamente podrá llevarse a cabo, según el art. 61.1, por personas debidamente inscritas en el Registro de Criadores de Animales de Compañía). Ni siquiera se pueden ofertar para la venta animales de compañía que no estén en el listado positivo (cfr. art. 43).

El artículo 63 será en el futuro la norma básica de la venta de animales de compañía, sin perjuicio de la aplicación de las normas del TRLGDCU y del Código civil. La razón principal es que el artículo 63 determina los elementos subjetivos y objetivos de la venta. Los requisitos del vendedor son los mismos que los de cualquier transmitente, si bien es requisito imprescindible ser criador de animales, esto es, persona responsable de la actividad de la cría (cfr. art. 3, letra o), cuando se venden perros, gatos y hurones (art. 27, letra l). Este requisito no se exige, por consiguiente, para la venta de los demás animales de compañía.

El ALPDBA había sido demasiado extremista al descartar cualquier compraventa de animales de compañía en la que el vendedor no sea un criador. Por lo tanto, descartaba no sólo la venta en comercios y fuera de establecimientos mercantiles, sino también la venta entre particulares. Mucho más razonable es la postura del Proyecto de Ley, que admite la venta en tiendas de animales de compañía, a excepción de perros, gatos y hurones, los cuales sólo pueden ser comercializados por criadores. No obstante, supone una importante limitación para las tiendas

de animales, que verán considerablemente reducidos sus ingresos por ser hasta ahora la venta de estos animales el grueso de las transacciones comerciales.

De acuerdo con el espíritu del Anteproyecto y del Proyecto de Ley, no se admite la venta de animales de compañía entre particulares, pero debería haber alguna vía contractual para que un particular pueda entregar un animal de compañía a otra persona, sin tener que entregarlo a una asociación protectora de animales cuando por la razón que sea no puede tenerlo consigo. La vía puede ser la cesión en los términos que establece el artículo 66.1 a 3 PLPDBA. El ALPDBA regulaba la donación de animales de compañía. Aunque el Proyecto de Ley menciona la donación en los artículos 27, letra m, y 43.1, seguramente es un error, no ya sólo porque no regula donación, sino también porque en estos preceptos no se mencionaba la cesión. Parece que se identifica la donación con la cesión gratuita, lo cual es un craso error.

El animal de compañía que se vende debe estar identificado (art. 63.4). El artículo 27, letra m, prohíbe, con carácter general, la transmisión de animales no identificados. Esta identificación debe cumplirse ya en el momento de la oferta (no basta con que sea identificable –cfr. art. 1273 CC-). Incluso antes, en la información básica o general, y por supuesto, en la información más personalizada, se debe identificar el animal de compañía que se oferta para vender.[113] El artículo 65.2 dispone: «Para el anuncio de animales a través de medios de comunicación, revistas, publicaciones asimilables y demás sistemas de difusión, como Internet, deberá incluirse obligatoriamente en el anuncio... el número de identificación del animal en su caso...». Esta

[113] Los animales de compañía pueden tener su pasaporte, que es obligatorio cuando los dueños viajan con ellos. Resulta de interés la STJUE 14 abril 2011 (C-42/10, C-45/10 y C-57/10), ECLI: EU: C:2011:253. El Alto Tribunal europeo declara: «1) Los artículo 3, letra b), 4, apartado 2, 5 y 17, párrafo segundo, del Reglamento (CE) nº 998/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por el que se aprueban las normas zoosanitarias aplicables a los desplazamientos de animales de compañía sin ánimo comercial, y se modifica la Directiva 92/65/CEE del Consejo, y los artículos y anexos de la Decisión 2003/803/CE de la Comisión, de 26 de noviembre de 2003, por la que se establece un modelo de pasaporte para los desplazamientos intracomunitarios de perros, gatos y hurones, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que exige una numeración para los pasaportes para animales de compañía compuesto de un número único que comprende el código ISO de dos caracteres del Estado miembro de que se trate, seguido por el número de autorización del expedidor compuesto por dos cifras, y un número de orden compuesto por nueve cifras, puesto que dicha numeración garantiza el carácter único de ese número de identificación.

2) Los artículos 3, letra b), 4, apartado 2, 5 y 17, párrafo segundo, del Reglamento nº 998/2003, y los artículos y anexos de la Decisión 2003/803 deben interpretarse en el sentido de que:

-- no se oponen a que una normativa como la controvertida en el litigio principal por la que el pasaporte para animales de compañía se usa no solamente como documento de viaje, de conformidad con la normativa de la Unión, sino también como prueba de identificación y registro de perros a escala nacional, pero

-- se oponen a que una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prevé un solo campo en el pasaporte para animales de compañía destinado a la inscripción de la identidad y la dirección del propietario del animal cuyas modificaciones posteriores se efectúan mediante la colocación de etiquetas autoadhesivas.

3) Las disposiciones nacionales, como las de la normativa controvertida en el litigio principal, relativas al pasaporte para animales de compañía y el uso de éste como prueba de identificación y registro de perros, así como sobre el uso de etiquetas autoadhesivas para efectuar las modificaciones relativas a la identificación del propietario y del animal, por una parte, y sobre la determinación de un número único para los gatos y los hurones, por otra, no constituyen reglamentos técnicos en el sentido del artículo 1 de la Directiva 98/34 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, en su versión modificada por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, que, de conformidad con el artículo 8 de dicha Directiva, deben comunicarse previamente a la Comisión Europea».

matización «en su caso» no es muy oportuna. Creo que se debería exigir siempre la identificación del animal de compañía cuya venta se publicita.

La información básica o general tiene un contenido aún más amplio de acuerdo con el artículo 63.5. Las disposiciones de los apartados cuatro y seis del artículo 63 contienen deberes de información precontractual que deben cumplirse. La falta o incorrecta información precontractual, aparte de poder ser sancionada por la Administración, puede tener consecuencias en la formación del consentimiento real del comprador, además de otras consecuencias como el incumplimiento del contrato si el animal no responde a las características anunciadas inicialmente por el vendedor.

La compraventa debe ser por escrito de acuerdo con el artículo 63. 2. En el Anteproyecto de Ley, por el contrario, dejaba abierta la forma de la venta de animales de compañía. Esta imprecisión afortunadamente se ha corregido.

El PLPDBA no contiene una norma que determine el contenido mínimo y obligatorio de la compraventa de animales de compañía. Será un reglamento el que establezca las cláusulas mínimas de la compraventa (art. 63.2).

El vendedor debe entregar el animal de compañía en buen estado sanitario y con los tratamientos veterinarios obligatorios por edad y especie (*vid.* art. 1484.2 CC, al que remite el art. 63.3 PLPDBA), al menos habiendo cumplido con los tratamientos obligatorios mínimos (el anterior art. 63.3 se refería, sin más, a tratamientos obligatorios). Un animal de compañía que se entregue enfermo puede ser un peligro para la salud pública que en ocasiones requiere la intervención de la Administración, p. e., en el caso de detección o sospecha de enfermedad zoonótica, podrá procederse al incautación o retención temporal o aislamiento para su curación y tratamiento (art. 76.2). Desde la perspectiva civil, la compraventa es nula. Dice el artículo 1494-1 CC que «no serán objeto del contrato de venta los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas. Cualquier contrato que se hiciere respecto de ellos será nulo». Prevalece, pues, la nulidad del contrato de la compraventa sobre cualquier otra acción, incluidas las acciones del saneamiento por defectos o vicios ocultos conforme a los artículos 1484.2 y 1491 a 1499 CC (me remito al capítulo IV de este trabajo) y de otras acciones civiles. Cuando los animales o los ganados (animales de producción en el lenguaje jurídico actual) que se venden resulten inútiles para el servicio o uso al que se destinan, según Llamas Pombo, se debería enfocar como un supuesto de anulabilidad por error o dolo, pese a que el artículo 1494-2 CC dice que «el contrato será nulo»[114].

7. A modo de epílogo: ¿Una nueva concepción de la compraventa de animales de compañía?

La compraventa de animales de compañía no consiste simplemente en una transmisión de una cosa, como las compraventas en general. Tanto el Código civil como el Proyecto de Ley admiten la venta de animales de compañía. El Código civil regula los requisitos generales, que son los de cualquier compraventa, y además para cualquier animal que sea objeto de transmisión. El Proyecto de Ley regula los requisitos específicos cuando el animal que se vende es de compañía. Pero la singularidad es que el animal que se vende no es que no sea una cosa, sino que ante todo es un ser vivo dotado de sensibilidad. Bajo este prisma se debe analizar la compraventa de animales de compañía, incluso, por qué no, de cualquier animal. El vendedor tiene entre sus

[114] Cit., p. 531.

principales obligaciones no sólo la obligación de entregar sano el animal de compañía, sino que tiene la obligación de cuidarlo y procurar el bienestar que necesita hasta el momento de la entrega. El comprador tiene esa misma obligación desde el momento en que toma posesión de él. Cuando se entrega a distancia, siendo una venta de consumo, se debe estar a lo dispuesto en el artículo 66 bis TRLGDCU, sin perjuicio de la debida aplicación de las normas administrativas en materia de transporte de animales. El incumplimiento de esta obligación podría ser causa de resolución de la compraventa. Podría fijarse como causa resolutoria de la compraventa, mediante la oportuna cláusula contractual, la falta de cuidado y de aseguramiento del animal por parte del comprador (incluso podría elevarse a causa legal, a semejanza de la revocación de las donaciones por determinadas causas). El vendedor no debería ser indiferente cuando tiene conocimiento de malos tratos al animal de compañía que ha vendido. Aparte de denunciarlo ante las autoridades competentes, debería ejercitar las acciones penales y civiles correspondientes para que cesen los malos tratos. Entre las acciones civiles, en el marco del artículo 1124 CC, podría exigir la devolución del animal de compañía, previa resolución de la compraventa, o pedir al comprador que deje de maltratarlo, pudiendo pedir, incluso, medidas provisionales o definitivas para que se asegure su bienestar. En su caso, cuando pida la resolución contractual, puede pedir indemnización por daño moral.

Las mismas medidas se deben adoptar cuando el cesionario o el adoptante no cumplen con sus deberes con el animal de compañía que se le ha sido entregado. En los contratos de cesión gratuita y de adopción se insertan comúnmente cláusulas que exigen a los cesionarios y adoptantes el cumplimiento de obligaciones específicas de cuidado y bienestar del animal, sin perjuicio de las que se establezcan reglamentariamente.

El artículo 333 bis. 1 y 2 CC sólo adquiere sentido si quienes tienen la titularidad o la posesión del animal de compañía son conscientes de que es un ser vivo dotado de sensibilidad, debiéndose asegurar su bienestar conforme a las características de su especie. Por lo tanto, quienes venden y compran un animal –no sólo cuando es de compañía- deben ser conscientes de que no compran una cosa, por un capricho o por alguna finalidad concreta, sino que el animal que adquieren es un ser sintiente que requiere todos los cuidados necesarios y el bienestar antes, durante y después de la compraventa.

8. Bibliografía

AA.VV., *Reform des Tierschutzrechts. Die Verwirklichung des Staatsziels Tierschutz* de lege lata, edts. BÜLTE *et alii*, ed. Nomos, 2022.

ALÁEZ CORRAL, Benito, «Algunas claves de la reforma del Estatuto Jurídico Civil del animal en España», *dA Derecho Animal*, 2018, vol. 9/3, pp. 48 ss.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, «Los modelos europeos en las proyectadas reformas de la compraventa en el Código civil», en *Estudios sobre el contrato de compraventa*, dirs. ORTI VALLEJO, Antonio/JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, ed. Aranzadi, 2016, pp. 57-101.

ALONSO GARCÍA, Enrique, «El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español», *La Ley digital,* 2011.

- «El artículo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Los animales como seres «sensibles [sentientes]» a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Animales y Derecho. Animales and the Law*, edts. Favre/Giménez-Candela, ed. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 17 ss.

AZPITARTE GARCÍA, Virtudes, *Nietzsche y los animales. Más allá de la cultura y la justicia,* ed. Tirant lo Blanch, 2021.
BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the principles of Morals and Legislation*, 1780.
BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Cosas, bienes y animales», Tribuna, *Cuadernos de Derecho Privado,* 2, 2022, pp. 2-7.
BIRNBACHER, Dieter, «Menschenrechte für Menschenaffen», http://docplayer.org.
BRELS, Sabine, «El bienestar de los animales: un nuevo principio general y constitucional del Derecho comunitario», *dA Derecho animal»*, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001CJ0189:ES:HTM.
CASADO CASADO, Lucía, «La protección del Bienestar animal a través del ordenamiento jurídico-administrativo», *De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador,* prólogo de DE LUCAS, Javier, dir. CUERDA ARANAU, María Luisa, ed. Tirant lo Blanch, 2021, pp. 56-60.
CASTRO ÁLVAREZ, Concepción, *Los animales y su estatuto jurídico. Protección y utilización de los animales en el Derecho,* ed. Aranzadi, 2019, pp. 122 ss.
CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «Entre personas y cosas: ¿Un nuevo derecho para los animales?», *Diario La Ley,* nº 9853, 2021.
«Entre personas y cosas: animales y robots», *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* nº 14, febrero, 2021, pp. 14-53.
DE LUCAS, Javier, «En el bicentenario de Darwin ¿derechos de los animales no humanos? La barrera de la dignidad», *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico,* 2009, nº 6, pp. 7-20.
DE LA TORRE TORRES, Rosa María, *Los fundamentos de los derechos de los animales,* ed. Tirant lo Blanch, 2021.
DE TORRES PEREA, José Manuel, «Una perspectiva multidisciplinar –jurídica, biológica y filosófica- sobre los animales, y su incidencia en el Derecho civil español», *Un nuevo Derecho civil para animales Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, ed. Reus. 2022, pp. 31-70.
- *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el Derecho civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, ed. Reus, Madrid, 2020.
DIAZ ALABART, Silvia, «De los animales en el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero, 2022, pp.
DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *La Ley 17/2021, sobre régimen jurídico de los animales. Comentario y aplicación práctica*, ed. Reus, 2022.
FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio, *Etología, Ecología y Derecho. Una visión propedéutica de los animales*, ed. Reus, 2021.
FRANCIONE, Gary L., «Animales ¿propiedad o personas?», *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico,* 2009, pp. 31-50.
GARCÍA PÉREZ, Carmen L., «Comentario de los artículos 1493-1494», *Comentarios al Código Civil,* dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, ed. Tirant lo Blanch, tomo VIII, 2013, pp. 10596-10597.
GIL MEMBRADO, Cristina, *Régimen jurídico civil de los animales de compañía*, ed. Dykinson, 2014.
- «Una cuestión no resuelta: Donación modal, cesión o "adopción de animal», en *Un nuevo Derecho civil para animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre,* dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, ed. Reus. 2022, pp. 481 ss.
GIMÉNEZ-CANDELA, Marita, «The De-Objectification of Animals in the Spanish Civil Code», *dA Derecho animal,* 2018, vol. 9/3, pp. 22 ss.
- «Persona y Animal: una aproximación sin perjuicios» *dA Derecho Animal*, 2019, vol. 10/1, pp. 8-20.
- *Transición animal en España,* ed. Tirant lo Blanch, 2020.

HOLCH, Georg, «Kommentar Paragraph 90a BGB», *Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil,* ed. 5ª, ed. Beck, 2006, pp. 1131-1133.
LACRUZ MANTECÓN, Miguel, «Adquisición de animales mediante compraventa», *Un nuevo Derecho civil para animales*. *Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, dir., CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, ed. Reus, 2022, pp. 305-329.
LELANCHON, Loïs, «La reforma del estatuto jurídico civil de animales en el Derecho francés», *dA Derecho animal,* núm. 9/ 3, 2018, pp. 75 ss.
LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, Pilar, «La protección jurídica de los animales en Alemania y Francia», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental,* núm. 25, 2013, pp. 281 ss.
- *El Derecho del Bienestar Animal en Europa y Estados Unidos,* ed. Aranzadi, 2012.
LUGI, «¿Eterna Treblinka», *El Cultural***,** 11-17 marzo, 2022, p. 7.
LUNA SERRANO, Agustín, «El alcance de los conceptos de la venta de bienes de consumo y de garantía en la Directiva 1999/44/CE», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo,* Tomo II,ed. Civitas, 2005, pp. 2341-2353.
LLAMAS POMBO, Eugenio, *La compraventa,* La Ley Tratados, ed. Wolters Kluver, 2014.
MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros,* INC, 2004.
MENÉNDEZ DE LLANO RODRÍGUEZ, Nuria, «La modernización del estatuto del animal en la legislación española», *dA Derecho Animal*, 2018, vol. 9/3, pp. 59 ss.
MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Comentario del artículo 1494», *Comentario del Código Civil,* dirs. Cándido, PAZ-ARES, *et alii,* Ministerio de Justicia, tomo II, 1991, pp. 973-975.
MORGADO, Ignacio, «Ante nuestra propia humanidad», *El Cultural***,** 11-17 marzo, 2022, p. 6.
NAVA ESCUDERO, César, «Los animales como Sujetos de Derecho», *dA Derecho Animal,* 10/3, 2018, pp. 47-68.
PEREIRA, Gómez, *Antoniana Margarita*: *opus nempe physicis, medicis ac theologis non minus vtile quam necessarium,* 1554 (la traducción al español de SOUTO GARCÍA/BARREIRA BARREIRA, 2000, *Antoniana Margarita,* con un estudio preliminar de BARREIRO BARREIERO, José Luis, Universidad de Santiago de Compostela; hay también una traducción al inglés en 2019 de GARCÍA VALVERDE, José Manuel y MAXWELL-STUART, Peter).
PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Animales de compañía,* ed. Bosch, 2005.
RODRÍGUEZ CASTAÑO, Carlos, «Una breve reflexión sobre el artículo 333 bis.2 del Código civil», *CESCO*, 14 de enero de 2022.
ROGEL VIDE, Carlos, *Los animales en el Código civil,* ed. Reus, 2017.
SCHLITT, Michael, «Haben Tiere Rechte?», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie /Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Vol. 78, No. 2 (1992), pp. 225-241.
STEDING, «Paragraph 90a BGB: nur juristische Begriffskosmethik? Reflexionen zur Stellung des Tieres im Recht», *Juristische Schulung,* 1996.
TORRELLES TORREA, Esther, «Comentario al artículo 115 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores,* dir. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, ed. Colex, 2011, pp. 1063-1070.
TRUJILLO VILLAMOR, Elena, «Prohibido animales: Los animales como "seres sintientes" en los contratos de alquiler», *CESCO,* 26 de marzo de 2022.
- «Vale, aceptando pulpo como animal de compañía. Una modificación del Código Civil», *CESCO*, 14 de enero de 2022.
TUR FAÚNDEZ, María Nélida, «Vicos ocultos y «aliud pro alio»: estado de la jurisprudencia», *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz,* dir. CARRASCO PERERA, Ángel, tomo II, ed. Aranzadi, 2013, pp. 1409 ss.

VALDÉS ROCHA, Juan Diego, «Sintiencia animal: Necesidad de un reconocimiento jurídico material, y sus implicaciones teóricas y prácticas», *dA Derecho Animal,* vol. 12/3, 2021, pp. 111 ss.
VELASCO CABALERO, Francisco, *Derecho público más Derecho privado,* ed. Marcial Pons, 2014.
VERGEZ SÁNCHEZ, Mercedes, *La protección del consumidor en la Ley de garantías en la Venta de Bienes al Consumo,* ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
VIVAS TESÓN, Inmaculada, «"Si los animales son seres sintientes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivienda?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* nº 41, 2022, pp. 48 ss.

9. Sentencias

STJUE 14 abril 2011 (C-42/10, C-45/10 y C-57/10), ECLI:EU:C:2011:253.
STC 15 julio 2020 (RTC 81). BOE nº 220. 14 de agosto de 2020.
SAP Girona, Sección 1.ª, 18 febrero 2020 (JUR\2020\84707).
SAP Granada, Sección 5.ª, 26 abril 2019 (JUR\2020\18015).
SAP Huelva, Sección 2.ª, 11 octubre 2017 (JUR\2017\312210).
SAP Málaga, Sección 5.ª, 31 julio 2012 (JUR\2013\139984).
SAP Ourense, Sección 1.ª, 1 junio 2011 (JUR\2011\247146).
SAP de Girona, Sección 1.ª, 30 de junio de 2011 (JUR\2011\319992).
SAP Murcia, Sección 4.ª, 1 octubre 2009 (JUR\2009\459939).
SAP Granada, Sección 3.ª, 21 noviembre 2008 (JUR\2009\60612).
SAP Salamanca, Sección 1.ª, 19 diciembre 2007 (JUR\2008\333421).
SAP Navarra, Sección 1.ª, 26 enero 2004 (JUR\2004\111304).
SAP Salamanca, 28 de septiembre de 1999 (AC/1999/8354).
S. Juzgado de Primera Instancia, nº 14 de Granada, 29 enero 2019 (JUR\2020\345211).

InDret
4.2022

José Luis Serrano González de Murillo
Universidad de Extremadura
-

Delito contra la libertad sexual y muerte dolosa «subsiguiente» agravada

Sumario
-
En el CP español, la muerte dolosa por el hecho de perpetrarse subsiguientemente a un delito contra la libertad sexual, determina una extraordinaria agravación, que en el asesinato lleva a la prisión permanente revisable. Tan notable es esta agravación, que ha de cuestionarse en profundidad su fundamentación, sin perder de vista la agravación de la muerte para ocultar otro delito (que convierte el homicidio en asesinato), en cierta medida coincidente con aquella. Realizado el intento de hallarla, ante la ausencia de una fundamentación convincente que permita comprender por qué ha de agravarse la muerte subsiguiente por razones distintas al mero propósito de eludir la responsabilidad penal por el delito sexual previo, se opta por la aplicación subsidiaria de la agravante específica, solo en defecto de la aplicación de la de autoencubrimiento. Ello en sentido divergente con la jurisprudencia que va abriéndose camino. Por otra parte, se trata de fundamentar por qué de los delitos sexuales previos deben quedar excluidos los delitos que atentan contra la indemnidad sexual, así como poner de manifiesto varias presuposiciones en que acríticamente incurre la jurisprudencia.

Abstract
-
In the Spanish Penal Code, the intentional death due to the fact of being perpetrated subsequent to a crime against sexual freedom, determines an extraordinary aggravation, which in the case of murder leads to reviewable life imprisonment. This aggravation is so remarkable that it requires an in-depth consideration of its justification, without losing sight of the aggravation of death to hide another crime (which turns homicide into murder), to a certain extent coinciding with that one. Once the attempt has been made to find it, in the absence of a convincing justification that enables us to understand why the subsequent death should be aggravated for reasons other than the mere purpose of avoiding criminal responsibility for the previous sexual crime, it is chosen the principle of subsidiary application of the specific aggravating factor only in the absence of the application of the self-concealment. This in a divergent sense with the jurisprudence that is being established. On the other hand, I try to substantiate why crimes against sexual indemnity should be excluded from previous sexual crimes, as well as to highlight several presuppositions that jurisprudence uncritically incurs.

Zusammenfassung
-
In dem spanischen StGB stellt die vorsätzliche Tötung aufgrund der Tatsache, dass sie im Anschluss an ein Verbrechen gegen die sexuelle Freiheit begangen wird, eine außergewöhnliche Erschwerung dar, die im Falle eines Mordes zu einer überprüfbaren lebenslangen Freiheitsstrafe führt. Diese Verschärfung ist so bemerkenswert, dass sie einer eingehenden Betrachtung ihrer Rechtfertigung bedarf, ohne die Verschärfung des Todes aus den Augen zu verlieren, um ein anderes Verbrechen (das Tötung in Mord verwandelt), gewissermaßen damit zusammenfallend. Sobald der Versuch unternommen wurde, es zu finden, mangels einer überzeugenden Begründung, die es uns ermöglicht zu verstehen, warum die Strafe für die spätere Tötung aus anderen Gründen als dem bloßen Zweck, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die vorangegangene sexuelle Straftat zu vermeiden, verschärft werden sollte, wird die subsidiäre Anwendung des spezifischen Erschwerungsgrundes nur bei fehlender Anwendung der

Selbstverschleierung gewählt. Dies in einem abweichenden Sinne mit der sich durchsetzenden Rechtsprechung. Andererseits geht es darum zu begründen, warum Straftaten, die gegen die sexuelle Indemnität verstoßen, von den früheren Sexualdelikten ausgeschlossen werden sollten, sowie um das Aufzeigen verschiedener Vorannahmen, von denen die Rechtsprechung unkritisch ausgeht.

Title: *Crimes against sexual freedom and aggravated "subsequent" intentional deaths*

Titel: *Verbrechen gegen die sexuelle Freiheit und erschwerte "nachfolgende" vorsätzliche Tötung*

-

Palabras clave: Muerte dolosa, prisión permanente, libertad sexual, indemnidad sexual, violación, detención ilegal, autoencubrimiento, concurso aparente

Keywords: *Intentional death, permanent imprisonment, sexual liberty, sexual indemnity, rape, illegal detention, self-concealment, apparent concurrence of offenses*

Stichworten*: Vorsätzliche Tötung, lebenslange Freiheitsstrafe, sexuelle Freiheit, sexuelle Indemnität, Vergewaltigung, Freiheitsberaubung, Selbstverschleierung, Gesetzeskonkurrenz*

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i4.02

-

InDret

4.2022

Recepción
30/03/2022
-
Aceptación
12/06/2022
-

Índice

-

1. El efecto agravante de la contigüidad con delito de naturaleza sexual
2. El «hecho» subsiguiente a delito contra la libertad sexual de los arts. 140.1.2.ª y 138.2.a CP. Fundamento de la agravación
3. Ámbito de aplicación
4. La relación entre los ámbitos de aplicación de los arts. 139.1.4.ª y 140.1.2.ª CP
5. Delimitación con la muerte de un menor de 16 años
6. Relaciones concursales, especialmente entre la muerte dolosa y el delito contra la libertad sexual
7. Conclusiones
8. Bibliografía

-

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

1. El efecto agravante de la contigüidad con delito de naturaleza sexual*

La reforma del Código penal de 2015 introdujo como uno de los nuevos criterios de agravación, en crímenes contra la vida, así como contra la libertad ambulatoria, el hecho de que estos se encuentren de algún modo conectados con delitos sexuales[1], pero sin que la agravación consuma a estos. Se introduce así un factor de distorsión en una cuestión concursal antes resuelta satisfactoriamente. En particular, de entre todas las posibilidades de relación entre muerte o detención ilegal con otros delitos, parece arbitrario que las agravaciones se circunscriban a los delitos «sexuales» conexos, cuando las muertes pueden estar conectadas con delitos al menos tan graves como éstos, tales como robo, tortura, extorsión o secuestro[2]; y en la desaparición forzada igualmente el propósito de la detención inicial puede estar orientado, en lugar de a atentar contra la libertad sexual, p. ej. al asesinato, la tortura, la extorsión o el robo. ¿Es posible hallar alguna idea básica que ayude a entender semejante fijación con los delitos sexuales conexos?[3].

> No es la primera vez que cuestiono esa idea básica en la agravante consistente en que la muerte, ya sea homicidio doloso o asesinato, se perpetre tras un delito contra la libertad sexual[4], idea que podría arrojar alguna luz sobre los problemas interpretativos generados. Pero en este ámbito, como Morales Prats predijo de la nueva regulación de los delitos contra la vida, fruto de la reforma de 2015[5], era de prever «un horizonte de interpretaciones confusas y conflictivas, que darán lugar a soluciones fluctuantes»[6]. Lamentablemente, tal pronóstico ha resultado certero: han recaído sentencias confusas y contradictorias, con soluciones fluctuantes. Aunque también permiten apreciar problemas adicionales. Este nuevo contexto aconseja volver a analizar las principales cuestiones dogmáticas que tal excepción al concurso real de delitos planteaba, así como de su relación con otras agravantes del complejo sistema introducido, en particular con la de (auto)encubrimiento. Es ahora ocasión, además, de formular algunas precisiones sobre las líneas de interpretación que en un principio me parecieron más racionales, y de desarrollarlas con mayor amplitud. Pero previamente, conviene exponer de modo sintético los problemas planteados.

Intentar hallar alguna dosis de coherencia en un conjunto de normas probablemente asistemáticas, conduce a aceptar que, si bien es posible aportar un poco de coherencia para su

---

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura (Cáceres).

[1] De «conexidad sexual» habla QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

[2] Como era de esperar, en la siguiente ola de endurecimiento de la pena para «delitos extremadamente graves», abyectos, etc., de principios de 2018, no tardó en plantearse la pena de prisión permanente para las muertes dolosas subsiguientes a secuestros, o consecuencia de delitos de peligro común, como liberación de energía nuclear, estragos o incendios (enmiendas del GP Popular, con fecha 27 de febrero de 2018, a la Proposición de Ley Orgánica del PNV de supresión de la pena de prisión permanente revisable).

[3] En la misma dirección, en las enmiendas del GP Popular (como en nota 3) se propugna castigar con prisión permanente la violación en serie, es decir, con al menos dos condenas previas por violación, y la "agresión sexual a menores de dieciséis años que el autor mantiene en situación prolongada de [privación de] libertad o con producción reiterada de graves sufrimientos físicos o ataques a su integridad moral".

[4] Remito al amable lector a mi artículo «Los nuevos delitos de muerte dolosa agravada por ser subsiguiente a delitos contra la libertad sexual», en CANCIO MELIÁ *et al*. (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, 2019, pp. 1241 ss.

[5] Reforma que en su afán punitivo se empecina en regular en los tipos penales, con una frondosa previsión de tipos agravados, cuestiones propias de la Parte General, como las reglas concursales o las agravantes genéricas.

[6] Cfr. MORALES PRATS, «Del homicidio y sus formas», en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coords.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2016, pp. 35 ss.

aplicación práctica, sin embargo no lo es encontrar un auténtico sistema subyacente. Un fenómeno de este tipo se genera sobre todo cuando a un texto legal consolidado, con una larga tradición, se incorporan como nuevos elementos auténticos cuerpos extraños. Es lo que ocurre, desde luego, con la nueva regulación de los delitos contra la vida, uno de los principales objetivos del proceso de reforma que culminó en 2015, donde para el asesinato se perseguía prever una serie de circunstancias de agravación que justificaran la nueva pena de prisión permanente.[7] Ante su heterogeneidad, y la imposibilidad de encontrar una idea informadora unitaria, cabe concluir que la elección de las circunstancias estuvo en realidad subordinada al objetivo principal de introducir la prisión permanente revisable; como lapidariamente expresara Peñaranda Ramos, la decisión de introducir esta nueva pena es anterior a la de a qué delitos aplicarla[8]. Así, en la plasmación del propósito legislativo de castigar con la máxima pena los crímenes particularmente odiosos, se siguen planteamientos populistas que conducen a consagrar legalmente instintos emotivos de venganza[9] por esos crímenes reveladores de especial perversidad; y posteriormente, por lo que respecta al delito de asesinato, en buena parte dependiendo de casos que habían conmovido a la opinión pública, se han seleccionado determinados supuestos estimados merecedores de tan descomunal agravación, como el que nos ocupa.

Ya en el curso del proceso legislativo, ante la crítica contenida en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2013 de reforma del CP, se estimó lógico extender al «homicidio» esas agravantes que en la proyectada regulación del «asesinato» determinaban la aplicación de la prisión permanente revisable; razonando que carecía de sentido que determinadas circunstancias sólo pudieran agravar el hecho de matar si además concurrían las notas caracterizadoras del asesinato, y no en su ausencia, ya que al fin y al cabo en ambos casos se trata de muerte dolosa. Con todo, la traslación al homicidio sólo se produjo parcialmente, puesto que de las cuatro circunstancias agravatorias previstas en uno y otro delito, sólo coinciden tres de ellas.

La circunstancia de que la muerte dolosa sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual se encuentra entre las que asesinato y homicidio comparten, y por tanto las consecuencias de su concurrencia serán distintas dependiendo de que se sumen o no las circunstancias caracterizadoras del asesinato. De todos modos, en ambos casos se establece una solución distinta a la del mero concurso de delitos, que supone una agravación del segundo de los delitos, el atentatorio contra la vida, añadiéndose al concurso de delitos. Y ello sin que quepa encontrar una explicación a que el todo supere a la suma de las partes, solución punitiva inédita en nuestro Código penal.

Si bien es verdad que debería abordarse el estudio conjunto de las tres figuras agravadas por su relación con un delito o propósito de delito sexual[10], homicidio, asesinato y detención ilegal, la

---

[7] Al respecto ampliamente, ARROYO ZAPATERO/LASCURAÍN SÁNCHEZ/PÉREZ MANZANO (eds.), *Contra la cadena perpetua*, 2016, accesible en la URL: https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/9671

[8] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma de 2015 del Código penal», en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, pp. 1258 ss.

[9] Cfr. MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2016, p. 62.

[10] Cfr. Acerca de los supuestos agravados por la motivación sexual en la desaparición forzada de personas, *cfr*. asimismo SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «La desaparición forzada de personas agravada por el móvil delictivo sexual», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, vol. II, 2018, pp. 623 ss.

abundante problemática suscitada en los delitos contra la vida justifica su estudio separado, que indague su posible fundamento, acote su ámbito de aplicación y aborde los nuevos problemas concursales que se plantean, ofreciendo posibilidades interpretativas que al menos atenúen la arbitrariedad de estas decisiones legislativas.

2. El «hecho» subsiguiente a delito contra la libertad sexual de los arts. 140.1.2.ª y 138.2.a. Fundamento de la agravación

En los supuestos en que ahora se agrava la muerte dolosa sucesiva a delito sexual, ¿quedaba algún aspecto por desvalorar que no estuviera suficientemente abarcado por la relación de concurso real entre ambos delitos, que ya da cuenta del delito sexual? Porque de no encontrarle un fundamento racional, resultará difícil considerar justificada la agravación prevista para esta sucesión de delitos, como también decidir sobre su posible compatibilidad con otras perspectivas de agravación.

Cabría establecer algún parecido remoto entre esta cualificación por la simple secuencia de delitos y la de reincidencia, aunque con elementos divergentes: falta la homogeneidad delictiva requerida por la reincidencia, y se exige la relación de inmediatez entre los delitos que vienen en consideración. Creo, sin embargo, que esta afinidad superficial nada aporta para indagar sobre el fundamento de la agravación que nos ocupa. Si el fundamento residiera en la reiteración de delitos, la agravación no se circunscribiría a la muerte precedida de delito contra la libertad sexual, dejando al margen otros delitos como mínimo de igual gravedad, como p. ej. la tortura o el secuestro. Más se asemeja a la reincidencia la agravación prevista para el asesinato «en serie» del nº 2 del mismo art. 140, que, así y todo, para los casos de asesinatos previos, delitos de mucha mayor gravedad aún, no se conforma con un solo delito anterior, sino que requiere haber «sido condenado por la muerte de más de dos personas»[11].

Prácticamente nada ayuda a encontrar el fundamento buscado la Exposición de Motivos de la reforma de 2015, que con respecto a las nuevas agravantes específicas únicamente contiene la vacua referencia a que la ley penal, para reforzar la confianza en la Administración de Justicia, ha de posibilitar decisiones judiciales que «sean percibidas en la sociedad como justas», dejándose traslucir la referencia a la demanda ciudadana de penas en proporción a determinados hechos de «extrema gravedad». Pero al no explicitarse la razón de que se seleccionen determinados supuestos, y no otros, suscita la sospecha de arbitrariedad.

Cabría pensar, como fundamento, en el superior peligro de muerte dolosa, en el sentido de mayor probabilidad o frecuencia, que surge una vez que se ha perpetrado un delito sexual. Sin embargo, basta comparar la estadística de estos con la de muertes subsiguientes para descartar este candidato a fundamento: no existe una proliferación insoportable de hechos subsiguientes a delito sexual, ni clamor social al respecto[12]. Desde luego, no se había apreciado tal necesidad de agravación doctrinalmente, ni la regulación de este título se había modificado, en las decenas de reformas posteriores a la entrada en vigor del CP en 1995, lo que ha permitido afirmar que el giro

[11] Bien es verdad que también la consecuencia jurídica es más grave. Cfr., sobre todo con respecto al número de «muertes» previas, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «El asesinato múltiple castigado con prisión permanente revisable», *Revista Penal,* (48), 2021, pp. 205 ss., 207 ss.

[12] Faltan, por tanto, razones de prevención general. Al respecto, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., 2015, pp. 468 ss.

dado en 2015 constituye una «enigmática innovación» al margen de las reglas concursales generales, en absoluto justificada y que remite a un Derecho penal de autor[13]; explicable en parte por el prurito de complacer a «ciertos sectores sociales» y a familiares de las víctimas[14].

Por cierto, tampoco se entiende que si la explicación de estas figuras agravadas puede ser el eco encontrado en los medios de comunicación y en el debate político por algunos espeluznantes casos de menores objeto de delitos sexuales y posteriormente asesinados[15], técnicamente se haya realizado la reforma con tan poco rigor que su tenor literal limita el alcance de la agravación a casos de delitos previos contra la libertad sexual, pero no contra la indemnidad sexual (salvo en el caso de la desaparición forzada de personas)[16]. Pero no solo este interrogante, sino que la opción legislativa suscita multitud de otros, como el —ya señalado— de por qué solo agravar cuando la muerte es subsiguiente a un delito contra libertad sexual y no en general cuando es posterior a otros delitos contra bienes personalísimos, como libertad o integridad moral; por qué solo cuando se trata de la muerte de la víctima del delito sexual, y no p. ej. de cualquier testigo[17]; o por qué sólo la muerte subsiguiente, y no la simultánea[18]. Incluso se ha afirmado que podría tener justificación con respecto al asesinato, pero no con respecto al homicidio[19].

Tampoco se halla conectada la circunstancia al mayor desvalor de la conducta ni del resultado de matar, y ni siquiera denota mayor culpabilidad, de manera que su explicación difícilmente puede ser racional, sino que obedecería a la lógica del Derecho penal simbólico, a la creencia «atávica» de la mayor «temibilidad» o peligrosidad del homicida que acaba de cometer un delito sexual sobre la víctima, a su carácter abominable[20] o malvado, para hacer frente al cual no basta con la solución punitiva del concurso real de delitos. Pero la plausibilidad de esta idea tropieza con la arbitrariedad en la limitación a los delitos sexuales previos, ya que también la comisión de otros delitos precedentes permitiría afirmar esa mayor temibilidad o peligrosidad: secuestros, delitos contra la integridad moral, etc. Y si se pretende agravar por el tipo criminológico de autor «peligroso», carece de sentido que se incluyan también los delitos sexuales no violentos[21]. Difícilmente el autor de acoso sexual, p. ej., responde a esta tipología. De hecho, en la praxis judicial solo han aparecido supuestos de agresión sexual.

Como posible antecedente se trae a colación la figura afín del Código penal alemán. Sin embargo, en éste el delito de asesinato para satisfacer el instinto sexual (*Lustmord*, literalmente asesinato por lascivia) se articula en torno a la «motivación» de la muerte, no a la circunstancia «objetiva» de que la muerte siga a un delito sexual. La modalidad de asesinato en el StGB sí se basa en suponer una mayor culpabilidad, vinculada a un motivo especialmente censurable, entre otros móviles fútiles o abyectos. A título ilustrativo, repárese en que la jurisprudencia germana viene

---

[13] Cfr. MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2016, p. 42.

[14] Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015, pp. 323 ss.

[15] Lo destaca GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo a la 21ª edición del Código penal*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 22.

[16] Al respecto, cfr. *infra* 5.

[17] Cfr. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2015, pp. 473, 471.

[18] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *LH-Miguel Bajo*, 2016, p. 1279.

[19] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Memento práctico Francis Lefebvre Penal 2016*, 2016, p. 747.

[20] Cfr. MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2016, pp. 32 ss., 42.

[21] Así, CUENCA GARCÍA, «Problemas interpretativos y de non bis in idem suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato», *Cuadernos de Política Criminal* (118), 2016, p. 146.

incluyendo casos como los de matar para buscar la satisfacción sexual con la propia muerte, o para realizar prácticas sexuales con el cadáver, o de regodearse contemplando una grabación de la muerte, o cuando esta es una consecuencia de la violencia empleada para posibilitar la violación[22]. En todo caso, con relación de medio a fin.

En cambio, en el sistema español se trata sobre todo de dar cuenta de que se mata dolosamente con posterioridad al delito sexual cometido y con inmediatez temporal; no se requiere expresamente matar con un móvil sexual reprobable, sino que primero se ha de haber cometido el delito sexual y luego la muerte (en el caso del art. 140.1.2.ª, acompañada de alguna circunstancia caracterizadora del asesinato), sin exigencia siquiera de propósito inicial de matar.

Descartadas las opciones mencionadas, puede concluirse que una agravación de estas características es posible explicarla y entenderla, mas no justificarla. La ley parece empatizar con la víctima y tener en cuenta la acumulación de males[23] que el autor le ha infligido sucesivamente: no solo privándola de todo, al quitarle la vida, sino que en los últimos momentos de la poca vida restante (de ahí la necesidad de exigir la inmediatez temporal entre ambos delitos) la ha hecho objeto de un atentado contra su intimidad corporal y dignidad; en suma, contra su libertad sexual. No sólo se le quita la vida, sino que la vida de los últimos momentos se le convierte en un calvario, mediante la utilización de la víctima como mero objeto para la satisfacción sexual ajena. Parece, pues, que este «lujo de males» infligidos con relación de inmediatez representa un mayor desvalor que el típico supuesto de concurso real de dos delitos totalmente inconexos personal y espacio-temporalmente, que sólo se reúnen a efectos de su enjuiciamiento conjunto. El encadenamiento delictivo presenta, pues, ciertas concomitancias con el ensañamiento. Para esta agravación, no sólo tendría trascendencia que la víctima ha muerto, sino cómo, en qué contexto de sufrimiento e instrumentalización ha muerto, y a este respecto otros delitos como el secuestro o el robo no resultan comparables[24]; pero sí lo serían los delitos contra la integridad moral previos, que sin embargo no dan lugar a agravación de la muerte. Con esta tesis se entendería que no se agrave la muerte de persona distinta a quien previamente se ha hecho víctima, como p. ej. del testigo del delito sexual, o de quien se disponía a impedirlo, ejerciendo la legítima defensa de terceros. Pero, en cambio, si lo determinante es el sufrimiento de la víctima en los últimos momentos de su vida, carece de sentido que no se resuelva la situación recurriendo simplemente a la agravante de ensañamiento; como tampoco lo tiene que no se agrave la muerte perpetrada por sujeto distinto al autor del delito sexual, inclusive el partícipe en este, lo cual parece remitir de nuevo a la perversidad intrínseca del autor, en tanto que delincuente sexual. La explicación ofrecida no está exenta, pues, de objeciones, y carece de solidez suficiente.

Entender, desde otra perspectiva, que la conminación penal agravada, al menos en los delitos sexuales violentos, trata de neutralizar la muy previsible (probable, frecuente) tentación de ocultarlos, específica de este género de situaciones, aprovechando la situación de dominio sobre la víctima, no tendría en cuenta que tal inclinación se daría asimismo en otros delitos como el

[22] Cfr. KÜPPER/BÖRNER, *Strafrecht. Besonderer Teil 1*, 2017, pp. 19-22.

[23] En sentido similar, CUENCA GARCÍA, *Cuadernos de Política Criminal,* (118), 2016, pp. 148, sosteniendo, con cierto escepticismo, como fundamento el de la vinculación de ambos delitos, fundamento que califica de evanescente y puramente formal.

[24] La doctrina, en cambio, no aprecia diferencia entre los delitos contra la libertad sexual y otros posibles: MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., 2019, p. 39. Téngase en cuenta además el sufrimiento adicional de los allegados de la víctima, presente sobre todo en el supuesto de delito sexual seguido de muerte. Y ello no resulta incompatible con la responsabilidad por tentativa.

secuestro o la tortura, y que para dar cuenta de la perpetración de muerte para ocultar un delito en la misma reforma de 2015 se introduce la circunstancia caracterizadora del asesinato que da cuenta de ese propósito. Además, en los delitos sexuales en que no medie violencia, la agravante carecería totalmente de sentido.

De todos modos, que quepa explicar los motivos del legislador no equivale a considerar que alcance justificación suficiente la agravación de la muerte contigua a delito sexual.

De cuanto antecede cabe deducir, a efectos de abordar la relación con la circunstancia de matar para ocultar otro delito, lo siguiente. En estos casos de muerte subsiguiente a delito sexual se describe objetivamente una secuencia de dos delitos, y en el segundo, el homicidio o asesinato, se hace abstracción de los posibles motivos del sujeto, lo que no es sino un modo de incluir todos los posibles motivos que le hayan impulsado a matar en tal contexto. El centro de gravedad del desvalor lo aporta la situación de la víctima, su instrumentalización como simple objeto sexual, que se subordina a la satisfacción del deseo sexual ajeno, y su inmediata muerte, de todo lo cual es consciente el autor. Como también es consciente de que la muerte de la víctima conlleva su imposibilidad de denunciar el delito. Un sujeto en estas circunstancias probablemente obrará al matar impulsado por diversos motivos, puede ser que relacionados con la mera satisfacción de una lascivia morbosa, o de afanarse por el mayor grado de dominación que cabe sobre otro ser humano, tras utilizar su cuerpo: el de decidir sobre si vive o muere. Asimismo, concurrirá en el autor la consciencia de que la muerte determina la ocultación del delito sexual, que puede constituir el principal objetivo, o puede que simplemente sea consciente de ello y por tanto al actuar lo acepte como consecuencia necesaria, o puede que ni siquiera sea consciente de ello. En el juego de las motivaciones quizá haya de encontrarse la clave para determinar la relación entre esta circunstancia y la de autoencubrimiento (*infra,* 4).

3. Ámbito de aplicación

Entre las figuras delictivas de homicidio y asesinato agravados, la segunda probablemente se aplicará con más frecuencia que la primera, teniendo en cuenta que por lo general concurrirá la circunstancia de alevosía, «como extensión cualificada»[25] de la violencia o intimidación del delito contra la libertad sexual. No así en otros delitos previos distintos a la agresión sexual, que por cierto aún no aparecen en la praxis jurisprudencial ni es probable que lo hagan en proporción apreciable.

La descripción de la circunstancia expresa lacónicamente que la muerte dolosa ha de perpetrarse de modo «*subsiguiente* a un delito contra la libertad sexual». Teniendo en cuenta la discutible fundamentación de la agravante y el respeto al principio de proporcionalidad ante la grave conminación penal del homicidio o del asesinato en que concurra, ha de optarse por una interpretación restrictiva de este término, entendiendo que «subsiguiente» significa no ya posterior, sino asimismo que ha de darse una relación temporal de inmediatez entre ambos

[25] CADENA SERRANO, «Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código penal por L. O. 1/2015», *Conferencia publicada online*, 2015, Texto disponible en la URL:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740, p. 14

delitos[26]. Por tanto, no sería aplicable donde medie una interrupción significativa entre el primero y la muerte; p. ej., si se mata a la víctima varios días después, para evitar que denuncie, o como venganza por haberlo hecho[27].

Peñaranda Ramos, en esta línea, ha sugerido reservar el precepto solo para el caso de existir «un único proyecto criminal pluriofensivo» que abarque la secuencia de delito contra la libertad sexual y asesinato, siempre que este no sea coetáneo.[28] Sin embargo, la idea de «proyecto criminal» parece presuponer el dolo de matar conjunto con el de cometer el delito sexual, lo que descartaría injustamente los casos en que el dolo de matar surge «durante» la comisión del delito sexual, o inmediatamente «después». Y —como se indicará *infra*, 6— la prueba del dolo conjunto inicial no resultará fácil, por lo que la praxis judicial, en los casos de detención ilegal previa, solo apreciará la relación de medio a fin de esta con la agresión sexual, pero no con la muerte. Ciertamente, algún tipo de vinculación estricta entre ambos delitos sí ha de exigirse, pero no en el sentido de dolo («proyecto») conjunto. Así, por ejemplo, en una situación de detención ilegal en que se ha atentado contra la libertad sexual y la víctima sigue detenida, no veo inconveniente en apreciar el carácter subsiguiente de la muerte, aunque la «decisión» y su ejecución se produzcan horas, e incluso días después, debido a la conexión entre el delito inicial y la muerte, derivada de que por la situación de detención ilegal la víctima no ha dejado de estar a merced del autor, no habiéndose producido por tanto interrupción del curso de los acontecimientos delictivos, en el sentido del «efecto de enlace» del delito permanente. No creo que con ello se incurra en la analogía prohibida. Nada se opone a que la decisión de matar contemplada en la norma surja después del atentado contra la libertad sexual.

Es difícil de entender que la aplicación se limite a la muerte subsiguiente, no incluyendo la anterior[29] (necrofilia) o la simultánea, como sí las incluye el precepto afín del StGB, puesto que no se aprecia una diferencia en el desvalor de unas muertes con respecto a otras[30].

A veces no resultará fácil distinguir lo subsiguiente de lo simultáneo. Así, Fernández García[31] sostiene que, para que pueda ser aplicable la cualificación del art. 140.1.2.ª deberá considerarse «concluida» la acción típica vulneradora de la libertad sexual antes del inicio de la homicida.

A este respecto resulta ilustrativo el supuesto de que se ocupó la STS de 17 de octubre de 2018, en que el autor, que se encuentra a la víctima aturdida y sin posibilidad de oponer resistencia

[26] El Diccionario de la RAE define «subseguir» como «seguir inmediatamente» una cosa a otra. También requiere la inmediatez Gómez Rivero, en GÓMEZ RIVERO (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., t. I, 2018, p. 54, si bien subrayando la necesidad de que la muerte se lleve a cabo una vez concluida la ejecución del delito contra la libertad sexual. Criterio que comparto, siempre que se incluya en la «ejecución» del delito asimismo la fase de tentativa, p. ej. fracasada.

[27] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, p. 39; CADENA SERRANO, «Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código penal por LO 1/2015», *Conferencia publicada online*, 2015, p. 15.

[28] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal*, 2019, p. 831, nº marg. 7110.

[29] Supuesto en que no se plantearía, obviamente, el concurso con el delito contra la libertad sexual. Y que no responde a la lógica presunta del legislador, tal como *supra* se acaba de intentar dilucidar, excepto quizá el supuesto en que se comete el delito sexual sobre víctima moribunda.

[30] A favor de incluir también la muerte que se produce durante la comisión del delito sexual, SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, «Asesinato», en SERRANO GÓMEZ *et al., Curso de Derecho penal. Parte Especial*, 5ª ed., 2019, p. 32 s.

[31] Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, «Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable», *Revista Penal,* (44), 2019, p. 56.

alguna, primero le introduce dedos en la vagina, causándole desgarros y pequeña hemorragia, y después le introduce un objeto de gran tamaño por el ano causándole una abundante hemorragia que acaba produciéndole la muerte. En primera instancia, la SAP de Sevilla de 7 de junio de 2017 (lo que confirma el TSJ de Andalucía)[32] había calificado como agresión sexual en concurso con asesinato (por la concurrencia de la alevosía y de la intención de matar para ocultar la agresión sexual, lo que lleva a aplicar solo el art. 139.2). Y opta por la modalidad de concurso real, dado que aprecia dos hechos distintos: primero la agresión sexual por vía vaginal y después la otra acción de agredir sexualmente por vía anal simultáneamente constitutiva de muerte dolosa. En cambio, el TS aprecia unidad de hecho, porque de acuerdo con su doctrina reiterada, en caso de sucesivas penetraciones con relativa proximidad temporal se conceptúa una sola agresión sexual; de manera que la única agresión sexual continuada se superpone con la acción de matar (constitutiva de asesinato), y consiguientemente determinará concurso ideal. En cualquier caso, no se considera a la muerte acaecida como «subsiguiente» a un delito sexual, sino simultánea, ya sea a una segunda agresión sexual, ya a una sola agresión continuada.

En efecto, en las dos primeras decisiones judiciales, de la AP y del TSJ, a pesar de que la muerte se entendió condicionada posteriormente a la agresión sexual primera, no se castigó por muerte subsiguiente a delito sexual. Ciertamente, la segunda agresión sexual es simultánea (al menos parcialmente, en cuanto a su condicionamiento positivo, puesto que después de la agresión se produjeron acciones de ocultación de la víctima)[33] a la acción de matar. Incluso, la casuística puede plantear problemas como el de si la agravación se aplica a quien hace víctima de un delito sexual a una persona cuya muerte ya ha condicionado suficientemente, pero aún moribunda y que fallece inmediatamente después: ¿es ahí «el hecho» (de homicidio o asesinato) anterior, posterior o simultáneo?

Además, la exigencia de esta concreta secuencia temporal dará lugar a problemas forenses relativos al establecimiento de qué delito se realizó antes y cuál después, problemas que no se plantearían de no haberse configurado la circunstancia con los dos delitos por determinado orden[34].

De todos modos, teniendo presente la falta de fundamentación de la circunstancia, y a pesar de los problemas interpretativos que plantea y de la relativa arbitrariedad de la restricción legal, en definitiva es de agradecer la limitación a los supuestos de muerte subsiguiente.

Por otra parte, parece que el delito contra la libertad sexual requerido con carácter inmediatamente anterior a la muerte dolosa no se circunscribe a la agresión sexual, sino que abarca cualquier otro delito contra este bien jurídico, aunque sea de muy inferior gravedad, como

[32] TSJ, ECLI:ES:TSJAND:2017:15146; STS, ECLI:ES:TS:2018:3486, de 17 de octubre de 2018 (ponente: Colmenero Menéndez de Luarca).

[33] Cabe plantearse si, en la alternativa de muerte inmediata de la víctima como consecuencia de la segunda penetración, y por tanto en caso de mero ocultamiento del cadáver, se habría apreciado la finalidad de autoencubrimiento en la muerte. Sería difícil de mantener. Por tanto, en este género de casos, una mayor brutalidad de la acción, que determinara una muerte inmediata, habría favorecido al autor (art. 139.1 en lugar de 139.2).

[34] Salvo por lo que respecta a la eventual condena por el delito sexual, puesto que para que esta se produzca habrá debido verificarse que la víctima se encontraba con vida cuando tuvo lugar el contacto sexual. No se duda, en cambio, en la referida STS de 17 de octubre de 2018.

el abuso, el acoso sexual,[35] la provocación sexual e incluso los delitos relativos a la prostitución. Ahora bien, si la única razón de ser de la agravación se sitúa en la mayor temibilidad del tipo criminológico de autor que ha cometido un delito precedente sobre la víctima, no se entiende que no se seleccione en exclusiva a los delitos de agresión sexual (que, al fin y al cabo, incluyen el ejercicio de la violencia o intimidación), sino que queden abarcados delitos menos graves como los indicados abuso o acoso sexual, que remiten a un autor no especialmente «temible».

Literalmente, el precepto se refiere a «un» delito, pero *a fortiori* se aplicará la agravación cuando se trate de varios delitos sexuales precedentes, siempre que hayan recaído sobre la víctima de la muerte dolosa y hayan sido realizados por el mismo autor de ésta.

Asimismo, el término «delito» previo abarca no sólo al consumado, sino también la realización en grado de tentativa del tipo, si bien con las amplias matizaciones prácticas que se indicarán inmediatamente infra. Lo cierto es que tanto en los delitos de agresión como de abuso sexual, la tentativa del tipo agravado, con acceso carnal, realizará simultáneamente la consumación de los respectivos tipos básicos, que no requieren acceso carnal[36]. Y por otra parte, una vez consumado o intentado el delito sexual, el objetivo de la muerte puede no haberse alcanzado y caber la tentativa del tipo del art. 140.1.2ª[37].

El delito contra la libertad sexual previo ha de haber sido cometido por el autor sobre la víctima, es decir, han de coincidir autor y sujeto pasivo de homicidio o asesinato y de delito contra la libertad sexual; quedando descartada de la agravación tanto la muerte dolosa perpetrada por el sujeto cuando no ha sido autor, sino partícipe en el delito contra la libertad sexual[38], como cuando el criminal mata a persona distinta a la víctima, p. ej. a un testigo o a quien sale en defensa de ella. Puesto que el precepto ha de interpretarse restrictivamente, por las razones que se reiteran a lo largo de este texto, también ha de serlo el concepto de autor, excluyendo a quienes «también se considerarán autores», por prescribirlo el art. 28 CP: inductores y cooperadores necesarios. Por cierto, que la figura del cooperador necesario está llamada a tener más

[35] P. ej., si con posterioridad al acoso sexual se produce un enfrentamiento y se mata al acosado.

[36] En ausencia de prueba testifical o de confesión, no resultará fácil demostrar la tentativa de delito sexual que precedió a la muerte, si bien no imposible; así, en la STS 2481/2020, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2481) (ponente: Marchena Gómez) en que se tuvo por hecho probado, entre otros, que el sujeto había comenzado a quitar la ropa a la víctima.

Ahora bien, en casos de tentativa en que el grado de afectación de la libertad sexual hasta el momento haya sido mínimo, p. ej. si se ha desplegado violencia o intimidación, pero aún sin contacto puramente sexual, cuando la víctima comienza a gritar y, para evitar ser descubierto, el autor la mata, ciertamente habrá que apreciar la circunstancia de autoencubrimiento, pero resulta difícil conceptuar a la muerte como «subsiguiente a un delito contra la libertad sexual» cuando dicha libertad solo ha sido puesta en peligro, pero ni siquiera mínimamente lesionada.

[37] En el caso del asesinato agravado, habrá que recurrir, para determinar la pena de la tentativa con referencia al marco del delito consumado, a lo prescrito en el art. 70.4 CP para hallar la pena inferior en grado a la prisión permanente revisable: «pena de prisión de veinte a treinta años». A partir de aquí, el descenso de más grados seguiría las reglas generales.

[38] En este sentido creo que ha de resolverse el problema de la posible transmisibilidad a los partícipes de esta circunstancia de agravación de asesinato y homicidio. Puesto que el tipo agravado se basa en un delito anterior cometido *personalmente* por el autor, y sin influencia en el modo concreto de producir la muerte (no constituyendo, pues, circunstancia objetiva a efectos de comunicabilidad), ha de entenderse que es una circunstancia de carácter personal, y por tanto no comunicable a los partícipes.

En contra, GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, pp. 54 s., admite, si lo interpreto correctamente, la posibilidad de matar en concepto de autor cuando se realizó el delito sexual previo a título de mero partícipe.

repercusión práctica, ya que la jurisprudencia en ocasiones aprecia esta forma de intervención en los supuestos de actuación conjunta en que el sujeto emplea la violencia o intimidación, pero no lleva a cabo el acceso carnal[39].

Por otra parte, bastará haber sido coautor del delito sexual para responder de modo agravado por la muerte posterior de la víctima el ejecutor único. Si la muerte se realiza activamente en coautoría también por parte de todos, nada se opone a la responsabilidad agravada de todos. En caso de no evitación de la muerte por algunos de ellos, entiendo que responderán por la muerte agravada, como garantes por hacer precedente, aquellos que hayan contribuido, p. ej. con violencia o intimidación, a crear el riesgo de que el ejecutor o ejecutores tuvieran a la víctima a su merced, al no evitar que el riesgo se transforme en lesión. En otro caso, responderán simplemente por el tipo genérico de omisión del deber de impedir determinados delitos.

En cuanto al aspecto subjetivo, como se indicó supra en relación con cómo interpretar el adjetivo «subsiguiente», el dolo de matar no necesita ser «previo»[40] al de ejecutar el delito contra la libertad sexual, sino que también puede haber surgido durante dicha ejecución, o inmediatamente después.

La presencia de alguna intención trascendente, adicional al dolo, como la probabilísima de ocultar el delito sexual, dará lugar al problema de delimitación ya señalado con la circunstancia de muerte para posibilitar la comisión de otro delito o —sobre todo— para evitar que se descubra (*infra* 4).

Y, dado el tenor literal del art. 140.º.2ª, asimismo se presenta el de la delimitación con la muerte de un menor de 16 años (*infra* 5).

4. La relación entre los ámbitos de aplicación de los arts. 139.1.4.ª y 140.1.2.ª CP

Para acotar preliminarmente el espacio de coincidencia entre uno y otro ámbito, hay que señalar que si se mata a persona distinta a la víctima con la intención trascendente, no de ocultar, sino de posibilitar un delito sexual sobre la propia víctima, se realiza asesinato «simple» (art. 139.1.4.ª, 1er. inciso)[41], no agravado, puesto que aquí la muerte no es subsiguiente, ni recae sobre la propia víctima. Y si en este hecho de la muerte dolosa se da además alguna otra circunstancia caracterizadora del asesinato, se incurrirá en el marco exacerbado de asesinato del art. 139.2, siempre en concurso ideal medial con el delito sexual.

En vista de la exigencia de que la muerte haya de ser «subsiguiente» al delito contra la libertad sexual, quedan asimismo excluidos del ámbito de aplicación del art. 140.1.2ª, y 138.2.a, los casos en que la muerte se condiciona como consecuencia dolosa no directamente pretendida de la violencia, es decir, con dolo eventual, en las figuras de agresión sexual en sentido amplio,[42] ya que en ese caso la muerte no es «subsiguiente» al delito sexual; y en su lugar se aplicaría la

[39] Al respecto, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «La violación "por actuación conjunta" (art. 180.2ª CP)», *Cuadernos de Política Criminal*, (135), 2021, pp. 61 ss.

[40] Así, GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, pp. 54 s.

[41] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, p. 39.

[42] Incluyendo el forzar a la prostitución, art. 187.

circunstancia 4ª, primer inciso, del asesinato: «para "facilitar" la comisión de otro delito» (el delito sexual), siempre que se entienda que cabe también asesinato con dolo eventual respecto al resultado de muerte[43]. Desde luego, en caso de muerte imprudente debida al empleo de violencia, se daría simple concurso ideal entre el delito sexual violento y el homicidio imprudente, ya que la agravación por subsecuencia de la muerte se limita a los supuestos de dolo.

Por otra parte, se plantea si para apreciar el asesinato agravado por delito sexual previo basta o no con la comisión previa de tentativa de éste, allí donde precisamente la muerte cierra el paso a la consumación del delito sexual. Piénsese p. ej. en que la víctima de la tentativa de violación intenta huir o no cesa de gritar, o se resiste de manera insuperable, y se perpetra homicidio o asesinato para reducirla, ya sea con dolo directo o eventual[44]. A favor de que para aplicar los tipos agravados baste la tentativa del delito sexual, cabría aducir que también esa tentativa constituye «delito» contra la libertad sexual, y que podría considerarse a la muerte como «subsiguiente» a dicho delito en grado de tentativa. En contra, que si se mata con dolo, precisamente la muerte es lo que determina que se imposibilite llevar a término el delito contra la libertad sexual, y resulta paradójico que se agrave una conducta de matar en razón de seguir a un delito sexual, de un autor que precisamente matando ha evitado la consumación de dicho delito sexual.

Parece que en estos casos destaca más nítidamente el elemento finalista de la muerte, consistente en la meta del autoencubrimiento (circunstancia caracterizadora del asesinato). Porque aplicar la posibilidad alternativa del propio art. 139.1.4ª CP, la del primer inciso, entendiendo que se mata «para facilitar la comisión de otro delito», resulta contradictorio con el hecho de que la muerte no ya es que no facilite, sino que precisamente «impide» la consumación del delito, en fase de tentativa, contra la libertad sexual. Si se mata es porque el delito sexual pretendido se considera ya fracasado, y para evitar sus consecuencias jurídico-penales. De manera que la muerte en estas circunstancias, o bien ascendería de homicidio a asesinato; o, si se da alguna otra de las circunstancias del asesinato, a «superasesinato» del art. 139.2, pero en ningún caso con pena de prisión permanente. Lo cual tiene su sentido, si se considera que el delito sexual quedó en grado de tentativa, de la que se «desistió». Obviamente, se trataría de un desistimiento al que le faltaría un requisito esencial para su validez, puesto que si bien el propio autor hace fracasar el conato, lo hace convencido de la imposibilidad de consumarlo.

Cuestión distinta, como se ha indicado anteriormente, sería la muerte con dolo eventual como resultado de la violencia brutal ejercida sobre la víctima para reducirla, supuesto en que sí se apreciaría la alternativa primera de la circunstancia caracterizadora 4ª: «para facilitar otro delito», que requiere un elemento finalístico[45], y no que efectivamente se consiga el objetivo perseguido; puesto que de hecho en este caso lo que se propicia es imposibilitarlo.

---

[43] Así la STS 3486/2018, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3486) (ponente: Colmenero Menendez de Luarca), donde se aprecia dolo eventual (y asesinato), con respecto al resultado de muerte condicionada en el decurso del delito sexual, si bien este ya había comenzado a cometerse *antes* de la muerte.

[44] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, p. 39, para los casos de muerte, en este contexto, niega el carácter «subsiguiente» de la muerte, pero solo de darse dolo eventual o imprudencia relativos a la muerte (se asfixia a la víctima al taparle la boca para que no grite, o muerte por los golpes propinados para vencer su resistencia), ya que esta tiene entonces lugar «durante» el delito sexual. Ahora bien, si lo determinante es el momento del aspecto subjetivo del tipo, no entiendo que excluya los supuestos de dolo directo de matar, en que también este se da «durante».

[45] Así, GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, p. 50: «no es necesario que ese otro delito haya llegado a ejecutarse, ni siquiera que se dé inicio a su ejecución».

Ahora bien, los auténticos problemas de delimitación del art. 140.1.2ª con la circunstancia 4ª del asesinato (139.1.4ª, segundo inciso) se presentan cuando el autor mata a la víctima del delito contra la libertad sexual una vez consumado éste, y para evitar que la víctima denuncie ese hecho, como supuesto específico del fenómeno genérico en que se mata para que un anterior delito del autor no se descubra. Porque existe una amplia zona de intersección, pero también ámbitos privativos de la circunstancia caracterizadora. Así, téngase en cuenta que la circunstancia caracterizadora comprendería también los casos en que se mata para evitar que se descubra el delito no propio, sino de un tercero; y no solo a la víctima, sino también a testigos del delito. Y si, habiéndose acabado de perpetrar el delito sexual, este ya ha sido descubierto, y el autor aun así mata a la víctima, no cabrá apreciar el art. 139.1.4ª, dado que ya puede darse la finalidad de evitar que se descubra ese otro delito, desapareciendo entonces la necesidad de delimitación entre las dos circunstancias.

No comparto el criterio de SUÁREZ-MIRA[46], cuando sostiene que la razón de esta agravación de la muerte por delito sexual previo parece ser la de desincentivar la muerte para eludir la identificación precisamente por parte de la víctima. Considérese que esta finalidad específica es la que constituye la nueva modalidad tipificada de asesinato «para impedir que se descubra» cualquier «otro delito». Si la *ratio legis* de la agravación del art. 140.1.2ª residiera en el hecho de matar a quien puede descubrir la realización del delito sexual previo, no se habría restringido su ámbito a la muerte de la propia víctima, excluyendo p. ej. la de otros posibles testigos, que también podrían descubrir el delito; y el hecho de que no se haya agravado la muerte producida por el mero partícipe en el delito sexual, quien también podría ser denunciado. ¿Por qué solo la muerte de la víctima por parte el autor? ¿Únicamente porque será el supuesto más frecuente? No parece una razón de calado. En lugar de ver en esta limitación al sujeto pasivo una contradicción con el postulado de partida que se presume en el legislador, más adecuado será entender que ese postulado no consiste en que se agrava la muerte guiada por el propósito de silenciar a la víctima. Porque de aceptarlo, quedaríamos abocados al reproche de infracción del *ne bis in idem*[47].

En algunos supuestos de la praxis jurisprudencial se ha procurado eludir ese reproche. Así, en la SAP Barcelona 7/2019, de 4 de marzo (ECLI:ES:APB:2019:1539), se aprecia asesinato con alevosía, pero no la finalidad de ocultar, y sí muerte subsiguiente a un abuso sexual (víctima conocida e inconsciente por el alcohol), lo que da lugar a prisión permanente. Igualmente en la SAP Barcelona de 8 de junio de 2021, en el caso de victimización de una niña de 13 años (ECLI:ES:SAP:2021:4915), en que se aprecia alevosía y ensañamiento, pero no el autoencubrimiento, y sí tanto la circunstancia de muerte subsiguiente a delito sexual como la de víctima menor de 16 años.

La SAP Sevilla de 7 de junio de 2017, *supra* mencionada, que aprecia concurso real (violación ya consumada antes, pero también en parte simultánea al comienzo de ejecución de la muerte),

[46] Cfr. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015,* 2015, p. 471; crítica de PEÑARANDA RAMOS, *LH-Miguel Bajo*, 2016, p. 1265, nota 10.

[47] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, p. 59, parece apreciar vulneración del *ne bis in idem*. En un supuesto de abuso sexual en que la víctima amenaza con denunciarlo y el autor la mata a golpes, considera dudoso que se califique de asesinato (puesto que cabe también calificar de homicidio subsiguiente a delito sexual), «pero aplicarle además la prisión permanente revisable podría constituir *bis in idem*». En cambio, en p. 39 no pone en duda apreciar asesinato y no homicidio cualificado, pues sostiene que «si se mata a la víctima para evitar que se descubra el delito sexual cometido, el hecho se calificaría como asesinato».

tiene en cuenta la intención de ocultar el delito (aun cuando con respecto a la muerte concurre dolo eventual), pero ve inaplicable el art. 140.1.2ª por el principio de tipicidad y por razones del principio *ne bis in idem*, apreciando identidad de sujeto, hecho y fundamento, aunque sin razonar en profundidad en qué medida se produce tal solapamiento, aludiendo vagamente a la deficiente técnica legislativa utilizada y a la ambigüedad del término «subsiguiente», lo que parece excluir el supuesto juzgado. No aporta, pues, argumentos de peso que sustenten la incompatibilidad de una y otra circunstancia.

Esta sentencia ejemplifica, además, una tendencia contra la que habría que prevenir: la de presuponer en la muerte dolosa –incluso eventual- el ánimo de autoencubrimiento. A partir de los hechos probados, resulta cuestionable que la muerte se perpetrara para ocultar el delito contra la libertad sexual; más bien la muerte fue consecuencia de la brutalidad con que se llevó a cabo el atentado contra la libertad sexual, a consecuencia de la cual la víctima empezó a sufrir una abundante hemorragia, de la que fallecería. Así lo argumenta la defensa: no puede apreciarse la circunstancia «cuando la misma agresión sexual es la que causa la muerte, pues entonces no se comete asesinato para ocultar la agresión». En apelación, ante el recurso de las acusaciones que postulaban la aplicación del art. 140.1.2ª, el TSJ Andalucía (en sentencia de 11 de diciembre de 2017 (ECLI: ES:TSJAND: 2017:15146) la descarta, teniendo en cuenta que «la conducta que causa la muerte [...] comenzó con el acto mismo de la agresión sexual», aun cuando fue seguida de abandono de la víctima, por lo que aprecia concurso real. Es decir, coetaneidad —digamos— parcial. Por su parte, en casación el TS ratifica que debe aplicarse la circunstancia de autoencubrimiento; para ello, en el devenir de los hechos aprecia un primer momento en que se ataca la libertad sexual y al mismo tiempo la vida, y un segundo momento, que completa el anterior, en que el autor «impide cualquier auxilio a la víctima», volviéndola a vestir, trasladándola a cierta distancia, dejándola en un banco en una posición similar a si estuviese dormida y abandonándola de madrugada en un parque cerrado, lo que asegura la producción del resultado de muerte, excluyendo cualquier posibilidad de que recibiera pronta atención médica, «con la finalidad de que no se descubr[ier]a la agresión sexual que había cometido». Ahora bien, ¿no estaba ya la muerte suficientemente condicionada por la abundante hemorragia consecuente a la agresión sexual? ¿Impedir un auxilio improbabilísimo supone consumar una muerte, que de todos modos ya está suficientemente condicionada? Presupuesto el dolo eventual de que se consumara la muerte, ¿se trata de mera comisión por omisión o ha habido actuación positiva, dirigida a una ocultación más efectiva de la víctima desamparada? Si, en cambio, el autor simplemente la hubiera abandonado, sin hacer aún más improbable (borrando las huellas del brutal ataque) una ayuda de todos modos ya muy poco probable; es decir, en un supuesto de pura omisión, ¿cabría hablar de que mató con la finalidad de ocultar la agresión sexual? La doctrina ha calificado estos casos como unidad natural de acción, y por tanto sustentado la imposibilidad de apreciar la comisión por omisión como delito independiente de lo realizado con anterioridad, delito omisivo sobre el que cupiera apreciar la agravante de autoencubrimiento[48].

> De todos modos, dada la superposición temporal indicada (es decir, la simultaneidad), no se podría haber apreciado que la muerte fuera subsiguiente a la agresión sexual. Lo cierto es que en la sentencia de instancia, y por tanto en las sucesivas, no llega a plantearse la circunstancia del art. 140.1.2ª (hecho subsiguiente a un delito contra la libertad sexual), como parecería lógico si se ha

[48] Cfr. PANTALEÓN DÍAZ/SOBEJANO NIETO, «El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código penal español», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (29), 2014-I, pp. 228 s., con referencias de la doctrina y jurisprudencias alemanas en el mismo sentido en notas 65 s.

> entendido que la conducta de matar sigue produciéndose al impedir la ayuda a la víctima, puesto que entonces sí que el condicionamiento de la muerte sería posterior (subsiguiente) a la agresión sexual, y no solo simultáneo.

Sin embargo, en sentido contrario, como era de temer, los tribunales, incluido el TS, han optado por pronunciarse repetidamente a favor de la compatibilidad de las circunstancias de los arts. 139.1.4 ªy 140.1.2ª, incurriendo en el citado *bis in idem*. Así lo ha hecho la STS de 15 de julio de 2020 (ECLI:ES:STS:2020:2470), que, con alevosía concurrente, no llega a plantearse la problemática del *bis in idem*. Así también la SAP Coruña de 17 de diciembre de 2019, en el caso Diana Quer (ECLI:ES:APC:2019:2817) y la SAP Huelva de 19 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:APH:2021:518), en el caso Laura Luelmo, que se apoya para afirmar la compatibilidad precisamente en la STS de 21 de julio de 2020, que se comentará ampliamente en seguida.

En efecto, la resolución judicial en que se aborda más profundamente la cuestión de la compatibilidad es la STS de 21 de julio de 2020[49], ya que en ella, en ausencia de otras circunstancias caracterizadoras del asesinato, la posibilidad de prisión permanente dependía precisamente de admitir la compatibilidad, como así ocurrió. Se trataba de un supuesto de agresión sexual previa en grado de tentativa, seguida de muerte dolosa de la víctima del delito anterior. La sentencia (después de haberse «podado» en apelación y en la propia casación las circunstancias caracterizadoras de alevosía y ensañamiento antes apreciadas) mantiene la prisión permanente revisable, que por eso pasa a depender exclusivamente de la concurrencia de las circunstancias de muerte para autoencubrirse («intencionalidad reduplicada») y subsiguiente a delito contra la libertad sexual[50].

Reconoce el texto de la decisión que la reforma que introdujo los supuestos de prisión permanente para «uno de los delitos más graves de nuestro sistema penal» fue de «trazo grueso», y reproduce la crítica doctrinal a la posible vulneración del *bis in idem*, pues «si la muerte es subsiguiente a la agresión sexual, lo normal será que [el encausado] busque evitar su descubrimiento, circunstancia que ya convierte la muerte en asesinato», pero entiende que ha de irse más allá de reconocer los «visibles defectos de técnica legislativa»; por eso se cree obligado a apreciar la compatibilidad de la circunstancia caracterizadora y de la cualificante, con una argumentación que en realidad no trasciende al tenor literal de ambos preceptos. Desde el punto de vista de lógica de las normas, entiende que la voluntad del legislador residía en convertir el homicidio en asesinato cuando la muerte obedece a la finalidad de ocultar otro delito, y al mismo

---

[49] STS 248/2020, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2020:248), (ponente: Marchena Gómez).

[50] En cambio, la SAP Huelva de 19 de diciembre 2021 (ECLI:ES:APH:2021:518), donde el Tribunal tiene la convicción de que la muerte se produjo con la finalidad de evitar ser denunciado, manifiesta a efectos dialécticos que, aunque se negara esa finalidad aduciendo que la subjetividad del autor es inescrutable, o que la muerte careció de toda motivación (que obedeció p. ej. al «desnudo designio de matar»), dándose en el caso otras dos circunstancias caracterizadoras del asesinato (alevosía y ensañamiento) y el hecho de ser la muerte subsiguiente a delito sexual, de todos modos procederá la prisión permanente. Aun así, estima justificada la agravación a quienes, con tal de sustraerse a la responsabilidad penal, asumen la muerte de otra persona. De hecho, acaba teniendo en cuenta la circunstancia, lo que equivale a «presumir» la intención de eludir la responsabilidad penal; o sea, admitir implícitamente que el autoencubrimiento es «inherente» a la muerte subsiguiente a delito sexual, prácticamente siempre. Análogamente en la SAP Coruña de 17 de diciembre de 2019, donde además concurría la alevosía ya determinante de la calificación de asesinato, lo que hacía «innecesario plantearse la valoración de la compatibilidad»; de todos modos, se sustenta dicha compatibilidad sobre la base de la relación de «especialidad»: «por la razón que sea», se dice, el legislador, de entre todas las muertes cometidas para ocultar otro delito, atribuye un desvalor especial a aquellas que son subsiguientes a una determinada clase de delitos, los sexuales. Pero esa es precisamente la cuestión que ha de plantearse: qué razón es esa, si es que la hay.

tiempo, de entre todos los delitos previos susceptibles de ser ocultados, si se trata de uno contra la libertad sexual, habrá de aplicarse el tipo hiperagravado del art. 140, castigado con prisión permanente revisable.

Definido y distinguido el respectivo ámbito de aplicación, emprende la tarea de hallar una fundamentación distinta para una y otra circunstancia. El fundamento del art. 139.1.4ª lo sitúa en la «insoportable banalización de la vida humana, que [el autor] convierte en prescindible» cuando no titubea en eludir la propia responsabilidad penal aun al precio de la muerte de otra persona[51]. Por su parte, la circunstancia 2ª del art. 140.1 se basaría en la mayor reprochabilidad de la convergencia de un ataque prácticamente simultáneo a bienes jurídicos del máximo valor, como son la libertad sexual y la vida[52]. Así se explicaría la compatibilidad de ambas: de todos los asesinatos cualificados por haber sido instrumentos para ocultar un delito precedente, si el delito inicial es un delito contra la libertad sexual, la respuesta penal prevista es más severa[53].

Ciertamente, con esta postura se genera el problema, de no menor entidad, de que entonces se vaciaría el ámbito de aplicación el homicidio agravado por ser subsiguiente de delito sexual, infringiéndose el principio de vigencia. Al respecto, *infra*.

Sin embargo, este planteamiento no supone sino una mera paráfrasis del tenor de ambos preceptos, que no entra en el fondo de la posible superposición, e infracción del *ne bis in idem*[54]. Sí las aborda en profundidad el voto particular de dos de los magistrados[55]. Esta profundidad del análisis, y lo elaborado de sus argumentos, hacen necesario su examen detenido.

En el voto particular se ponen de manifiesto otras alternativas del hecho más graves que, sin embargo, darían lugar a penalidad inferior. Por ejemplo, si la motivación del autor para matar

[51] Otra persona que, por cierto, no tiene por qué ser la víctima del otro delito, puesto que la finalidad de que no se descubra tal delito puede cubrir la muerte p. ej. de testigos. Y el delito que se trata de encubrir no tiene por qué ser propio del autor, sino también de un tercero. Así PANTALEÓN DÍAZ/SOBEJANO NIETO, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (29), 2014-I, p. 228.

Por otra parte, ¿por qué no agrava la ley también las lesiones encaminadas a eludir la responsabilidad penal? ¿No se produce acaso en ellas una «insoportable banalización» de la integridad física de otra persona solo con este reprochable objetivo?

[52] «El acusado cosificó a la víctima, la convirtió en instrumento para su inmediata satisfacción sexual y, cuando constató que no podría culminar su propósito [de ahí la condena por tentativa], que podría ser descubierto, decidió matarla». Aun así, siguen sin cuadrar las cuentas de la tesis jurisprudencial: la «cosificación» queda subsumida en el delito contra la libertad sexual, y lo que sigue es una muerte motivada por la intención de evitar ser descubierto; entonces ¿de dónde surge esa pretendida mayor reprochabilidad de la conjunción de los ataques a vida y libertad sexual, que no coincida completamente con la instrumentalización de la muerte para conjurar el riesgo de ser descubierto? Por otra parte, se «pone en bandeja» a la defensa el evitar la condena por asesinato basado en la concurrencia de esta circunstancia 4ª: negar el propósito de ocultar el delito, invocando como motivo de la muerte el sentimiento de frustración consiguiente a no culminar su propósito lúbrico, lo que llevaría «solo» a homicidio cualificado (por subsiguiente).

[53] Lo que intenta atemperar defendiendo una interpretación restrictiva del término «subsiguiente», circunscribiéndolo a la muerte inmediatamente posterior al delito contra la libertad sexual. No se plantea, en cambio, interpretar restrictivamente el bien jurídico «libertad sexual», excluyendo la «indemnidad sexual».

[54] Con el candor de lo expresado *ob iter dicta*, en la SAP Coruña de 17 de diciembre de 2019, en lugar de pretender indagar sobre cómo explicar, si es que ello es posible, la compatibilidad de ambas circunstancias, se indica que, «por la razón que sea», el legislador así lo ha querido y establecido.

[55] Del Moral García y Palomo del Arco. Entre otras razones, el voto particular se basa en que, a pesar de que en las distintas fases procesales se ha añadido una atenuante analógica y se han descartado las circunstancias de ensañamiento y alevosía, resulta ilógico que la pena aplicable siga siendo la prisión permanente, lo que considera una «disfuncional uniformidad».

fuera por puro placer, en lugar de para ocultar el delito, o si se dieran las cuatro circunstancias del asesinato, pero la muerte no fuera subsiguiente, sino que, por ejemplo, se llevara a efecto una hora después, casos ambos en que no se aplicaría la prisión permanente. Tal falta de lógica entiende que debe corregirse mediante interpretación, recurriendo a la sistemática, a la teoría concursal y al principio de proporcionalidad, ya que ha de presumirse que la ley quiere evitar resultados incomprensibles.

Si una de las críticas que se dirigen a la prisión permanente es que no admite graduación, que constituye una «igualación por lo alto», se comprendería este régimen en caso de concursos entre muchos delitos, pero no en delitos aislados. Lo cual, sin embargo, ocurre en los supuestos debatidos, en que la sola circunstancia de que la muerte se perpetre inmediatamente a un delito contra la libertad sexual permite, según concurran o no otras circunstancias, tres saltos penológicos: a homicidio agravado (si no existe la finalidad de ocultar; ¿pero acaso no es más repudiable matar por matar?), a asesinato (por la intención de ocultar otro delito, aunque no esté presente ninguna otra circunstancia caracterizadora del asesinato), y sobre todo incluso al «agujero negro» del asesinato hiperagravado (además, por ser subsiguiente). Y estos saltos de punibilidad en cascada prácticamente automáticos no pueden evitarse con la mera perspectiva lógico-formal que adopta el texto de la sentencia, puesto que compatibilidad lógica entre una y otra circunstancia sí que existe y con ella parece querer conjurarse el *ne bis in idem*: no todos los casos de 140.1.2ª obedecerán a esa finalidad de ocultar (en esta agravante resulta indiferente la finalidad del autor), ni tampoco a la inversa (cabe la finalidad de ocultar cualquier otro delito, o la muerte no ser subsiguiente). Resulta evidente, pues, la tosquedad e insuficiencia de este análisis puramente formal.

¿Cabrá, entonces, apreciar concurso «aparente» entre ambos preceptos, que permita optar por uno u otro, a pesar de que parece existir compatibilidad entre ellos? Con razonamiento muy pertinente, se recuerda que en el plano teleológico, no basta para descartar el concurso aparente con que haya casos en que solo cabe aplicar uno de los dos preceptos, no el otro, y en que por tanto ambos parecen compatibles. Así, en el delito de tráfico de drogas se descarta la agravante de ánimo de lucro, porque lo ordinario es que se dé tal ánimo, y ello pese a que excepcionalmente acaezcan casos de altruismo. Análogamente, en la muerte que es constitutiva de asesinato porque el sujeto quiere eludir la responsabilidad penal, cuando esta se refiere a un delito sexual inmediatamente anterior, lo ordinario es que mate para evitar que este se descubra, «aunque no siempre sea así».

Pues bien, no resulta fácil hallar la finalidad de protección de una y otra circunstancia. No cabe apreciar mayor desvalor porque el delito previo sea precisamente contra la libertad sexual, ni mayor peligrosidad subjetiva del autor, sino que con la agravación únicamente se busca apaciguar la alarma social. En la del art. 140.1.2ª parece castigarse a un tipo criminológico de autor, puesto que —como se ha advertido repetidamente— no prevé prisión permanente para el partícipe en el delito sexual que luego mata, ni tampoco si la muerte es no subsiguiente, sino coetánea o muy posterior, ni para la muerte de un testigo de ese mismo delito sexual, ni en la subsiguiente a otros delitos de igual o mayor gravedad, como el secuestro.

En cuanto a la circunstancia caracterizadora del art. 139.1.4ª, en el voto particular se niega un fundamento entendible; por el contrario, se sostiene que la circunstancia agravante de autoencubrimiento debería quedar consumida en el delito sexual como acto copenado, al igual que ocurre con cualquier otro delito, sin que convenza como ratio de la agravación el que se

instrumentalice la vida ajena por un móvil egoísta, execrable, de eludir la acción de la justicia. Y ello porque hay otros móviles igualmente egoístas, o el matar sin motivo, que no dan lugar a agravación. Como tampoco convence que el matar por autoencubrimiento ataque un bien jurídico colectivo, la Administración de Justicia, lo que aportaría un bien jurídico específico y distinto del del art. 140.1.2ª, porque en la pena prevista ya se pondera siempre la lesión de ese bien jurídico, inherente a la comisión de cualquier delito, tras la cual se espera que se quiera eludir la acción de la Justicia, lo que explica la impunidad del autoencubrimiento y el carácter atenuante de la confesión, aplicable en los supuestos excepcionales en que el delito no va seguido de ataque a la Administración de Justicia[56].

Por consiguiente, el voto discrepante sostiene que ambas circunstancias en realidad se basan en la misma *ratio* de agravación: el propósito de ocultar el delito anterior.

Al arsenal del voto discrepante habría que añadir un argumento más: el que ambas circunstancias compartan el mismo fundamento podría explicar por qué la circunstancia del art. 140.1.2ª se circunscribe precisamente a la muerte «subsiguiente» al delito sexual, no incluyendo a la muerte «coetánea» a dicho delito. En efecto, si la muerte es coetánea difícilmente puede considerarse que sirva al propósito de ocultar el delito sexual. Es más, en la jurisprudencia va asentándose la práctica de que la finalidad de ocultar el delito sexual básicamente se presume en estos casos de muerte subsiguiente, presuponiendo que no cabe explicar la muerte de otro modo, a falta de otros móviles alternativos. Que excepcionalmente puede haberlos.

En ausencia, pues, de «distinto» fundamento racional para una y otra circunstancia, la tesis jurisprudencial discrepante concluye que no cabe su apreciación cumulativa. Porque la finalidad autoencubridora es «naturalmente inherente» a la muerte subsiguiente a delito sexual, y no cabe agravar doblemente por una sola circunstancia.

Ha de añadirse que no se entendería que la intención de encubrir una especie de delitos en particular, contra la libertad sexual, desplegara distinta eficacia que la de encubrir cualquier género de delito, incluso más grave. En efecto, parece más grave que alguien mate para encubrir otra muerte dolosa que el que mate para encubrir un delito sexual. Ello contradiría la lógica interna del (auto)encubrimiento, delito de referencia al tipo encubierto y cuya pena depende de la de este.

Dada la incompatibilidad, se plantearía entonces cuál de las dos circunstancias resulta de preferente aplicación. En el voto particular se descarta la propuesta doctrinal de optar, en el concurso aparente, por la calificación de simple homicidio con la agravante específica de muerte subsiguiente a delito sexual (en concurso auténtico con tal delito previo), sobre la base de una pretendida especialidad. En cambio, por el principio de «alternatividad»[57], que conduciría a la aplicación preferente de la solución con pena superior, se propone apreciar concurso entre el

[56] En el mismo sentido, PANTALEÓN DÍAZ/SOBEJANO NIETO, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (29), 2014-I, pp. 234. Ahora bien, su interpretación de que el hecho de que la pena por el delito anterior ya incluya *de serie* el ataque contra la Administración de Justicia derivado de que pretender ocultarlo, determina que el art. 139.1.4ª, segundo inciso, vulnera siempre el *ne bis in idem*, supone infringir el principio de vigencia de este precepto. En realidad, se está indicando que este carece de fundamento, lo que resulta evidente; pero entonces ¿qué ámbito de aplicación reservarle? Aquí se trata de aplicar la *lex lata*, y por tanto de proponer interpretaciones que aseguren su sentido y vigencia.

[57] A favor de la alternatividad, GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, p. 55.

asesinato del art. 139.1.4ª y el delito sexual, con efecto de cierre de la pena mínima de la opción descartada (quince años y un día).

Recuérdese que precisamente en estos casos en que no media ninguna otra circunstancia caracterizadora del asesinato es donde se pone a prueba la estructura de todo el sistema de circunstancias caracterizadoras y agravantes, en particular desde la perspectiva de mantener el principio de vigencia para todos los preceptos implicados. Así, PEÑARANDA RAMOS auguraba que la aplicabilidad del homicidio agravado por ser subsiguiente a delito sexual resultaría muy limitada, porque en virtud del concurso de leyes que a su juicio se produce, también entendía preferente la circunstancia caracterizadora del asesinato[58] del art. 139.1.4ª. Y en efecto, para la tesis de la STS (prácticamente) nunca sería de aplicación el «homicidio» agravado en tanto que subsiguiente a delito sexual, dado que la finalidad autoencubridora determinaría la calificación de asesinato y además con el doble efecto de que habría de tenerse en cuenta como muerte subsiguiente a delito sexual y daría lugar a prisión permanente. Pero es que para la tesis del voto discrepante tampoco se aplicaría casi nunca, pues lo único que cambiaría con respecto al planteamiento anterior es que se calificaría de asesinato no hiperagravado, dada la incompatibilidad.

La postura del voto discrepante, como se ha señalado, se refiere al caso en que no concurre ninguna otra circunstancia caracterizadora del asesinato. Porque si se da por ejemplo alevosía y/o ensañamiento, el dilema se plantea entre apreciar una u otra de las dos circunstancias estimadas incompatibles, es decir, ha de optarse entre el art. 139.2 (asesinato con dos o tres circunstancias) y el art. 140.1.2ª (asesinato, da igual con una o varias circunstancias, y además subsiguiente a delito sexual).

La SAP Sevilla de 22 de abril de 2019 se ocupa someramente de la cuestión del *bis in idem*[59], y también se decanta, en virtud de la regla de «alternatividad», por la hiperagravación del art. 140.1.2ª, que prevé pena superior; si bien en un caso en que concurren otras dos circunstancias caracterizadoras del asesinato, alevosía y ensañamiento. Habría sido revelador que no hubiera apreciado las otras dos circunstancias caracterizadoras, para verificar si aun así se seguía apelando al *bis in idem*. Ello ocurre en el análisis en casación de estos hechos, donde decaen esas dos circunstancias, y sin embargo el TS acaba restableciendo la aplicación conjunta de los arts. 139.1.4ª y 140.1.2ª.

FERNÁNDEZ GARCÍA[60], aun discrepando de la adecuación político-criminal de la hiperagravación, aplica en cambio el principio de «especialidad» en el concurso de leyes, estimando que el art. 139.1.4ª se refiere genéricamente a la muerte para la ocultación de «otro delito», de cualquier delito, mientras que en el 140.1.2ª (o el art. 138.2.a, si no se da ninguna otra circunstancia del asesinato) se agrava específicamente la pena del ataque a la vida consecutivo a un delito contra la libertad sexual.

[58] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, «Homicidio», en *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal*, 2019, p. 809, nº marg. 7015.

[59] ECLI:ES:APSE:2019:23, que en casación dio lugar a la STS de 21 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2481) comentada más ampliamente en el texto.

[60] Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Revista Penal,* (44), 2019, p. 57.

Sin embargo, el flexible principio de especialidad puede conducir al resultado contrario, el de que prevalece el art. 139.1.4ª, como precisamente propone CUENCA GARCÍA[61]: la muerte que se comete para ocultar otro delito es «subsiguiente» a este, y la circunstancia de matar para ocultar otro delito incluye la vinculación con otro delito anterior, algo que expresa la agravante del art. 140.1.2ª, y da cuenta también del fundamento de esta, que, como esta autora sostiene, reside en la vinculación con el delito sexual anterior. Razones parecidas aduce Sierra López en apoyo de la superior especificidad del art. 139.1.4ª, que a su juicio presenta la estructura de delito complejo y por ello comprende más elementos que el otro precepto[62]. Así, entiende que aquel incluye una relación de medio a fin, lo que no se requiere en este. Pero por otra parte reconoce que la circunstancia caracterizadora de autoencubrimiento es más amplia, puesto que se refiere a la ocultación de cualquier delito, lo que no encaja con el principio de especialidad; como no encaja que el precepto supuestamente más general solo se aplique al autor del delito anterior, y cuando la muerte es inmediata, no muy posterior, lo que no requiere la circunstancia caracterizadora.

En suma, una y otra circunstancia presentan elementos tanto comunes como privativos, sin que quepa establecer nítidamente la especialidad de una con respecto a otra. Constituyen conjuntos secantes con una amplísima zona de intersección, de la que se desprende la vulneración del *ne bis in idem* en caso de apreciación simultánea, dada la falta de fundamento netamente distinto de una y otra en esa zona. Por eso, si para eludir la doble valoración ha de recurrirse al concurso aparente, no resulta adecuada la regla de especialidad.

Más bien, en lógica de aplicación de las normas, antes de plantearse la apreciación de agravantes específicas de homicidio o asesinato, habría que empezar por determinar si estamos en presencia de simple homicidio o de asesinato; es decir, determinar si se da o no alguna de las circunstancias caracterizadoras de manera previa a si se dan circunstancias de agravación. Porque solo cabe agravar una vez que conste qué tipo hay que agravar: homicidio o asesinato.

En caso de ausencia de otras circunstancias caracterizadoras, si una circunstancia, como la que nos ocupa, puede presentar naturaleza caracterizadora o bien cualificante, debe prevalecer la naturaleza de caracterizar sobre la de agravar. Pero este modo de proceder no nos resolvería si debe prevalecer la calificación de muerte subsiguiente (homicidio cualificado) o de muerte con propósito autoencubridor (asesinato). Si prevalece la segunda, prácticamente nunca se aplicaría esta modalidad de homicidio agravado, en detrimento del principio de vigencia del precepto. Y, por inherencia, no se aplicaría la circunstancia de muerte subsiguiente a delito sexual.

En cambio, concurriendo otra circunstancia caracterizadora del asesinato, como por ejemplo alevosía o ensañamiento, si se aprecia la finalidad autoencubridora (y por tanto, con el marco penal del art. 139.2, previsto para al menos dos circunstancias del asesinato), se cerraría el paso a la circunstancia (inherente) de muerte subsiguiente a delito sexual, que por tanto prácticamente nunca sería de aplicación.

---

[61] Cfr. CUENCA GARCÍA, *Cuadernos de Política Criminal,* (118), 2016, p. 149.

[62] Cfr. SIERRA LÓPEZ, «Homicidio y asesinato. Las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas», *Derecho y Proceso Penal,* (33), 2014, pp. 156 s. En realidad, en el art. 139.1.2ª, segundo inciso, no cabe hablar de delito complejo, sino como máximo de estructura similar a la del delito complejo, puesto que la muerte para ocultar otro delito solo comprende un delito, mientras que el delito ocultado dará lugar a su responsabilidad separada, en concurso de delitos. A pesar de inclinarse por la relación de especialidad, esta autora parece aceptar la apreciación simultánea de ambas circunstancias, descartando el concurso aparente.

Pero sí hay una interpretación que, sobre la base de la incompatibilidad (del concurso aparente), permite mantener el principio de vigencia para una y otra circunstancia, y consiste en que se reserve la agravación por seguir a delito sexual para los casos en que la muerte no persigue ninguna finalidad, o persigue una finalidad distinta a la de ocultar el delito, como p. ej. la mera satisfacción sádica (incluida la muerte con dolo eventual en caso de torturas con finalidad lúbrica), o la frustración por no conseguir culminar el delito sexual, o se debe a la furia motivada por la resistencia de la víctima. Se trataría de aplicar el principio de subsidiariedad, «tácitamente deducible» (art. 8.2ª) en concreto. Efectivamente, en los casos de delitos sexuales previos, la agravación de la muerte (ley subsidiaria) está llamada a aplicarse solo si no es de aplicación la finalidad autoencubridora (ley principal); es decir, que el hecho de que la muerte sea subsiguiente a un delito sexual solo cobra relevancia jurídica allí donde el motivo de la muerte sea distinto al autoencubrimiento, y además siempre que se den sus requisitos específicos: que la muerte la perpetre el autor del delito sexual sobre la víctima de éste, y subsiguientemente. Porque si la finalidad residía en el autoencubrimiento (zona de coincidencia), la circunstancia de muerte subsiguiente a delito sexual no añade ningún contenido de desvalor adicional al hecho que explicase la ulterior agravación.

Estimo que esta tesis es la preferible desde una perspectiva sistemática, atendidas dos consideraciones. Por una parte, se respeta así el orden lógico, al comprobar previamente si la calificación debe ser homicidio o asesinato, previa a plantearse si ha de agravarse alguna de estas figuras delictivas. De entrada, podemos verificar cuál de las dos circunstancias es aplicable: si se da la principal (muerte por autoencubrimiento), asesinato; si solo la subsidiaria (delito sexual y muerte con motivo distinto al autoencubrimiento), homicidio cualificado. En caso de aplicación de la agravante subsidiaria, que estemos entonces ante homicidio agravado o asesinato conminado con prisión permanente dependerá de si se da o no alguna de las demás circunstancias caracterizadoras del asesinato. Y, por otra parte, se recurre a comprobar la aplicabilidad del principio de subsidiariedad siguiendo el orden establecido en el art. 8, tras descartar el primero, el de especialidad, en lugar de recurrir directamente al principio enunciado en cuarto y último lugar, el más tosco, el de alternatividad.

Ciertamente, surge una distorsión penológica derivada de que opere la preferencia del móvil encubridor sobre el sexual, consistente en que, dándose además otra circunstancia adicional del asesinato, resultará más favorable la apreciación de esta circunstancia caracterizadora 4ª que la de agravación por delito sexual previo, ya que lo primero implicará una «mera» exacerbación de la pena de prisión (dando lugar a la mitad superior del marco penal del asesinato, prisión de 20 a 25 años), mientras que lo segundo entrañará inexorablemente la prisión permanente revisable[63]. Ahora bien, tal incongruencia no es privativa de este caso, sino consustancial a la poco meditada estructura de los asesinatos «multicircunstancia», en cuyo marco dos, tres, e incluso cuatro circunstancias caracterizadoras pesan menos que una caracterizadora más una agravante, siendo así que a veces resulta difícil distinguir unas de otras, como en el presente caso, o en la relación

[63] No comparto el criterio de GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, p. 55, quien considera que, dada la sola circunstancia de matar tras p. ej. una violación, se califica mediante el art. 139.1.4ª; pero en cambio, concurriendo otra circunstancia más del asesinato, la previa comisión del delito de violación operará «como un supuesto agravado del art. 140.1.2 CP». Y ello porque la apreciación preferente del móvil de encubrir otro delito no puede depender de si adicionalmente concurre o no otra circunstancia más del asesinato: simplemente, el objetivo de encubrir seguirá constituyendo circunstancia caracterizadora, pero ya no única (por tanto, «superasesinato» del art. 139.2).

entre alevosía y especial vulnerabilidad, y prácticamente imposible fundamentar la superior gravedad genérica de las circunstancias del art. 140 con respecto a las caracterizadoras del 139.

5. Delimitación con la muerte de un menor de 16 años

El segundo gran problema de delimitación afecta al ámbito de los delitos sexuales previos a los que se vincula la agravación de la muerte. El art. 140.1.2ª se circunscribe al asesinato subsiguiente «a un delito contra la "libertad" sexual»; en concordancia, el art. 138.2.a, para el homicidio en tal contexto.

De acuerdo con el criterio de interpretación gramatical, puesto que el título VIII del CP, tocante a este género de delitos, lleva por rúbrica la de «delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», y comprende por tanto no sólo los delitos contra la libertad, sino también contra la indemnidad sexual, ha de concluirse que los delitos contra la indemnidad sexual, esto es, *grosso modo* los cometidos con víctima menor de 16 años, quedan fuera de su ámbito de aplicación.[64] Pero no sólo por razones gramaticales, sino también sustanciales: la doctrina ha distinguido nítidamente entre uno y otro bien jurídico, ambos relativos a la esfera sexual, pero en un caso como manifestación específica de la libertad y en otro atinente a la intangibilidad en este terreno de los sujetos que carecen connaturalmente de libertad o no han madurado lo suficiente para alcanzarla todavía, y en los que la actividad sexual prematura puede perturbar su normal desarrollo.[65] El principio de legalidad se opone a incluir, pues, como sujetos pasivos de la agravación a los de los delitos contra la indemnidad sexual: personas con discapacidad necesitadas de especial protección y menores de dieciséis años[66].

La doctrina había advertido al prelegislador de la incoherencia que suponía aludir solo a los delitos contra la libertad sexual, recomendando su subsanación, cuando aún se estaba a tiempo[67]. Como en tantas ocasiones, infructuosamente. Ya en vigor la norma, la doctrina trata de solucionar el problema[68], y en ocasiones basa la solución en un criterio sistemático cuyos detalles no se especifican. Así, a favor de entender comprendidos los delitos contra la indemnidad sexual «por sistematicidad», sin ulterior explicación, FERNÁNDEZ GARCÍA[69], o MUÑOZ CONDE[70], quien para el homicidio agravado también considera que hay que entenderlos incluidos, a fin de evitar soluciones incoherentes, mientras que para el asesinato sí estima que cabe atenerse a la literalidad del precepto y no aplicarlo a los delitos contra la indemnidad sexual, porque aquí se

---

[64] Así, FELIP I SABORIT, «El homicidio y sus formas», en SILVA SÁNCHEZ, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., 2021, pp. 36 s.; GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, p. 55; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., 2015, pp. 62 y 50 s., quien habla a este respecto de «frivolidad del legislador», y destaca que la agravación se circunscribe a los delitos contra la libertad sexual *stricto sensu*.

[65] Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Atelier, Barcelona, 2021, pp. 131 ss.

[66] La delimitación sin embargo no resulta tan clara en algunos supuestos fronterizos, como el de abuso sexual mediante engaño o prevalimiento con respecto a sujeto pasivo mayor de 16 y menor de 18 años, es decir, sujetos con posibilidad de ejercer la libertad sexual, pero todavía fácilmente manipulables por adultos.

[67] Cfr. SIERRA LÓPEZ, *Derecho y Proceso Penal,* (33), 2014, p. 157.

[68] Cfr. CUENCA GARCÍA, *Cuadernos de Política Criminal,* (118), 2016, p. 145, y explicando el olvido del legislador por la relativa proximidad del caso Marta del Castillo, de 17 años.

[69] Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Revista Penal,* (44), 2019, p. 55.

[70] Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, p. 58.

evitarían los resultados absurdos, ya que de todos modos se aplicaría la circunstancia 1ª del mismo art. 140.1 y por tanto la prisión permanente revisable. Sin embargo, lo mismo cabría concluir con respecto al homicidio cualificado, en que también estaría comprendido el que recae sobre menor de 16 años. No alcanzo a ver la diferencia entre ambos supuestos.

Realmente, esta aplicación del criterio sistemático no aporta nada más que la presuposición de que el legislador, de haber sido consciente de la incoherencia (que lo fue), habría decidido en el sentido de incluir los delitos contra la indemnidad sexual. Se trata de adivinar lo que en realidad ha querido decir. Sin embargo, lo cierto es que en este lugar sistemático no lo ha hecho, aun habiéndosele advertido. Máxime cuando no incurre en esta misma incoherencia en la agravación análoga prevista para el delito de desaparición forzada de personas. ¿No cabe más bien suponer que la voluntad real coincide con la literal?

Con respecto a menores de 16 años, la jurisprudencia ni siquiera ha planteado esta cuestión, sino que, en varios casos de muerte subsiguiente a agresión sexual, presupone directamente la naturaleza de delito contra la libertad sexual, apreciando la agravación conjuntamente con la circunstancia de especial vulnerabilidad (art. 140.1.1ª), dada la edad de la víctima. Sorprende que, siendo el criterio de interpretación gramatical el seguido para afirmar la compatibilidad entre las dos circunstancias de autoencubrimiento y muerte posterior a delito sexual, en cambio al delimitar el ámbito de esta segunda circunstancia incurra en tamaño alejamiento del tenor literal del precepto, que explícitamente requiere que el delito sea contra la «libertad sexual». Así, las SsTS 21 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2481) (ponente: Marchena Gómez) y 20 de julio de 2021 (ECLI:TS:2021:3150) (ponente: Llarena Conde), relativa a una niña de 15 años[71], y la SAP Barcelona de 8 de junio de 2021 (ECLI:ES:SAP:2021:4915), en el caso de una niña de 13 años. Sorprendentemente, ninguna de las partes procesales, ni siquiera la defensa, plantea la cuestión, y desde luego debería haber merecido al menos una fundamentación el hecho de que se extienda la aplicación del precepto a supuestos manifiestamente no abarcados por su tenor literal. Sobre todo, teniendo en cuenta la gravedad de las consecuencias jurídicas que comporta la circunstancia.

Entiendo que con este proceder se incurre en la analogía prohibida. Una posible explicación de la línea jurisprudencial puede encontrarse en que, en todos los casos enjuiciados viene en consideración la figura de agresión sexual, no de abuso, y de víctimas adolescentes, relativamente cercanas a la edad límite en que se reconoce la disponibilidad del bien jurídico. ¿Y si se hubiera tratado de niños de corta edad? O bien, ¿acaso se está presuponiendo que cuando media violencia o intimidación el bien jurídico protegido es siempre la libertad sexual, con independencia de la edad de la víctima? Ello sería coherente con que, en los delitos contra la libertad de obrar, se acepta como sujeto pasivo también a menores e incapaces en la medida en que estos posean al menos cierta capacidad de tomar decisiones. Y puesto que en la agresión sexual, como delito complejo, concurre un ataque contra la libertad de obrar, sirviéndose de violencia o intimidación, que se utiliza como medio para invadir la esfera sexual de la víctima,

[71] Cfr. SsTS 2481/2020, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2481) (ponente: Marchena Gómez) y 1738/2020, de 20 de julio de 2021 (ECLI:TS:2021:3150) (ponente: Llarena Conde). En la SAP Valencia de 30 de julio de 2020 (ECLI:ES:AP:2020:1738), a la que corresponde en casación la segunda STS mencionada, se aprecia el delito de asesinato por la concurrencia de alevosía y propósito de evitar que se descubriera el delito de agresión sexual sobre menor de 16 años, así como dos circunstancias del art. 140.1, tanto la 1ª (por ser la víctima menor de 16 años) como la 2ª (muerte subsiguiente a delito contra la libertad sexual, llevada a cabo con pocos minutos de diferencia y en el mismo lugar, para evitar ser denunciado).

podría entenderse que el primer aspecto afecta por igual a los mayores y a los menores de 16 años (o 18, en otros tipos), mientras que el segundo en los mayores menoscaba su libertad sexual y en los menores su indemnidad sexual. Es decir, que en cierto modo en la agresión sexual también se ve afectada la libertad de la víctima, que en definitiva repercute en su esfera sexual[72].

Sin embargo, lo cierto es que el art. 183 quáter consagra indirectamente la regla general de invalidez del «consentimiento del menor de dieciséis años». Y si un menor así definido no tiene capacidad reconocida por el ordenamiento jurídico para decir sí válidamente a las relaciones sexuales, ¿acaso se le está reconociendo para decir no, en la medida en que se le atribuye acríticamente la titularidad del bien jurídico libertad sexual?

Cuando dispongamos de jurisprudencia al respecto estaremos en condiciones de juzgar si también se apreciaría la concurrencia de delito contra la libertad sexual, p. ej. en supuestos de abuso sexual a menores previo a darles muerte, en el cual, estando ausente la violencia o intimidación, no se ataca (no se «doblega») la libertad de obrar genérica, sino que se define por producirse «sin que medie consentimiento» (art. 181.1). No es lo mismo que falte fácticamente el consentimiento (delito contra la libertad) que el que falte jurídicamente (delito contra la indemnidad).

En un supuesto extremo, imagínese que toma la iniciativa el menor, que se mantienen relaciones, y que tras ellas el autor lo mata: ¿se apreciaría delito contra la libertad sexual previo? Aquí, si se entiende que su libertad sexual se ve atacada «en los mismos términos que si fuera adulto» (es decir, con el mismo régimen que la libertad de obrar, protegible frente a la mera coacción, aquí ausente), habría que negar que se haya visto comprometida su libertad sexual, puesto que hubo «consentimiento» en la relación, que se consideraría tan válido como si lo hubiera prestado un adulto. Por consiguiente, no habría delito contra la libertad sexual previo. Alternativamente, «si se le da tratamiento de menor», teniendo en cuenta su falta presunta de libertad, tampoco se considerará afectada su libertad sexual, sino en cambio su derecho a un desarrollo en el terreno sexual exento de experiencias traumáticas por prematuras, es decir, lo que se habría visto afectado es su «indemnidad» sexual. Y por tanto no le sería de aplicación a la muerte la agravante del art. 140.1.2ª.

Por otra parte, hay delitos contra la indemnidad sexual que carecen del correspondiente delito contra la libertad sexual, es decir, en que, ausente la inmadurez para decidir en el terreno sexual, la conducta que sería típica por atentar contra la indemnidad deja de serlo porque, al no constituir atentado contra la libertad sexual de personas ya suficientemente maduras para decidir en este ámbito, carece del tipo correlativo en que subsumirse. Piénsese en los delitos de

[72] Acerca de los problemas en torno a la regla sobre la edad mínima del consentimiento, con una propuesta *de lege ferenda* de considerarla residual, no regla general, y complementable con una serie de factores para considerar válido el consentimiento, BOLDOVA PASAMAR, «La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* (23), 2021, pp. 1 ss. Llega a ella partiendo de la presuposición de que en los casos de agresión sexual se atenta, no solo contra la indemnidad del menor, sino también contra su libertad sexual, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones sexuales "consensuadas". Justo la idea que se indica en el texto. Cfr. asimismo DE LA MATA BARRANCO, «Tratamiento penal del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* (21), 2019, pp. 1 ss.; GONZÁLEZ AGUDELO, «La regla de las equivalencias del art. 183 quater y el consentimiento. La sexualidad de los menores ¿en suspenso?», *Revista General de Derecho Penal,* (34), 2020, pp. 1 ss.; MARTÍNEZ GUERRA, «Edad sexual y exclusión de la responsabilidad penal. Fundamentos de Derecho anglosajón», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* (23), 2020, pp. 67 ss.

acoso telemático (art. 183 ter), o en alguna de las figuras del art. 183 bis (obligar a presenciar actos de carácter sexual, sin que el autor participe en ellos), o en los de exhibicionismo y provocación sexual (185 y s.). Es decir, puesto que hay delitos únicamente contra la indemnidad sexual, sin rastro alguno de atentado contra la libertad sexual: ¿también estos habrá que considerarlos susceptibles de ser delitos antecedentes que agravan la muerte dolosa? Indudablemente no, ya que de lo contrario se infringiría frontalmente el principio de legalidad. Por tanto, existiendo hechos delictivos que menoscaban la indemnidad sexual, pero que ni remotamente afectan a la libertad sexual, se pone de manifiesto la disparidad de uno y otro bien jurídico, o sea, que se trata de dos dimensiones no coextensas; de donde cabe deducir que, en aquellos otros delitos en que sí coinciden las conductas típicas contra uno y otro, ha de distinguirse también entre los delitos contra la libertad y contra la indemnidad sexual.

Con la reforma de 2015, la edad requerida para ser sujeto pasivo de la mayoría de los delitos contra la indemnidad sexual se fija en 16 años, lo que viene corroborado por la nueva regla sobre invalidez del consentimiento en el ámbito sexual del menor de esa edad. En esta misma reforma, se sitúa en esa edad el límite superior de la circunstancia de especial vulnerabilidad del art. 140.1.1ª, aplicable asimismo al homicidio en virtud del art. 138.2.a. Que no se incluyan los delitos contra la indemnidad sexual entre los previos a la muerte dolosa agravada no significa, por consiguiente, que los menores víctimas queden excluidos del nuevo sistema de agravantes. Más bien entonces resultará de aplicación otra de las circunstancias agravantes, la indicada de especial vulnerabilidad[73] del mismo art. 140.1.1ª: «que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su [...] discapacidad»[74]. El hecho de que la edad a efectos de la vulnerabilidad en los delitos contra la vida se haya armonizado con la de la ausencia de capacidad para consentir en la esfera sexual permite sostener que se establece una vulnerabilidad genérica, o al menos una vulnerabilidad común a los delitos contra la vida y a los de orden sexual. Y que prevalece, por tanto, a efectos de la delimitación legal de las circunstancias de la muerte, la vulnerabilidad del sujeto pasivo en general —tanto frente a perder la vida como a que se lo utilice como objeto sexual— sobre el hecho de haber sido vulnerable específicamente ante un delito sexual[75].

Ciertamente se sigue planteando el problema del solapamiento con respecto a las otras personas especialmente vulnerables a efectos del atentado contra su vida (arts. 140.1.1ª y 138.2.a) que, en cambio, sí disponen de libertad sexual, y por tanto pueden ser sujetos pasivos de delitos contra la libertad sexual. Tal es el caso de personas de edad avanzada, o con discapacidad, sobre todo física, pero no «necesitadas de especial protección»[76]. Estos supuestos ponen de manifiesto la incongruencia de que no se agrave también la muerte subsiguiente a delito contra la indemnidad sexual en que no se producirá el solapamiento de circunstancias. Donde sí resulta posible, se dará, pues, una concurrencia de circunstancias «agravatorias» del homicidio o del asesinato,

[73] Al respecto, LÓPEZ LÓPEZ, «La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida», en *Revista Penal,* (48), 2021, pp. 94 ss.

[74] Así también GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, p. 52; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, p. 39. En sentido contrario CADENA SERRANO, «Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código penal por LO 1/2015», *Conferencia publicada online*, 2015, p. 14, quien no deja de reconocer los inconvenientes que para su tesis plantea el principio de legalidad.

[75] En sentido similar, GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2018, p. 54.

[76] Y se corre el riesgo de que, en presencia de un delito contra la libertad sexual de estos sujetos pasivos, esa especial vulnerabilidad física la equipare el juzgador al «desvalimiento constitutivo», aprecie alevosía y convierta al homicidio agravado con dos circunstancias en un asesinato agravado, castigado con prisión permanente.

cuyas consecuencias no están previstas legalmente, concurrencia que en el caso de las «caracterizadoras» del asesinato hubo de regularse en la ley con la muy poco satisfactoria solución del denominado «superasesinato» del art. 139.2, que prevé el marco penal del asesinato en su mitad superior. A tenor de la jurisprudencia a este respecto, las circunstancias adicionales despliegan los efectos de las agravantes genéricas. De todos modos, el solapamiento carece prácticamente de consecuencias, dada la naturaleza no graduable de la prisión permanente, incluso concurriendo más de una de las agravantes específicas.

Otro argumento a favor de excluir los delitos contra la indemnidad sexual como delitos previos, adicional al puramente gramatical, viene dado por el hecho de que la ley, en la agravación afín prevista para el delito de desaparición forzada, la aplica no sólo a los delitos contra la libertad, sino también específicamente a los delitos contra la indemnidad sexual (art. 166.2.b, fruto de ¡la misma reforma del CP de 2015!). Y ello a pesar del relativo paralelismo consistente en que también se prevé aquí, como con respecto a la muerte dolosa, la agravación, alternativa o cumulativa a la de la finalidad de atentar contra la indemnidad sexual, de que la víctima sea menor de 18 años o persona con discapacidad mental. Por tanto, cabe afirmar que la ley distingue a este respecto con toda claridad entre el tratamiento de la muerte y el de la desaparición forzada.

Cuestión distinta es que no resulte fácil encontrar un fundamento racional para tal disparidad, lo que justifica que se recurriera genéricamente al criterio de interpretación sistemático para ganar algo de congruencia. Puede que la explicación resida simplemente en la improvisación y falta de depuración técnica del proceso legislativo. Pero lo cierto es que aplicar la agravante a la muerte subsiguiente a delito contra la indemnidad sexual incurre en la aplicación analógica in *malam partem*. Incluso *contra legem*.

6. Relaciones concursales, especialmente entre la muerte dolosa y el delito contra la libertad sexual

En el ámbito del «homicidio» doloso, a efectos del tratamiento del concurso entre la muerte dolosa y el delito sexual previo, cabe hallar un término de comparación en el otro supuesto de homicidio agravado por la presencia de un segundo delito, teniendo en cuenta que en ambos casos se menoscaban dos bienes jurídicos protegidos distintos. Así, en el homicidio que sea «además constitutivo de un delito de atentado del artículo 550» (art. 138.2.b), la ley, al configurar un delito complejo como fusión de dos ataques contra bienes jurídicos distintos, en realidad describe un concurso de delitos específico, por cierto con una pena exacerbada con respecto a la que resultaría del concurso ideal hasta entonces aplicable[77]; además de no prever la posibilidad, sí existente para el concurso ideal, de castigar los delitos por separado si ello resulta más beneficioso. En cambio, para la concurrencia del homicidio con el delito sexual previo, aun cuando se exacerba la pena del delito más grave, el homicidio, todo apunta a que ese homicidio agravado no abarca la pena por el delito sexual, sino que a su vez entra en concurso (real) con el anterior delito sexual[78].

[77] Con la finalidad de reforzar la protección de la autoridad o sus agentes, se indica en la Exposición de Motivos de la norma, lo que constituye no una «fundamentación», sino una mera «descripción» de la reforma operada, puesto que agravar el marco penal equivale precisamente a reforzar la protección.

[78] Cfr. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015,* 2015, pp. 471 ss. Así también CADENA SERRANO, «Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código penal por LO 1/2015», *Conferencia publicada online*, 2015, p. 15; MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal,* 2016, pp. 42 s.; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., 2015, p. 51, estima que, cuando proceda,

Dado, pues, que cabe apreciar un concurso real entre delito sexual y muerte, en la medida en que se describen como dos hechos consecutivos, sin que el segundo abarque el desvalor del primero; supuesto p. ej. un delito de violación consumada, de acuerdo con la regla del art. 73, antes de la reforma de 2015 el marco resultante estaba comprendido entre los 16 y los 24 años de prisión. Tras la reforma, entre 21 y 34 años y 6 meses. Se da lugar, pues, a un enorme incremento de pena, pero aun así esa parece la opción de la ley, dada su intención, expresada en la Exposición de Motivos, de reprimir con mayor dureza comportamientos «de extrema gavedad».

Resulta difícil encontrar alguna justificación al distinto tratamiento del delito sexual previo a la muerte con respecto al delito de atentado simultáneo a ésta, salvo quizá la de que allí se trata de concurso real y aquí ideal. Pero sobre todo, tanto en uno como en otro caso, carece de justificación que se agrave la pena por un delito en presencia de otro concreto (y no en cambio en presencia de delitos distintos), sin más exigencia de conexión que la contigüidad entre ambos. Si la muerte se agrava para incrementar la protección de la libertad sexual, entonces el concurso auténtico –que se suma a la agravación- con el delito contra la libertad sexual vulnera el *ne bis in idem*.

Con todo, tiene sentido el concurso auténtico con el delito sexual previo en tanto que no se entendería que se castigase con un único marco penal el concurso de una muerte dolosa con delitos de gravedad tan distinta[79] como la violación, el acoso sexual, el exhibicionismo o la explotación de la prostitución ajena. Pero entonces la agravación del homicidio subsiguiente sí incurre en la criticada igualación, puesto que en ella no se distingue en función de la gravedad del delito sexual previo.

Otra razón que abona la opción por el concurso de delitos reside en que si los delitos contra la indemnidad no están incluidos en este tipo agravado, pero se entiende que podrían derivarse a la otra figura agravada que tiene en cuenta la vulnerabilidad de la víctima, por su edad inferior a 16 años (justo el límite etario superior establecido en la misma reforma de 2015 para los delitos contra la «indemnidad» sexual), en el caso de víctima menor el delito sexual entraría indudablemente en concurso real con la muerte dolosa agravada, y carecería de sentido el tratamiento concursal divergente para los delitos contra la «libertad» sexual.

La opción alternativa al concurso de delitos apuntaría a que el homicidio agravado se aplicara preferentemente al (o sea, en lugar del) concurso real entre homicidio y violación. En este caso la pena se mantendría en un marco de entre 15 y 22 años y 6 meses de prisión, el cual, aunque muy ligeramente, sería inferior al resultante del concurso real de delitos entre homicidio simple y violación[80]. Ello determinaría que para los casos más graves, los de violación, el nuevo precepto nacería prácticamente con vocación de no aplicarse, en virtud del principio de alternatividad; quedando circunscrito a otros delitos contra la libertad sexual menos graves: abusos o acoso. En realidad, lo que no parece tener sentido es la «tarifa plana» agravatoria para el homicidio

la calificación de concurso medial entre el delito sexual y el homicidio debe ser prevalente, como ley especial, sobre el homicidio agravado.

[79] Así, CUENCA GARCÍA, *Cuadernos de Política Criminal,* (118), 2016, p. 147.

[80] Si bien podría entenderse que se trata de concurso de leyes, pero en el que por el principio de alternatividad resultara de preferente aplicación el concurso real.

contiguo al delito sexual, sin distinguir la gravedad del delito sexual, ni el que no se limite a los delitos sexuales que entrañan empleo de violencia.

Lo expuesto hasta aquí es aplicable *mutatis mutandis* al asesinato agravado, si bien este caso de concurso real plantea en el ámbito de la determinación de la pena el problema de que una de las concurrentes es la más grave de nuestro ordenamiento: la prisión permanente revisable. No obstante, el supuesto de hecho está previsto en el art. 78 bis, a tenor del cual la concurrencia de un delito adicional con respecto a uno castigado con prisión permanente determina el endurecimiento de las condiciones de ésta, en cuanto al acceso al tercer grado y en cuanto a su «revisión», es decir, a la «supensión de la ejecución del resto de la condena»; pero tal endurecimiento sólo procede si «el resto de las penas impuestas [suman] un total que exceda de cinco años». De manera que delitos como el acoso, los de forzar o inducir a la prostitución, algunos de abuso sexual e incluso la agresión sexual básica, carecerían de efecto agravatorio apreciable; no así la violación.

En cualquier caso, la estimación de los delitos de homicidio y asesinato, incluso en grado de tentativa, singularmente tras su agravación por ser posteriores a delitos contra la libertad sexual, desplaza la aplicación de las agravaciones previstas para los delitos de agresión sexual en el art. 180.5º: «cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o lesiones…», en virtud del criterio de que el delito de lesión debe consumir a la agravación fundada sólo en el peligro derivado de la agresión. Y ello a pesar de la ambigua cláusula concursal final «…sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas», que no obstante debe interpretarse en el sentido indicado. Esta agravación eleva el marco penal del tipo básico de agresiones a la horquilla de 5 a 10 años de prisión, y el de la violación a la de 12 a 15 años. En sentido similar (¿por qué no totalmente idéntico?), con respecto a los delitos contra la indemnidad sexual, el art. 183.4.e): «Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o la salud de la víctima», pero aquí sin previsión de cláusula concursal perturbadora. El marco penal de la agresión a menor de 16 años se elevaría a la mitad superior del inicialmente previsto (sin excederlo como en el supuesto de la agresión a adulto, probablemente debido a que el marco de partida ya es suficientemente elevado; al final prácticamente coinciden en uno y otro caso), es decir, para el tipo básico de agresión a la pena de entre 7 años y medio y 10; y para la violación de 13 años y medio a 15; y es aplicable asimismo al abuso sexual (agravación: de 4 a 6 años, tipo básico; y de 10 a 12, con acceso carnal)[81].

Entiendo que, a igualdad de sujeto activo y pasivo, la pena agravada por razón del peligro de muerte pierde su razón de ser una vez que el peligro se materializa en lesión, de manera que la ambigua cláusula «sin perjuicio» ha de entenderse en el sentido de que esa pena agravada efectivamente no desplazaría la aplicación, si llega a producirse la temida muerte, de la pena del homicidio consumado, pero que desde luego en caso de materializarse el homicidio la agravación resultaría absurda, por vulnerar la prohibición del *bis in idem*[82], al castigar puesta en peligro más

[81] Si en este caso sin violencia en sentido estricto se prevé la agravación por el peligro pensando probablemente en los posibles efectos derivados de drogar a la víctima, no se explica por qué no se prevé la agravación asimismo para supuestos similares de abuso sexual sobre mayor de 16 años.

[82] Cfr. al respecto extensamente SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El concurso de normas y el concurso de delitos en el Libro II del Código penal*, 2017, pp. 95 ss.; EL MISMO., «Las reglas concursales expresas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, pp. 697 ss.

lesión. No comparto el intento de justificar la agravación para la agresión sexual en la especial idoneidad para conseguir el atentado contra la libertad sexual derivado del empleo de armas o similares, ya que esa especial idoneidad tendría que desplegarse, lo que no ocurre, para otros supuestos coactivos diseminados por todo el Código penal, donde el peligro para la vida no agrava específicamente; así como teniendo en cuenta que el peligro para la vida en el caso de los delitos contra la indemnidad sexual[83] no se basa específicamente en el empleo de armas. Por lo mismo que es incoherente que no se prevea la puesta en peligro de la vida o la integridad para supuestos no violentos pero sí peligrosos, como el abuso sexual en que se emplean sustancias idóneas para anular la voluntad de la víctima (art. 181.2, segundo inciso).

Debe propugnarse, por tanto, la supresión de esta regla concursal expresa perturbadora, dejando que desplieguen su eficacia las reglas concursales generales para la relación entre el homicidio o asesinato, consumado o intentado, y el delito contra la libertad y la indemnidad sexual (no agravado por el peligro). Con mayor razón, desde que se ha previsto la agravación específica de la muerte dolosa «precedida» de delito sexual, resultaría absurdo agravar la pena para el concurrente delito sexual, al menos cuando el plan incluye que vaya «seguido» de muerte. Ahora la vulneración del *ne bis in idem* resultaría aún más ostensible.

La directriz indicada quizá debiera matizarse en aquellos casos en que no conste, dada la dificultad de demostrarlo, que inicialmente existía dolo directo de matar tras tener perpetrado el delito contra la libertad sexual, es decir, cuando el dolo directo de matar solo surge con posterioridad, dirigido a una segunda acción no incluida en el inicial programa delictivo. En estos casos, el ataque contra la libertad sexual, especialmente peligroso para la vida o integridad física, cobra cierta independencia en la ejecución y podría justificar la agravación de este delito[84].

La relación concursal recibe un tratamiento particularizado en la —varias veces mencionada— STS 478/2018, de 17 de octubre (ECLI: ES:TS:2018:3518) (ponente: Colmenero Menendez de Luarca). Recuérdese que en los hechos probados, el autor, que se encuentra a la víctima aturdida, primero le introduce dedos por la vagina, causándole desgarros y una pequeña hemorragia;

---

[83] Así, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (dirs.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 2008, p. 333. Tampoco comparto la postura, favorable al concurso auténtico entre la agresión sexual agravada y el delito de homicidio o lesiones, de MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2019, p. 215, basada en que «la cualificación se debe a la agresión sexual en sí misma», puesto que en la medida en que dicha cualificación está vinculada al empleo de violencia, se refiere sobre todo a la lesión de la vida o la integridad, no incrementando en absoluto la magnitud del menoscabo de la libertad sexual.

[84] Al respecto ampliamente SAP Huelva de 19 de diciembre de 2021 (caso Laura Luelmo), que aprecia la agravante, considerando que el instrumento de que se sirvió el autor no se utilizó simplemente con una finalidad amenazante, pues en tal caso su utilización quedaría consumida en la descripción de la modalidad intimidatoria de violación, sino para infligir una lesión grave, con fractura de mandíbula (lesión que, por cierto no se valora en la condena). Además, vuelve a tener en cuenta el «salvajismo» de la agresión para conceptuarla como particularmente degradante o vejatoria (art. 180.1.1ª), e incluso aprecia la agravante de discriminación por razón de género, fundada en la asimetría entre varón-autor y mujer-víctima, manifestación de una desigualdad perpetuadora de la dominación del varón (es de suponer que por la superioridad física y, como se puntualiza además, porque la condición femenina no es connatural a ser sujeto pasivo, puesto que también se protege la libertad sexual del varón; con mejor criterio, reduce a sus justos términos esta agravante genérica la STS de 20 de julio de 2021 —(ECLI:ES:TS:2021:3150) (ponente: Marchena Gómez)—, requiriendo la evidencia de pretender ejercer la dominación, sin lo cual sería indistinguible de cualquier ataque a la libertad sexual de una mujer). En suma: se da por probada «una» sola brutalidad para reducir a la víctima, pero se deducen nada menos que «tres» agravantes basadas en ella. En la resolución se alude al *ne bis in idem*, si bien simplemente para descartar que se vea infringido; claro que no por solo mentarlo se le exorciza. Además, la brutalidad vuelve a tenerse en cuenta para estimar ensañamiento en la ejecución de la muerte.

después le introduce un objeto de gran tamaño por el ano causándole una gran hemorragia que acaba produciéndole la muerte. La AP Sevilla (y lo confirma el TSJ de Andalucía) apreció agresión sexual en concurso con asesinato (alevosía más autoencubrimiento, lo que conlleva aplicar el art. 139.2; no en cambio el art. 140.1.2ª, dada la simultaneidad); en concreto, concurso real, porque individualiza dos acciones distintas: primero la agresión sexual por vía vaginal y después la otra acción de agredir por vía anal, a la vez constitutiva de muerte dolosa. En cambio, el TS aprecia unidad de acción, y por tanto concurso ideal. Porque, de acuerdo con la doctrina del TS, cuando se llevan a cabo sucesivas penetraciones con relativa proximidad temporal quedan subsumidas en un solo delito de agresión sexual; por tanto la única agresión sexual, que se continúa, se superpone con la acción de matar, constitutiva de asesinato. De ahí el concurso ideal. Ahora bien, partiendo de la tesis del TS relativa a la clase de relación concursal, se da el contrasentido de que resulte preferible para el autor seguir agrediendo sexualmente de modo brutal, hasta matar, que primero agredir sexualmente y a continuación matar, pues en el primer caso se daría concurso ideal (asperación de la pena más grave), y en el segundo concurso real (acumulación de ambas penas), pese a que en este segundo caso el ataque sexual ha cesado antes. Pero esto es precisamente lo que permite el precepto, que requiere que la muerte dolosa sea «subsiguiente» al delito contra la libertad sexual, no abarcando los supuestos de simultaneidad.

Finalmente, en buena parte de los supuestos el atentado contra la libertad sexual y la muerte irán precedidos de detención ilegal, encaminada a asegurarse el autor tener a la víctima a su merced. Como también con gran frecuencia en la muerte se dará la alevosía. La detención entrará aquí en relación de concurso de delitos con los otros dos, casi siempre de tipo medial, si existía el propósito homicida en el momento de la detención[85].

En caso de desaparición del cuerpo de la víctima, se ha planteado en la jurisprudencia, a instancia de las acusaciones, la posible aplicación del tipo agravado de desaparición forzada de personas, en tanto que el reo «no dé razón del paradero de la víctima», además agravado por la finalidad de atentar contra la libertad sexual de la persona desaparecida (art. 166.2.b). Así SAP Coruña de 17 de diciembre de 2019 (caso Diana Quer) y SAP Huelva de 19 de diciembre de 2021 (caso Laura Luelmo)[86]. Esta última se ocupa en profundidad tanto de fundamentar la relación de concurso auténtico (no aparente) e ideal medial (no real) de la detención con los delitos ulteriores, como de las razones por las que ha descartarse en el caso de autos la aplicación de este tipo agravado de detención. Si bien la cuestión se desarrolla con gran amplitud y profundidad en la resolución judicial, en esencia cabe indicar que se descarta la calificación de desaparición forzada con el argumento puramente formal de que, al tiempo de aparecer el cadáver, el sospechoso no podía aún considerarse «reo», en lugar de plantear si en puridad habría cabido castigar por desaparición forzada allí donde antes de dictar sentencia sí se conoce el lamentable destino último («paradero») de la víctima. En la SAP Coruña de 17 de diciembre de 2019, caso Diana Quer, a pesar de que las acusaciones calificaron la detención de la víctima como desaparición forzada

[85] Tanto las ya mencionadas SAP Coruña de 17 de diciembre de 2019 como SAP Huelva de 19 de diciembre de 2021 aprecian el concurso ideal de la detención ilegal solo con la agresión sexual, pero no con el asesinato (que castigan con la prisión permanente revisable), se entiende que este en concurso real con los dos delitos anteriores; y ello probablemente debido a la ausencia de prueba sobre el dolo homicida en el momento de la detención, prueba que se requeriría para la relación medial entre la detención y la muerte.

[86] ECLI:ES:APH:2021:518, caso Laura Luelmo. Se analiza en esta sentencia la problemática del delito de desaparición forzada, en supuestos en que el autor no es que no dé razón del «paradero de la persona detenida», sino de su cadáver. Pero esta problemática aquí solo cabe mencionarla, ya que tratarla sustantivamente desbordaría los límites de esta investigación.

con propósito sexual, posteriormente retiraron dicha calificación —seguramente debido a que el autor sí dio razón del paradero del cadáver—, sustituyéndola por la del tipo básico de detención ilegal.

En cualquier caso, en las mencionadas sentencias no se repara en lo contradictorio de la suposición básica de la que parten: que resulte posible, por un lado, agravar el castigo de la muerte por haberse perseguido con ella la finalidad de ocultar un delito anterior, y por otro agravar la detención por el hecho de no colaborar con la Justicia para encontrar el «previsible» cadáver. Olvidando que ello implicaría para el sujeto activo reconocer que ha cometido delitos previos (detención ilegal y agresión sexual) e incluso que ha perpetrado la muerte, que se conceptúa como asesinato precisamente por haberla encaminado a ocultar tales delitos previos. No es lícito castigar más gravemente por matar precisamente para ocultar un delito y además por seguir ocultándolo. Aun cuando la finalidad de esta segunda agravación se sitúe, no ya en dificultar la acción de la Justicia, sino en el sufrimiento que se inflige a los allegados a la víctima (que, por cierto, pueden existir o no), de ello ya se dio cuenta con la agravación de la muerte en razón del propósito de ocultación. Por no mencionar la vulneración del derecho a no autoincriminarse que supone tomar factor de agravación el tratar de eludir la responsabilidad penal propia[87].

Sobre si tener en cuenta dos veces la violencia, la necesaria para el delito de agresión sexual y para el asesinato, vulnera el *ne bis in idem*, la STS 657/2018, de 1 de marzo, lo resuelve para el robo violento[88], casando la Sentencia de TSJ que apreció esa vulneración, precisamente aludiendo como ejemplo de contraste a que no tendría sentido apreciar asesinato más abuso sexual, ya que entonces se forzaría el sentido del delito de abuso sexual, que requiere precisamente ausencia de violencia.

7. Conclusiones

Habiendo analizado los delitos dolosos contra la vida «agravados» por su relación con delitos sexuales, cabe concluir como balance que el «sistema» establecido por la reforma de 2015 carece de coherencia, vulnera principios penales de orden constitucional y crea problemas concursales antes inexistentes. Para la práctica procesal, sin embargo, el enfoque no puede quedarse en las consideraciones críticas de fondo, ya que cuando se trata de aplicar la ley realmente existente, no cabe limitarse, como comprensiblemente se ha dicho en una sentencia, a tomar nota de «los visibles defectos de técnica legislativa que están dificultando el juicio de subsunción»[89]. Ha de ayudarse, pues, a entender las ideas implícitas del legislador subyacentes a estas agravaciones, y de *lege lata* aportar un poco de sistematicidad y coherencia en la interpretación de los nuevos preceptos.

Así, no cabe encontrar justificación racional para las agravaciones de las muertes dolosas simplemente por su inmediatez a un delito sexual previo. Desde luego, la explicación no se

[87] Recuérdese la observación, *supra* mencionada, del voto particular a la ya referida STS 2481/2020, de 21 de julio (ECLI:ES:STS:2020:2481) (ponente: Marchena Gómez): el ataque a la Administración de Justicia inherente a intentar eludir el esclarecimiento del delito ya se tiene en cuenta en la pena de tal delito, como lo demuestra la impunidad del autoencubrimiento y que a su contrario, la confesión del reo, se le atribuya carácter atenuante.

[88] STS 657/2018, de 1 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:657) (ponente: Del Moral García).

[89] STS 2481/2020, de 21 de julio (ECLI:ES:STS:2020:2481) (ponente: Marchena Gómez).

facilita en la Exposición de Motivos, puesto que no lo es la alusión a genéricas demandas sociales de penas más duras para crímenes especialmente execrables. Razón explícita no hay, pues, pero sí una razón subyacente: en la muerte dolosa subsiguiente a delito sexual, no sólo se priva a la víctima de la vida, sino que en sus últimos momentos se la utiliza como objeto para la satisfacción sexual ajena, en un atentado a su libertad sexual y a su dignidad como ser humano. Por así decir, primero se utiliza su cuerpo y luego se desecha a la víctima como un objeto de usar y tirar, sin un mínimo respeto por la dignidad humana. Esta idea permite entender que sólo se agrave la muerte subsiguiente a delito sexual, y no también de otros delitos al menos tan graves, como el secuestro; así como la exigencia de que la muerte sea inmediata, y a igualdad de autor y víctima; pero no justifica que se incluyan «todos» los delitos contra la libertad sexual distintos a los violentos. Aun así, no se explica por qué, en la suma de delito sexual más muerte, la mera secuencia introduce tan considerable agravación en el segundo sumando.

Debería optarse, pues, por la supresión del precepto. Pero si cambio se entiende que le queda algún fundamento a la agravación por la secuencia de delitos, de *lege ferenda* debería si acaso configurarse un delito complejo, si se quiere con pena superior a la que se derivaría del concurso, pero incluyendo en el marco penal al primero de los delitos, al estilo del robo violento (coacción más apoderamiento); o el homicidio agravado por constituir a la vez un delito de atentado; pero en ningún caso se debería mantener en la regulación legal la acumulación de los delitos y además exacerbar la pena del segundo de ellos.

Se pone de manifiesto la falta de visión sistemática del legislador de la reforma, sobre todo, en los problemas de delimitación de los nuevos tipos agravados con la modalidad de asesinato consistente en la muerte para posibilitar otro delito y, sobre todo, con la destinada a encubrirlo. El tenor literal de ambos preceptos generó el peligro de infringir el *ne bis in idem*, y la jurisprudencia implacablemente lo ha materializado, sustentando mayoritariamente la compatibilidad entre ellos basada en razones de pura lógica de las normas, sin tener en cuenta el respectivo fundamento de agravación de uno y otro.

Considero, en cambio, con algunas voces discrepantes incluso en la praxis judicial, que en ausencia de un fundamento defendible para la mayoría de los supuestos de contigüidad de la muerte con un delito sexual distinto al autoencubrimiento, ha de optarse por la siguiente solución interpretativa: debe aplicarse el concurso aparente, para resolver en primer lugar si concurre homicidio o asesinato. A tal fin, aplicando el principio de subsidiariedad, debe entenderse de preferente aplicación la agravante de autoencubrimiento, reservando la otra circunstancia para los raros casos de contigüidad con motivación de la muerte distinta el autoencubrimiento.

El carácter asistemático se revela asimismo en cuanto al ámbito de los delitos sexuales previos, ya que ostensiblemente en el texto no se incluyen los delitos contra la indemnidad sexual, si bien cabe entender que éstos también dan lugar a la aplicación de la muerte dolosa agravada. Ha de interpretarse que en caso de delito sexual sobre personas sin libertad sexual «solo» resulta aplicable la circunstancia agravante 1ª del art. 140.1, en tanto que son víctimas especialmente vulnerables. No obstante, en el resto de personas especialmente vulnerables, a diferencia de lo que ocurre con las víctimas menores de dieciséis años sí puede producirse solapamiento entre las circunstancias de especial vulnerabilidad y de muerte subsiguiente a delito contra la libertad sexual; de manera que la incongruencia no queda salvada. Ha de rechazarse la jurisprudencia de

hasta la fecha, que incomprensiblemente ni siquiera se plantea excluir los delitos previos contra la indemnidad sexual, seguramente debido a que la casuística se limita a agresiones sexuales, en las que el elemento violento o intimidatorio indica atentado contra la libertad de voluntad general (en que puede ser sujeto pasivo un menor), si bien no sexual.

Finalmente, son de destacar en la valoración de la prueba por parte de la jurisprudencia de los supuestos estudiados ciertas pautas que previsiblemente mantendrá, pero que debería reconsiderar. Así, en casi todos los casos se presupone la intención de autoencubrimiento, en ausencia de cualquier otra explicación alternativa de la muerte. Incomprensiblemente, las defensas no aducen otro posible motivo, lo que, en casos donde falte otra circunstancia caracterizadora de asesinato, permitiría eludir la prisión permanente. También se tiende a apreciar la agravante de discriminación por género sin explicación pormenorizada de en qué medida se excede el ataque a la libertad sexual de una mujer, y por qué solo en relación a este, y no también a la muerte, suprema muestra de dominación sobre otro ser humano. Inversamente, acaso por la dificultad de destruir la presunción de inocencia en este aspecto, ni siquiera se entra a considerar que la finalidad de la muerte estuviera presente ya en el momento de la eventual detención ilegal inicial, junto con la finalidad de atentar contra la libertad sexual, y que por tanto habría que apreciar también concurso ideal de la detención con los dos delitos que se persiguen, a su vez en concurso real, p. ej. la agresión sexual y la muerte. Pautas todas que pueden ser entendibles a causa de la dificultad de la tarea, pero que requerirían cierta reflexión, antes de que acaben convirtiéndose en prejuicios inconscientes.

8. Bibliografía

ALONSO ÁLAMO, «La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015», *Cuadernos de Política Criminal,* (117), 2015, pp. 5 ss.

ÁLVAREZ GARCÍA/DEL MOLINO ROMERO, «Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma», en BRAVO BOSCH (coord.), *Feminización y justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 223 ss.

ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHEL, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015,* 2015, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 323 ss.

ARROYO ZAPATERO/LASCURAÍN SÁNCHEZ/PÉREZ MANZANO (eds.), *Contra la cadena perpetua*, 2016, accesible en la URL: https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/9671

BEGUÉ LEZAÚN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales,* Bosch, Barcelona, 1999.

BOLDOVA PASAMAR, «La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* (23), 2021, pp. 1 ss.

CADENA SERRANO, «Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código penal por L. O. 1/2015», *conferencia publicada online*, 2015, accesible en la URL:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740

CUENCA GARCÍA, «Problemas interpretativos y de non bis in idem suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato», *Cuadernos de Política Criminal,* (118), 2016, p. 115 ss.

DE LA MATA BARRANCO, «Tratamiento penal del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* (21), 2019.

FELIP I SABORIT, «El homicidio y sus formas», en SILVA SÁNCHEZ, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., Atelier, Barcelona, 2021, pp. 29 ss.

FERNÁNDEZ GARCÍA, «Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable», *Revista Penal,* (44), 2019, pp. 42 ss.

GARCÍA RIVAS, «Agresión y abusos sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, t. I, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1117 ss.

GÓMEZ RIVERO, «Delitos contra la vida humana independiente», en GÓMEZ RIVERO (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., t. I, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 23 ss.

GONZÁLEZ AGUDELO, «La regla de las equivalencias del art. 183 quater y el consentimiento. La sexualidad de los menores ¿en suspenso?», *Revista General de Derecho Penal,* (34), 2020.

KÜPPER/BÖRNER, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, Springer, Berlín-Heidelberg, 2017.

LÓPEZ LÓPEZ, «La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida», en *Revista Penal*, (48), 2021, pp. 94 ss.

MARTÍNEZ GUERRA, «Edad sexual y exclusión de la responsabilidad penal. Fundamentos de Derecho anglosajón», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (23), 2020, pp. 67 ss.

MORALES PRATS, «Del homicidio y sus formas», en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (coords.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2016, pp. 35 ss.

MOYA GUILLEM, «La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (24), 2020, pp. 13 ss.

MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ORTS BERENGUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte especial,* 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 209 ss.

PANTALEÓN DÍAZ/SOBEJANO NIETO, «El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código penal español», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (29), 2014-I, pp. 213 ss.

PEÑARANDA RAMOS, «Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma de 2015 del Código penal», en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, pp. 1258 ss.

——— *Memento práctico Francis Lefebvre Penal 2016*, 2016, nº marg. 7015, p. 747 ss. y nº marg. 7110, pp. 831 ss.

QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Atelier, Barcelona, 2021, pp. 131 ss.

SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, «Asesinato», en SERRANO GÓMEZ *et al., Curso de Derecho penal. Parte Especial*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2019, pp. 23 ss.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «La violación "por actuación conjunta" (art. 180.2ª CP)», *Cuadernos de política criminal,* (135), 2021, pp. 61 ss.

——— «El asesinato múltiple castigado con prisión permanente revisable», *Revista Penal,* (48), 2021, pp. 205 ss., 207 ss.

——— «Los nuevos delitos de muerte dolosa agravada por ser subsiguiente a delitos contra la libertad sexual», en CANCIO MELIÁ *et al*. (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM, Madrid, 2019, pp. 1241 ss.

——— «La desaparición forzada de personas agravada por el móvil delictivo sexual», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, vol. II, Aranzadi, 2018, pp. 623 ss.

——— *El concurso de normas y el concurso de delitos en el Libro II del Código penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

SIERRA LÓPEZ, «Homicidio y asesinato. Las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas», *Derecho y Proceso Penal* (33), 2014, pp. 127 ss.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 468 ss.

InDret
4.2022

Autoincriminación "forzada" en las investigaciones internas

Prohibición probatoria según la imputación al Estado

Pedro Pouchain
Universidad Complutense de Madrid
Humboldt-Universität zu Berlin
-

Sumario

-

El artículo se centra en la prohibición de utilizar como prueba en el proceso penal los resultados de investigaciones internas, a la vista del deber laboral de rendir cuentas y la libertad de autoincriminación del empleado. Se rememora el dilema del empleado sospechoso, según el cual, en una cooperación entre empresa y Estado, suele verse obligado a declararse culpable so pena de un despido procedente. Partiendo de la problemática de una posible autoincriminación forzada, se plantean distintos argumentos para limitar la utilización en el proceso de las declaraciones autoinculpatorias del empleado. Así se analizan las propuestas de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la del juicio de ponderación del derecho a un proceso equitativo. Ambas se presentarán como implausibles para la solución del problema, lo que llevará a la necesidad de optar por una tercera posición. Se examina la denominada teoría de la imputación y se detallan sus criterios de aplicación en el ámbito de las investigaciones internas. En suma, el nemo tenetur se aplicará siempre y cuando la obtención de la prueba por el particular sea imputable al Estado. Por último, se concluye que la teoría de la imputación coincide no solo con la jurisprudencia española del caso Falciani, sino que también es la más coherente con el desarrollo dogmático de las prohibiciones probatorias vinculadas a los resultados de las investigaciones corporativas.

Abstract

-

This article focuses on the exclusion of evidence obtained as a result of a corporate internal investigation, taking into account the tension between the employee's duty to report and his right against self-incrimination. That is the dilemma of a suspicious employee as he might be effectively forced by the employer to make incriminating statements under threat of job loss. Concerns motivated therefore by this kind of forced self-incrimination have put forward various arguments to limit the government's use of those statements in a criminal proceeding. It will then analyze the approaches of the third-party effect of fundamental rights and of the balancing test based on fair trial. Both will be presented as implausible to solve the problem so that a third approach should be considered. Consequently, the paper examines the so-called theory of imputation, detailing its criteria for application in the field of internal investigations. In summary, the freedom from self-incrimination shall always apply when the gathering of the evidence by a private person might be attributable to the government. The article concludes this last approach coincides not only with the Spanish Falciani jurisprudence but is also the most consistent for developing the rules on admissibility of evidence gathered in internal investigations.

Zusammenfassung

-

Der Aufsatz untersucht das Beweisverwertungsverbot eines im Rahmen einer unternehmensinternen Untersuchung erlangten Beweismittels im Spannungsverhältnis zwischen der Aussagepflicht und der Selbstbelastungsfreiheit des Arbeitnehmers. Man weist auf das Dilemma des verdächtigen Arbeitnehmers hin, der in einer Kooperation von Unternehmen mit Strafverfolgungsbehörden faktisch durch die Bedrohung einer Kündigung gezwungen wird, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen. Dies bringt zugleich

Bedenken bei dieser Art von erzwungenen Selbstbelastung mit sich, wonach die Verwertung der selbstbelastenden Aussage im Strafverfahren einzuschränken ist. Anschließend werden die Lösungsansätze der Drittwirkung der Grundrechte und der aus dem Gebot eines fairen Verfahrens ableitenden Abwägungslehre analysiert. Beide werden als unplausibel zur Lösung des Problems dargestellt, sodass ein dritter Lösungsansatz berücksichtigt wird. So wird die Zurechnungstheorie untersucht und ebenfalls werden die Kriterien für ihre Anwendung im Bereich der internen Untersuchungen detailliert. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Selbstbelastungsfreiheit immer dann eingreift, wenn die Beweiserhebung durch Private dem Staat zuzurechnen ist. Der Aufsatz kommt dann zu dem Schluss, dass die Zurechnungstheorie nicht nur mit der spanischen Falciani-Rechtsprechung übereinstimmt, sondern auch der konsequenteste Lösungsansatz ist, wenn es darum geht, die Dogmatik der Beweisverbotslehre im Zusammenhang mit unternehmensinternen Untersuchungen weiterzuentwickeln.

Title: *"Forced"* self-incrimination in internal investigations: exclusionary rules under the imputation to the State

Titel: *„Erzwungene" Selbstbelastung bei Internal Investigations: Beweisverwertungsverbote nach der Zurechnung an den Staat*

-

Palabras clave: investigaciones internas, prohibiciones probatorias, *nemo tenetur*, derecho a no autoincriminarse, deber de rendir cuentas, confesión, juicio de ponderación, imputación al Estado, Falciani.

Keywords: *internal investigations, exclusionary rules, nemo tenetur, right against self-incrimination, duty to report, confession, balancing test, state action, Falciani.*

Stichwörter: *Interne Untersuchungen, Beweisverwertungsverbote, nemo tenetur, Selbstbelastungsfreiheit, Auskunftspflicht, Geständnis, Abwägungslehre, Zurechunung an den Staat, Falciani.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i4.03

-

InDret
4.2022

Recepción
15/05/2022
-
Aceptación
12/09/2022
-

Índice

-

1. Introducción
2. Autoincriminación forzada del empleado por la amenaza de despido
3. El riesgo de eludir el derecho fundamental a no autoincriminarse
4. Derecho a no autoincriminarse y su eficacia entre particulares
5. Prohibición probatoria de la declaración autoincriminatoria
5.1. Juicio de ponderación con fundamento en el derecho a un proceso equitativo
5.2. Imputación al Estado de los resultados de la investigación privada
a. Fundamento general de la imputación procesal penal
b. Criterios de imputación en las investigaciones internas
c. La imputación en la *doctrina Falciani*
d. Críticas a la teoría de la imputación
6. Conclusiones
7. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

Es cierto que el vigente sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha incentivado la cultura del *compliance* en el ámbito de las empresas, especialmente por medio de atenuantes o eximentes de la pena[1]. En este contexto, se ha subrayado la necesidad de que los programas de cumplimiento dispongan de mecanismos de investigación sobre delitos vinculados a las actividades empresariales[2]. Luego, a partir de las muchas dudas jurídicas que plantean esos mecanismos y del natural interés que despierta el tema en la práctica empresarial, no extraña que el fenómeno de las investigaciones internas se haya convertido en uno de los temas más debatidos del proceso penal en España desde hace casi una década[3].

Las investigaciones internas pueden comprenderse como el procedimiento de recopilación de información realizado por la propia empresa y destinado al esclarecimiento de hechos pasados o presentes de su interés[4]. La empresa puede tener diversos motivos para realizar una investigación interna: como soporte a una estrategia de defensa litigiosa; para la interposición de una acción de regreso; simplemente para satisfacer su interés por la información o servirse de ella como medio para establecer de forma creíble una plena cooperación con las autoridades[5]. Pese a las distintas clases ya identificadas de la doctrina[6], aquí se tomarán en consideración solamente las

---

* Autor de contacto: Pedro Pouchain, doctorando en cotutela en la Universidad Complutense de Madrid y la Humboldt-Universität zu Berlin: pedro.pouchain@hu-berlin.de. Versiones previas de este trabajo fueron presentadas para la obtención del título *LL.M. Deutsches und Europäisches Rechts und Rechtspraxis* en la Humboldt-Universität zu Berlin y en el seminario de investigación del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en el marco de una estancia de investigación financiada por el Ministerio Público Federal de Brasil. Mis agradecimientos a la Profa. Dra. Lorena Bachmaier Winter por su respaldo y revisión del texto y al Prof. Dr. Luís Greco por la acogida y valiosas críticas.

[1] Véase a propósito los arts. 31 *bis* 4 y 31 *quater* d del Código Penal.

[2] BACHMAIER WINTER, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de compliance», *Diario La Ley*, (7938), 2012, pp. 5 ss.

[3] Entre los primeros, véase: ESTRADA I 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*, 2013, pp. 197 ss.; MOOSMAYER, «Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, 2013, pp. 144 ss.; MONTIEL, «Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013, pp. 221 ss.; NIETO MARTÍN, «Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *Diario La Ley*, (8120), 2013, pp. 1 ss.

[4] Cf. BITTMANN/BROCKHAUS/VON COELLN/HEUKING, «Regelungsbedürftige Materien in einem zukünftigen „Gesetz über interne Ermittlungen"», *NZWiSt*, (1), 2019, pp. 1 ss.; SPOERR, «Rechtspolitische Überlegungen zu einem Unternehmensstrafrecht: Die Perspektive der internationalen internen Untersuchungen», en KUBICIEL (ed.), *Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas*, 2020, p. 100. Con una definición un poco más estricta, cf. NIETO MARTÍN, «Investigaciones Internas», en EL MISMO (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, pp. 231 s.; y limitándolas a las sospechas de hechos delictivos, cf. NEIRA PENA, *La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas*, 2017, p. 335.

[5] KLAAS, *Interne Untersuchungen und Informationsaustausch*, 2019, p. 67.

[6] Con respecto a las clases de investigaciones preventivas, confirmatorias y defensivas, cf. COLOMER HERNÁNDEZ, «Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del compliance officer para su uso en un proceso penal», *Diario La Ley*, (9080), 2017, pp. 4 ss.; PRIETO GONZÁLEZ, «La cooperación público-privada en la prevención, detección y persecución de los delitos empresariales: las investigaciones internas», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, 2018, pp. 1106 s.

investigaciones defensivas, estructuradas sobre la lógica de una cooperación público-privada, y con el fin específico de reducir el riesgo de sanción penal de la empresa[7].

En el marco de una investigación interna, la empresa dispone de diversos métodos de investigación y, sobre todo, del poder fáctico de realizar intensas intervenciones en el lugar de trabajo, como la incautación de ordenadores, grabaciones de video y escuchas telefónicas o ambientales. Ello ha generado una gran preocupación con respecto a la injerencia en los derechos fundamentales de los empleados[8], si bien uno de los principales debates se centra, no tanto en las medidas anteriores, sino, precisamente, en las aparentemente inofensivas entrevistas de los empleados, consideradas «el corazón» de las investigaciones internas[9].

En este contexto, el presente estudio analizará la admisibilidad de estas declaraciones como prueba en el proceso penal, derivadas de la existencia de una cooperación investigativa entre empresa y Estado. Para ello, se pondrá de manifiesto el dilema ante el que se encuentra el trabajador, según la tensión que genera el deber laboral de rendir cuentas sobre su libertad de autoincriminarse. En consecuencia, se analizará hasta qué punto la amenaza de despido –por transgresión de este deber– puede efectivamente conducir a una especie de autoincriminación forzada (*infra* 2). A continuación, se aborda el riesgo que ello representa para el derecho a la no autoincriminación (*infra* 3). A partir de ahí, se analizan dos enfoques para solucionar la tensión descrita: el que se dirige a justificar la eficacia entre particulares del derecho a no autoincriminarse (*infra* 4); y el segundo que busca prohibir el uso de la declaración en el proceso penal (*infra* 5) – bien con fundamento en el derecho fundamental a un proceso equitativo (*infra* 5.1), o bien por reconocer una vulneración al derecho a no autoincriminarse atribuible al Estado (*infra* 5.2)–. Por último, se recapitularán los argumentos expuestos a lo largo del trabajo y se sintetizarán las dos conclusiones alcanzadas (*infra 6)*.

2. Autoincriminación forzada del empleado por la amenaza de despido

En general en el derecho laboral, ha predominado el entendimiento de que una negativa del empleado a responder las preguntas del empleador, especialmente cuando están vinculadas directamente al ejercicio de las funciones laborales, conlleva no solo el incumplimiento de su deber de rendir cuentas, sino también la transgresión de las órdenes e instrucciones del empresario[10]. Asimismo, se comprende que el empleado, a causa de su contrato, se obliga a

---

[7] Cf. ORSI/RODRÍGUEZ-GARCÍA, «Las Investigaciones Defensivas en el Compliance Penal Corporativo», en RODRÍGUEZ-GARCÍA/RODRÍGUEZ-LÓPEZ (eds.), *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*, 2021, pp. 311 ss. No se ignore, por otro lado, que ni todas investigaciones defensivas tienen el propósito de cooperar con los órganos públicos, como destaca ANDERS, «Internal Investigations - Arbeitsvertragliche Auskunftspflicht und der nemo-tenetur-Grundsatz», *wistra*, (9), 2014, p. 333, con referencia a la incautación de documentos en el fallo "HSH Nordbank" del Tribunal del Land de Hamburgo (LG Hamburg, *NJW*, 2011, p. 942).

[8] NIETO MARTÍN, *Diario La Ley*, (8120), 2013, p. 4; NIEVA FENOLL, «Investigaciones Internas de la Persona Jurídica: Derechos Fundamentales y Valor Probatorio», *Jueces para la Democracia*, (86), 2016, pp. 85 s.

[9] DUGGIN, «Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism, and the Employee Interview», *Colum. Bus. L. Rev.*, (3859), 2003, p. 864; WASTL/LITZKA/PUSCH, «SEC-Ermittlungen in Deutschland - eine Umgehung rechtsstaatlicher Mindeststandards!», *NStZ*, (2), 2009, p. 68; cf. NEIRA PENA, *La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas*, 2017, p. 339; ESTRADA I CUADRAS, «"Confesión o finiquito": el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas», *InDret*, (4), 2020, p. 231.

[10] NEIRA PENA, *La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas*, 2017, p. 359, con referencia a los deberes básicos del empleado del art. 5 del Estatuto de los Trabajadores. También en Alemania se ha comprendido que las relaciones, en el ámbito de una investigación interna, siguen en general reguladas por el

declarar ante el empleador sobre los hechos relacionados con su ámbito de trabajo inmediato –incluso si para ello tiene que autoincriminarse– so pena de asumir el riesgo de un despido procedente [art. 54.2. d) del Estatuto de los Trabajadores][11].

Sobre el particular, hay que preguntarse primeramente si la amenaza de despido por parte del empleador puede efectivamente equipararse a una coacción, a fin de definir si estaríamos o no ante una autoincriminación provocada por el particular. En este punto, se trata de saber en qué medida la amenaza de despido puede interferir en la decisión o en el acto de voluntad del empleado entrevistado y, consecuentemente, determinar la obtención de sus declaraciones autoinculpatorias, pues ello podría implicar una autoincriminación forzada del trabajador.

En lo que respecta a las investigaciones internas, hay una primera opinión que afirma que no existe ningún tipo de coacción. Precisamente porque el empleador no dispone de las mismas potestades que las autoridades oficiales de persecución penal, destacadamente, los medios de coerción de una detención cautelar o incautación. Es decir, se presenta contradictorio imponer a los empleadores solamente los límites a su actuación investigativa, sin garantizarles la misma potestad de injerencia de los agentes oficiales. Ello sería como mirar solamente una cara de la moneda, lo que quebrantaría el equilibrio subyacente a las normas procesales. Además de ello, tampoco se tomaría en serio la posición jurídica del empresario, el cual tiene un interés legítimo de actuar para reducir los riesgos de su responsabilidad[12]. En definitiva, no se podría hablar de una auténtica coacción en tales circunstancias. Ello solo respondería a una presión fáctica y de origen contractual, y no a un deber impuesto por la ley o el Estado[13].

Sin embargo, esta opinión no es plenamente convincente. Por un lado, porque el art. 241.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social[14] faculta al empleador a exigir el cumplimiento del deber de rendir cuentas mediante la imposición judicial de apremios personales o multas pecuniarias. Asimismo, la amenaza de despido puede ser suficiente para generar una coacción de hecho sobre el empleado, que es capaz de viciar la manifestación de voluntad del empleado de declarar. A fin de cuentas, la alternativa en la que se coloca al empleado, entre perder su trabajo –la base de su sustento– o autoinculparse, no es exactamente una elección libre entre hablar o silenciar. En tales circunstancias, una elección racional y sin trabas parece efectivamente imposible. Antes que nada, se puede afirmar que una situación de presión que ponga en peligro la supervivencia del trabajador, desde un punto de vista económico, es capaz de menoscabar su libertad de decidir entre guardar o no silencio. Sobre este particular, ya dictaminó el Tribunal Supremo de los EE. UU., de modo similar, en la sentencia *Garrity v. New Jersey*[15]: en ella afirmó que las

---

derecho laboral, cf. MOOSMAYER, en *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, p. 140, con referencia a la decisión «HSH Nordbank» del Tribunal del Land de Hamburgo (LG Hamburg, *NJW*, 2011, p. 942).

[11] Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29ª ed., 2017, pp. 198 s.; ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, pp. 248 ss.; TEJADA PLANA, *Investigaciones Internas, Cooperación y Nemo Tenetur: Consideraciones Prácticas Nacionales e Internacionales*, 2020, pp. 141 ss.

[12] MOMSEN/GRÜTZNER, «Verfahrensregeln für interne Ermittlungen», *DB*, (32), 2011, p. 1793; cf. GRECO/CARACAS, «Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit», *NStZ*, (1), 2015, p. 10; NIENABER, *Umfang, Grenzen und Verwertbarkeit compliancebasierter unternehmensinterner Ermittlungen*, 2019, p. 412.

[13] KNAUER/BUHLMANN, «Unternehmensinterne (Vor-)Ermittlungen – was bleibt von nemo tenetur und fair-trail?», *AnwBl*, (6), 2010, p. 389; cf. GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 10.

[14] Ley 36/2011, de 10 de octubre.

[15] *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493 (1967).

declaraciones de los empleados a los empleadores públicos, bajo amenaza de despido, eran *involuntarias* e inadmisibles[16].

Por tanto, puede argumentarse que la amenaza de despido ejerce una coacción de hecho dirigida a obtener las declaraciones del empleado, que constituye el factor determinante para que el trabajador decida autoinculparse, de lo cual se infiere el resultado de una autoincriminación forzada.

3. El riesgo de eludir el derecho a no autoincriminarse

Este conjunto de factores genera un cuadro perturbador, en el cual hay que reconocer legítimas las preocupaciones generadas por una «privatización» de la persecución penal, más aún según se incrementa la cooperación entre las empresas y las autoridades encargadas de la persecución penal[17]. En la medida en que los actos privados de obtención de prueba no se sujetan a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[18] y las investigaciones internas siguen ubicadas en una zona desregulada entre el derecho público y privado, es natural que se produzca el riesgo de una merma en la protección de los derechos fundamentales y de las garantías del Estado de Derecho[19]. Al fin y al cabo, no se puede aceptar sin más que el empleado sospechoso se convierta, por medio de la acción de su empleador, en un objeto del procedimiento criminal.

Por un lado, está clara la necesidad de controlar los abusos que pueden derivarse de la privatización de la persecución penal que, incluso, se serviría de autoincriminaciones compelidas por las empresas. Por el otro, es cierto que todavía no hay consenso acerca de cómo justificarlo dogmáticamente: aunque el fin sea noble, no puede justificar los medios. A tal efecto, se han planteado distintas posibles soluciones. Una primera se deriva de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y se centra en aplicar el derecho a no autoincriminarse al ámbito privado (*infra* 4); mientras que las otras dos se dirigen fundamentalmente a prohibir la utilización de la declaración autoinculpatoria en el proceso penal (*infra* 5), bien con fundamento en el derecho a un proceso equitativo (*infra* 5.1), bien reconociendo una vulneración de la libertad de autoincriminación atribuible al Estado (*infra* 5.2).

---

[16] *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493 (1967), pp. 497 s.

[17] Cf. PFORDTE, «»Outsorcing of Investigations?« Anwaltskanzleien als Ermittlungshilfen der Staatsanwaltschaft», en ARBEITSGEMEINSCHAFT STRAFRECHT DES DAV (ed.), *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, 2009, p. 740; WASTL/LITZKA/PUSCH, *NStZ*, (2), 2009, p. 70; MONTIEL, «Sentido y Alcance de las Investigaciones Internas en la Empresa», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Catolica de Valparaíso*, (XL), 2013, p. 270; GÓMEZ MARTÍN, «Compliance y Derechos de los Trabajadores», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, 2014, p. 231; NIETO MARTÍN, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa* pp. 260 s.; en el derecho estadounidense, véase: GRIFFIN, «Inside-Out Enforcement», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom*, New York University Press, New York, 2011, pp. 110 ss.

[18] Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 2017, p. 19; BEULKE/SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 2020, p. 377.

[19] MONTIEL, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Catolica de Valparaíso*, (XL), 2013, p. 270; NIETO MARTÍN, *Diario La Ley*, (8120), 2013, p. 4; MOOSMAYER, en *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance* p. 137.

4. Derecho a no autoincriminarse y su eficacia entre particulares

Si se reconoce una irradiación incondicional de los derechos fundamentales de defensa en las investigaciones internas[20], el deber de rendir cuentas del empleado debería mitigarse en favor de la prevalencia del derecho a no declarar en la relación laboral. Por lo cual, el dilema del empleado se solucionaría sin mayores problemas: la decisión de declarar o de guardar silencio seguiría la lógica del ejercicio de una facultad, y no la de una obligación jurídica de colaborar.

En cuanto a los procedimientos privados, conviene recordar que los derechos fundamentales, según su tradicional finalidad de imposición de límites al poder estatal, solo rigen de forma inmediata las relaciones entre el Estado y los ciudadanos[21], y conforme al art. 53.1. CE los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I «vinculan a todos los poderes públicos». Por otra parte, no se ignora el movimiento creciente que aboga por la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares[22], lo que ya ha encontrado algún soporte en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en cuanto a algunas perspectivas de las relaciones laboral y asociativa[23].

De cualquier forma, la observancia del derecho a no autoincriminarse entre particulares dependerá aquí, en gran medida, tanto de la delimitación del contenido y alcance de la garantía como de su eficacia horizontal (*Drittwirkung*)[24].

La libertad de autoincriminación se manifiesta por los derechos que titulariza el investigado criminal a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE). Dado que ello encuentra sus orígenes en la transformación del estatus del acusado en el proceso penal –de mero objeto de prueba a un auténtico sujeto de derechos[25]–, estamos aquí esencialmente ante una declaración de respeto por la dignidad de la persona humana[26], además de una manifestación concreta del derecho a la presunción de inocencia[27]. Pero también los derechos de la personalidad

---

[20] Especialmente JULIÀ PIJOAN, «Un por qué a la observancia de las garantías procesales en las investigaciones internas», *RVDPA*, (3), 2021, pp. 371 ss. En sentido similar, NIEVA FENOLL, *Jueces para la Democracia*, (86), 2016, p. 85.

[21] KINGREEN/POSCHER, *Grundrechte Staatsrecht II*, 2020, nm. 238; JARASS/KMENT, *Jarass/Pieroth Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2020, Art. 1, nm. 48, con referencia a la decisión BVerfGE 148, 267, nm. 32.

[22] Cf. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 5ª ed., 2021, pp. 140 ss.

[23] Especialmente en relaciones laborales, véase: STC (Sala Segunda) 1/1998, de 12 de enero (BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1998); STC (Sala Segunda) 140/1999, de 22 de julio (BOE núm. 204, de 26 de agosto de 1999); STC (Sala Segunda) 224/1999, de 13 de diciembre (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2000); STC (Sala Primera) 153/2000, de 12 de junio de 2000 (BOE núm. 165, de 11 de julio de 2000); STC (Sala Primera) 55/2004, de 19 de abril de 2004 (BOE núm. 120, de 18 de mayo de 2004); STC (Sala Primera) 5/2007, de 15 de enero (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007); etc. En cuanto a las relaciones internas de las asociaciones: STC (Sala Segunda) 218/1998, de 16 de noviembre de 1998 (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1998); STC (Sala Segunda) 56/1995, de 6 de marzo de 1995 (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 1995); STC (Sala Segunda) 104/1999, de 14 de junio de 1999 (BOE núm. 162, de 8 de julio de 1999); etc.

[24] Con más detalles, DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2021, pp. 140 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de derecho procesal penal*, 7ª ed., 2019, pp. RB-5.3 ss.

[25] STC (Pleno) 197/1995, de 21 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996), FJ 6; ASENCIO GALLEGO, *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, 2017, pp. 249 ss.

[26] BVerfG, *NStZ*, 1984, p. 82; BGHSt 5, 332 (333); ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 2017, p. 199; ROGALL, «136a», en WOLTER (ed.), *SK-StPO*, t. II, 5ª ed., 2016, nm. 3.

[27] STC (Pleno) 197/1995, de 21 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996), FJ 6; STC (Pleno) 161/1997, de 2 de octubre (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997), FJ 5; STC (Sala Primera) 18/2005, de 1 de febrero (BOE

(art. 18 CE) y el principio del Estado de Derecho (art. 1 CE) legitiman la libertad de autoincriminación[28]. Lo que importa por ahora es tener claro que una violación a esta libertad conlleva en el derecho español la ilicitud de la obtención de la declaración y, por consiguiente, la exclusión de la prueba en el proceso, según el art. 11 LOPJ[29].

Cabe resaltar que la doctrina del Tribunal Constitucional no restringe la presunción de inocencia y la garantía a no autoincriminación únicamente al proceso penal y las ha extendido también a otros tipos de actividad administrativa sancionadora[30]. Ello no permite concluir sin más que también despliegan su eficacia en las relaciones entre particulares[31], pues el campo de aplicación natural de los derechos fundamentales de defensa es el proceso penal (y, por extensión, el procedimiento administrativo sancionador), razón por la cual ya se dictaminó que la presunción de inocencia no puede alegarse *prima facie* en el ámbito de las relaciones laborales[32]. Por otro lado, en cuanto al ámbito de protección de la libertad de autoincriminación, no se puede ignorar que el deber laboral de rendir cuentas tiene un carácter contractual, distintamente del deber legal de colaboración inherente a muchos procedimientos públicos de naturaleza sancionadora. Esta observación se relaciona bien con la jurisprudencia que rechaza la aplicabilidad del derecho a no declarar contra sí mismo en el proceso laboral[33].

Los argumentos en favor de una eficacia horizontal de la libertad de autoincriminación se han refinado sucesivamente, sobre todo para abarcar las investigaciones internas. De ahí que se ponga de relieve precisamente la necesidad de garantizar una mínima igualdad de armas en favor del trabajador, que le permita fácticamente contraponerse a la concentración de poder de la empresa[34]. Este argumento efectivamente ha llamado la atención, sobre todo después de que la jurisprudencia más resistente sobre el tema ha comenzado a seguir este camino. El Tribunal Constitucional Federal alemán, tradicionalmente más conservador que su homólogo español, ha empezado a admitir la posibilidad de exigir a las empresas el respeto de ciertos derechos fundamentales, cuando estas pasen a ocupar una posición dominante comparable a la del Estado[35].

núm. 53, de 3 de marzo de 2005), FJ 2; STC (Sala Primera) 142/2009, de 15 de junio (BOE núm. 172, de 17 de julio de 2009), FJ 3; STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021), FJ 4.

[28] BEULKE/SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 2020, p. 99; ROGALL, «136a», en *SK-StPO*, t. II, nm. 3s. Con relación al principio del Estado de Derecho, véase: BVerfGE 56, 37 (43), BVerfGE 38, 105 (113). En cuanto a los derechos generales de personalidad, BVerfGE 56, 37 (41) ss.; BVerfGE 95, 220 (241).

[29] Cf. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de derecho procesal penal*, 2019, p. RB-14.4.

[30] A propósito del tema, la reciente STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021).

[31] Según la STS 349/2013, Penal, de 19 de abril (ECLI: ES:TS:2013:2098), ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibañez), FJ 1, el *nemo tenetur* «solo juega en las relaciones directas con autoridades como la judicial o la policial». En el mismo sentido, la ATS, Penal, 632/2018, de 12 de abril (ECLI: ES:TS:2018:6658A), ponente: Manuel Machena Gómez, FJ 1; cf. TEJADA PLANA, *Investigaciones Internas, Cooperación y Nemo Tenetur*, 2020, pp. 149 s.

[32] Véase la STC (Sala Primera) 30/1992, de 18 de marzo (BOE núm. 87, de 09 de abril de 1992), FJ 7; además de la STC (Sala Primera) 153/2000, de 12 de junio (BOE núm. 165, de 11 de julio de 2000), FJ 2; y STC (Sala Primera) 186/2000, de 10 de julio (BOE núm. 192, de 11 de agosto de 2000), FJ 10.

[33] Por ejemplo, la STSJ Comunidad Valenciana 661/2016, Social, de 22 de marzo (ECLI: ES:TSJCV:2016:2031), FJ 2 4.; cf. TEJADA PLANA, *Investigaciones Internas, Cooperación y Nemo Tenetur*, 2020, p. 155.

[34] ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, p. 266; JULIÀ PIJOAN, *RVDPA*, (3), 2021, p. 342, con referencia a la STS 489/2018, Penal, de 23 de octubre (ECLI: ES:TS:2018:3754), ponente: Antonio del Moral Garcia, FJ 14.

[35] BVerfG, *NJW*, 2020, p. 300, nm. 88 – Derecho al Olvido I; cf. BVerfGE 148, 267, nm. 33; BUMKE/VOßKUHLE, *Casebook Verfassungsrecht*, 8ª ed., 2020, nm. 210 s.; JARASS/KMENT, *Jarass/Pieroth GG*, 2020, Art. 2, nm. 57.

Sin embargo, es preciso aquí adoptar una posición de cautela. Primero, porque la reciente evolución jurisprudencial todavía es muy centrada en el desarrollo del derecho al olvido en un contexto de la era digital en el que pocas empresas han dominado la circulación de la información. Segundo, sigue siendo necesario reflexionar sobre el sentido liberador original de la libertad de autoincriminación para que no adquiera un sentido completamente distinto entre privados, generando consecuencias indeseables[36]. Después de todo, una trasposición del derecho al silencio al ámbito laboral facultaría al trabajador a incumplir legítimamente sus deberes legales o contractuales, deteriorando de modo significativo la seguridad jurídica de las relaciones de empleo[37]. Tercero, cabe aquí recordar que no se puede confundir el rango constitucional de la libertad de autoincriminación con el contenido del instituto jurídico, cuyo consenso aún no se ha alcanzado en la doctrina con respecto a su ámbito de protección[38]. Hasta aquí, lo único incontestable es el concepto protector de la libertad de autoincriminación, que regula la relación Estado-ciudadano en el marco de interrogatorios realizados por autoridades en procedimientos penales[39] o sancionadores[40]. Por todo ello, las divergencias que permean el contenido de la libertad de autoincriminación recomendarían buscar una solución metodológicamente más conservadora[41]. A pesar de su indiscutible desarrollo, un enfoque basado en la eficacia horizontal de los derechos fundamentales todavía no resulta suficientemente sólido.

Ello explica que hasta ahora haya prevalecido la concepción de que los derechos fundamentales de defensa no operan efectos inmediatos entre privados[42]. En este sentido, con respecto de la libertad de autoincriminación, el Tribunal Supremo español, en su Sentencia n.º 489/2018 –si bien como *obiter dicta*–, ha manifestado que «por definición algunos derechos fundamentales solo son oponibles al poder estatal (derecho a no confesarse culpable –con algún matiz–, y en

---

[36] Cf. DÍEZ-PICAZO, «Sobre la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales», en GARCÍA DE ENTERRÍA/ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, t. I, 2012, p. 149.

[37] MONTIEL, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Catolica de Valparaíso*, (XL), 2013, p. 270.

[38] Cf. GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 9; BUCHHOLZ, *Der nemo-tenetur-Grundsatz*, 2018, p. 5; EIDAM, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 2007, p. 2. Acerca de la concepción estrictamente procesal del *nemo tenetur* que predomina en Europa, véase GOENA VIVES, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa», *RECPC*, (23-22), 2021, p. 12.

[39] ASENCIO GALLEGO, *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, 2017, pp. 249 ss.; cf. KASISKE, «Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess», *JuS*, (1), 2014, p. 19 s.; ROGALL, «136a», en *SK-StPO*, t. II, nm. 6; TRÜG, «Unternehmen als Beschuldigte - nemo tenetur?», *StV*, (11), 2020, p. 782.

[40] STC (Pleno) 197/1995, de 21 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996), FJ 7; STC (Sala Segunda) 74/2004, de 22 de abril (BOE núm. 120, de 18 de mayo de 2004), FJ 2; STC (Sala Primera) 272/2006, de 25 de septiembre (BOE núm. 256, de 26 de octubre de 2006), FJ 3; STC (Sala Primera) 142/2009, de 15 de junio (BOE núm. 172, de 17 de julio de 2009), FJ 3; STC (Sala Segunda) 54/2015, de 16 de marzo (BOE núm. 98, de 24 de abril de 2015), FJ 7; STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021), FJ 4. En el ámbito europeo, véase SSTEDH *Saunders v. Reino Unido*, de 17 de diciembre de 1996 (solicitud 19187/91), § 74; *I.J.L. y otros v. Reino Unido*, de 19 de septiembre de 2000 (solicitudes 29522/95, 30056/96 y 30574/96), § 82 y 83; *Funke v. Francia*, de 25 de febrero de 1993 (solicitud 10828/84); *J.B. v. Suiza*, de 3 de mayo de 2001 (solicitud 31827/96); y *Shannon v. Reino Unido,* de 6 de abril de 2004 (solicitud 67537/01).

[41] GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 15; cf. ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, p. 253.

[42] A propósito de ello, la STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 6: «Pero más allá del fecundo debate dogmático acerca de los que se ha llamado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del estado en el castigo nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una o otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría».

general, derecho a un proceso con todas las garantías)»[43]. A pesar de la claridad de la regla general –es decir, que el derecho a no autoincriminarse no afecta a las relaciones entre particulares y que tales declaraciones incriminatorias pueden valorarse en el proceso–, «algún matiz» podría justificar una excepción en favor de una eficacia irradiante. Merece la pena intentar determinar ese matiz.

De hecho, se ha considerado necesario recurrir excepcionalmente a una cierta eficacia entre particulares del derecho a no autoincriminarse. Pese a la posición que sostiene la eficacia horizontal cuando el particular obtiene la prueba como resultado de una infracción penal[44], ha prevalecido en la doctrina procesal penal una interpretación más restrictiva. Precisamente, para el supuesto en que un particular obtiene una declaración autoincriminatoria, no solamente por métodos prohibidos por la ley procesal penal, sino, en especial, mediante una violación extrema de la dignidad humana del interrogado –como con el empleo de tortura o a través de un encarcelamiento[45]–. De ahí que un menoscabo de tal magnitud a la dignidad humana –de gravedad análoga a la lesión del núcleo esencial de la libertad de autoincriminación– debe justificar la consecuencia procesal de prohibir el uso de la declaración, según una aplicación analógica del art. 11 LOPJ[46] y sin perjuicio de la infracción penal de ahí resultante.

Todo ello, asimismo, es conforme con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para el que los elementos de cargo (ya sean confesiones o pruebas materiales) obtenidos por medio de actos de violencia o brutalidad u otras formas de trato que puedan calificarse como actos de tortura no deben ser admisibles como prueba de la culpabilidad del acusado[47]. Incluso más recientemente, en el caso *Ćwik c. Polonia*, de 5 de febrero de 2021[48], el Tribunal de Estrasburgo confirmó que esta jurisprudencia es igualmente aplicable a las pruebas obtenidas por particulares como resultado de los malos tratos prohibidos por el art. 3 CEDH. Así pues, únicamente una violación extrema a la dignidad de la persona humana puede justificar la eficacia directa de la libertad de autoincriminación entre particulares.

5. Prohibición probatoria de la declaración autoincriminatoria

A partir de lo expuesto, se llega a un resultado intermedio, según el cual el deber del empleado de rendir cuentas de los hechos relacionados a su ámbito de trabajo inmediato continua siendo exigible en ámbito laboral, por lo que la declaración autoincriminatoria del empleado –realizada durante la entrevista con el empresario y bajo la amenaza de despido– no conlleva directamente

[43] STS 489/2018, Penal, de 23 de octubre (ECLI: ES:TS:2018:3754), ponente: Antonio del Moral Garcia, FJ 14.

[44] JAHN, *Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt*, t. I, 2008, pp. C102 s.; EL MISMO, «Ermittlungen in Sachen Siemens/SEC», *StV*, (1), 2009, p. 45.

[45] Esto se daría, según el ejemplo de BEULKE/SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 2020, pp. 377 s., en el caso del marido de una víctima asesinada que arranca la confesión del agresor mediante tortura. Véase también SCHMITT, *Meyer-Goßner/Schmitt StPO*, 64ª ed., 2021, 136a, nm. 3; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 2017, pp. 191 s. Por otro lado está la propuesta de JAHN, lo cual aboga por una eficacia horizontal de la libertad de autoincriminación en el caso de ilícito penal en la obtención de pruebas por parte de particulares, cf. JAHN, *StV*, (1), 2009, p. 45; EL MISMO, *Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt*, t. I, 2008, p. C102.

[46] En el sentido de una aplicación analógica de las reglas de exclusión probatoria, cf. MENDE, *Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat*, 2000, p. 245; BGH, *NStZ*, 1999, p. 150.

[47] STEDH *Jalloh c. Alemania*, de 11 de julio de 2006 (solicitud 554810/00), § 99; en el mismo sentido, SSTEDH *Göçmen c. Turquía*, de 17 de octubre de 2006 (solicitud 72000/01), § 74; *Harutyunyan c. Armenia,* de 28 de junio de 2007 (solicitud 36549/03), § 63.

[48] STEDH *Ćwik c. Polonia,* de 5 de febrero de 2021 (solicitud 31454/10), § 89.

una violación del derecho a la no autoincriminación. Así, se considera lícita la obtención de la declaración por el empresario, salvo que fuera resultado de una violación extrema de la dignidad humana del empleado. Independientemente de su tipificación penal, esta hipótesis extrema justificaría la eficacia de la libertad de autoincriminación entre particulares y, como consecuencia de su violación, la prohibición del uso de la prueba en el proceso (art. 11 LOPJ). Luego, sería cuestionable si, más allá de una violación extrema a la dignidad humana, los resultados de las investigaciones internas –específicamente las declaraciones autoincriminatorias del empleado– pueden utilizarse como prueba en el proceso penal.

Hasta aquí la duda se mantiene prácticamente intacta. Aparte de una situación extrema, la libertad de autoincriminación del empleado no prevalece sobre el legítimo interés del empresario de obtener informaciones sobre el ámbito de trabajo inmediato de su empleado. Pero una cosa es la legitimidad de exigir la declaración del empleado para fines civiles o laborales, y otra es su utilización en el proceso penal[49]. Pues, aun cuando la declaración autoincriminatoria se produzca legítimamente en la relación laboral, de ello no puede inferirse la posibilidad de su utilización en el proceso penal.

A este propósito, cabe fijar que «solo los actos de naturaleza jurisdiccional son susceptibles de integrar la apreciación probatoria por el órgano decisorio»[50]. Luego, de la declaración del empleado en la empresa no se puede extraer directamente ningún valor probatorio[51]. Por eso, las autoridades suelen incorporar los resultados de la investigación privada en el procedimiento penal con arreglo a un medio de prueba válido, bien aportando el acta de la entrevista o la respectiva grabación audiovisual, o bien requiriendo el testimonio de los investigadores privados.[52] Es, en este sentido, que se discutirá aquí la utilización o el aprovechamiento procesal de la entrevista del empleado.

Aun así, procede establecer límites a la utilización de estas declaraciones, so pena de estimularse un panorama favorable a la privatización desregulada de la persecución penal y a un método de investigación suficientemente conveniente a eludir los derechos de defensa[53]. De manera que a continuación se investigará cómo una posible elusión de la libertad de autoincriminación –legítima en su origen desde un punto de vista del derecho laboral– puede proyectar efectos sobre el proceso penal. El debate se centra ahora completamente en un marco normativo más homogéneo, es decir, en la intersección entre los derechos fundamentales y el derecho procesal

[49] De modo similar, subrayándose la distinción en la valoración de informaciones entre los derechos laboral y procesal penal, la STC (Sala Primera) 153/2000, de 12 de junio de 2000 (BOE núm. 165, de 11 de julio de 2000), FJ 2; y la STC (Sala Primera) 186/2000, de 10 de julio (BOE núm. 192, de 11 de agosto de 2000), FJ 10: «En efecto, cuando el empresario sanciona con el despido una conducta del trabajador constitutiva de incumplimiento grave y culpable de la relación contractual, no se halla en juego, en puridad, la inocencia o culpabilidad del trabajador despedido, ni, en consecuencia, la actividad probatoria producida en el proceso laboral emprendido frente al acto extintivo se encamina a destruir la presunción de inocencia garantizada por el art. 24.2 CE, sino, más sencillamente, a justificar el hecho o hechos causantes del despido y su atribución al trabajador».

[50] STS 980/2016, Penal, de 11 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:16), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 2 B.

[51] cf. PRIETO GONZÁLEZ, en *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, pp. 1114 s.

[52] Cf. AYALA GONZÁLEZ, «Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?», *InDret*, (2), 2020, pp. 289 s.

[53] Al revés de circunvalación, cf. NIETO MARTÍN, *Diario La Ley*, (8120), 2013, p. 11, se prefiere aquí el término elusión para referirse a la acción y efecto de evitar con astucia la obligación jurídica.

penal. Pues es ahí donde se originan y evolucionan las ideas clave de los derechos de defensa y de las prohibiciones probatorias como garantía de los derechos fundamentales.

Teniéndose en cuenta este contexto, distintas propuestas llevarían a la prohibición de utilización de las confesiones delictivas del empleado en el proceso penal[54]. Entre las dos principales, se señala la que se fundamenta en una violación al derecho a un proceso equitativo (5.1) y la que se basa en la imputación al Estado de la violación a la libertad de autoincriminación por el particular en una investigación interna (5.2).

5.1. Juicio de ponderación con fundamento en el derecho a un proceso equitativo

Hay que considerar inicialmente la propuesta que, dejando de lado el derecho a la no autoincriminación, sustenta las prohibiciones probatorias directamente a partir de una violación al derecho fundamental a un juicio justo o proceso equitativo (art. 24.2 CE y art. 6 CEDH).

Según sus defensores, su gran ventaja radicaría justamente en la estructura normativa del derecho a un juicio justo, el cual funcionaría mucho más como un principio ponderable que como una regla rígida[55]. De donde resulta que este derecho, funcionando como un mandato de optimización, podría conjugar mejor los intereses contrapuestos[56]. Es decir, ello le permitiría adaptarse mejor al caso concreto –a través de la conocida técnica de ponderación– para proporcionar una solución materialmente más justa, tomándose en cuenta tanto los intereses afectados –incluso de terceros– como las circunstancias que puedan llevar a eludir la libertad de autoincriminación o la reducción de los derechos de defensa[57]. En particular, el juicio de ponderación debe basarse ordinariamente sobre el valor o gravedad del acto ilícito, su trascendencia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la idea de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio[58].

Sin embargo, para que se verifiquen los estándares exigidos de un proceso equitativo, incluso por influjo de la jurisprudencia del TEDH, se hace necesario valorar el proceso globalmente[59]. En este contexto, ha sido justamente la integridad del proceso penal, como proceso equitativo y justo, la que ha subsidiado el juicio ponderativo en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prueba ilícita[60]. De donde se infiere que las prohibiciones probatorias –resultantes de vulnerar la garantía del proceso debido del art. 24.2 CE– se destinarían a restaurar la justicia procedimental,

---

[54] Cf. WASTL/LITZKA/PUSCH, *NStZ*, (2), 2009, p. 68; NIETO MARTÍN, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa* p. 255. Más allá de las dos que se presenta en este artículo, debería mencionarse aun la existencia de una propuesta inspirada en los principios de la sentencia del deudor fallido (*Gemeinschuldner*) del Tribunal Constitucional Federal alemán. Pero que aquí no se analizará, dado que ella no ha sido acogida ni siquiera en el derecho alemán. Más detalladamente, cf. GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, pp. 11 ss.; ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, pp. 251 ss.

[55] Cf. GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 9.

[56] KNAUER/GAUL, «Internal investigations und fair trial - Überlegungen zu einer Anwendung des Fairnessgedankens», *NStZ*, (4), 2013, p. 193.

[57] WEWERKA, *Internal Investigations*, 2012, p. 321.

[58] EDER, *Beweisverbote und Beweislast im Strafprozess*, 2015, p. 87.

[59] ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, p. 259 con referencia a la decisión STEDH [Gran Cámara] *Ibrahim* et al. *v. Reino Unido,* de 13 de septiembre de 2016 (solicitudes 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09), § 251.

[60] STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019), FFJJ 3.B.a, 4.b («Lista Falciani»).

o sea, el equilibrio y la igualdad de las partes, además de disuadir órganos públicos y particulares de practicar violaciones a los derechos fundamentales[61].

Este enfoque, aunque sugerente, no resulta plenamente convincente. Pese a que el proceso equitativo y su juicio de ponderación funcionen como un argumento teórico relevante en favor de la exclusión probatoria, se observa, por otro lado, que en la práctica ellos han servido mucho más para justificar la admisibilidad de la prueba[62]. Después de todo, no ha de olvidarse que ha sido por medio de la técnica de ponderación que la jurisprudencia ha favorecido la idea del funcionamiento efectivo del sistema de justicia criminal (interés público en la obtención de la verdad), tal como cuando incorpora a la regla de exclusión las excepciones de buena fe, fuente independiente o de la conexión atenuada[63]. Por todo ello se considera que incluso las pruebas obtenidas ilícitamente por particulares (por ejemplo, mediante robo o utilizando métodos prohibidos por la ley procesal) son en general admisibles en el proceso penal, puesto que la regla de exclusión solo tiene sentido como elemento de disuasión frente a los abusos del Estado en la investigación criminal[64].

De hecho, esta comprensión ha sido definitivamente incorporada a la jurisprudencia española en el caso Falciani, a partir del cual se admitió la valoración en el proceso penal de una fuente de prueba obtenida ilícitamente por un particular, con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas[65]. A la vista de que, hasta entonces, la mayoría de las decisiones seguían una línea completamente distinta –es decir, en el sentido de excluir «la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales»[66]– no ha sido en vano que el giro jurisprudencial haya causado una cierta perplejidad en la doctrina[67].

---

[61] STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019), FJ 2.c.

[62] Cf. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 2017, pp. 177 s.

[63] Cf. BACHMAIER WINTER, «Spain: The Constitutional Court's Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing», en THAMAN (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, 2013, p. 217; cf. AGUILERA MORALES, «Regla de Exclusión y Acusatorio», en BACHMAIER WINTER (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, 2008, pp. 105 s.; acerca de la neutralización de las prohibiciones probatorias en el derecho alemán, cf. GRECO, «Warum gerade Beweisverbot? Ketzerische Bemerkungen zur Figur des Beweisverwertungsverbots», en STEIN/GRECO/JÄGER/WOLTER (eds.), *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung: Festschrift für Klaus Rogall*, 2018, pp. 509 ss.; en cuanto al derecho estadounidense, POUCHAIN, *La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita*, 2020, pp. 87 ss.

[64] Cf. STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 6; MOSQUERA BLANCO, «La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de Febrero.», *InDret*, (3), 2018, p. 19.

[65] STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 6, avalada por el Tribunal Constitucional en la STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019), que serán estudiadas con más detalles en la subepígrafe "c" del subtítulo 5.2.

[66] Cf. STS 239/2014, Penal, de 1 de abril (ES:TS:2014:1741), ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; STS 569/2013, Penal, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2013:569), ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibañez; y STS 1066/2009, Penal, de 4 de noviembre (ES:TS:2009:7129), ponente: José Antonio Martín Pallín.

[67] Entre otros, cf. RODRÍGUEZ RAMOS, «¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus?», *Diario La Ley*, (8974), 2017, pp. 1 ss.; MOSQUERA BLANCO, *InDret*, (3), 2018, pp. 1 ss.; ASENCIO MELLADO, «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita», *Diario La Ley*, (9499), 2019, pp. 1 ss.

Con ello queda claro que la vaguedad de los criterios rectores del juicio de ponderación ha llevado a la jurisprudencia a conclusiones contradictorias y, sobre todo, imprevisibles[68]. De manera que se presenta preferible la búsqueda de otro fundamento, el cual pueda justificar una prohibición probatoria directamente a causa de una vulneración de los derechos fundamentales, aquí manifestada por la libertad de autoincriminación[69]. Ello permitiría también comprender mejor los resultados alcanzados por la doctrina Falciani.

5.2. Imputación al Estado de los resultados de la investigación privada

Para considerar una prohibición probatoria es necesario ir más allá de los planteamientos anteriores y examinar hasta qué punto se puede atribuir al Estado el resultado de las investigaciones internas. A diferencia de la propuesta de la eficacia entre particulares del *nemo tenetur*, la presente propuesta pretende basarse tanto en el contenido consensuado de la libertad de autoincriminación como en su indiscutible ámbito de protección. De donde se infiere que, si se puede vincular al Estado la coacción privada que resulta en el testimonio autoincriminación, la relación original de derecho privado entre empleado y empleador se convertiría en una relación jurídico-pública sometida a los efectos clásicos de los derechos fundamentales. Por consiguiente, la libertad de autoincriminación se emplearía directamente, según su tradicional ámbito de protección (art. 24.2. CE) y, enseguida, las disposiciones del art. 11 LOPJ para prohibir la utilización de la entrevista como consecuencia de su vulneración.

Después de constatarse la coacción en desfavor de los empleados en las entrevistas de las investigaciones internas, ha de cuestionarse cómo justificar la imputación de los resultados de la investigación interna al Estado –aquí, una autoincriminación forzada por la acción privada–.

a. Fundamento general de la imputación procesal penal

La libertad de autoincriminación se vería afectada siempre que la actividad de investigación privada sea atribuible al Estado. La teoría de la imputación se legitima esencialmente en la idea de evitar que se eluda el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos fundamentales, definida por el Tribunal Federal de Justicia alemán como «el proceder que utiliza una vía que no está expresamente prohibida, pero que alcanza un resultado que la ley desaprueba»[70]. A este respecto, frente a un caso de elusión de una norma, deben aplicarse las mismas consecuencias que corresponden a su violación[71].

En este sentido, los esfuerzos de la doctrina continental europea por desarrollar soluciones, según una teoría de imputación, son prometedores[72], aunque todavía no hay consenso sobre qué

---

[68] Cf. EISENBERG, *Beweisrecht der StPO*, 2017, nm. 367; EDER, *Beweisverbote und Beweislast im Strafprozess*, 2015, p. 91; GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 10.

[69] ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, p. 260.

[70] En la decisión de la trampa de la escucha (*Hörfallen*), cf. BGHSt (GrS) 42, 139 (148) = *NJW*, 1996, p. 2941, en cuyo caso la policía indujo al acusado a hacer una declaración autoinculpatoria en una entrevista fuera de un interrogatorio formal mediante una conversación telefónica escuchada en secreto entre él y una persona privada. Acerca del tema, véase también BGHSt 38, 214 (226).

[71] Cf. BGH, *NStZ*, 1996, p. 202 acerca de la elusión de la advertencia sobre el derecho al silencio.

[72] Cf. WASTL/LITZKA/PUSCH, *NStZ*, (2), 2009, pp. 70 ss.; PFORDTE, en *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, 2009, p. 755; REBB, *Internal Investigations: Neue Tendenzen privater Ermittlungen*, 2011, pp. 7 ss.; KASPAR, «Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung», *GA*, 2013, pp. 214 ss.; ZERBES,

criterios serían decisivos para una imputación[73]. Entre ellos se encuentran los modelos de atribución del derecho penal sustantivo, sobre todo los de causalidad, imputación objetiva o autoría y participación. E incluso se han llegado a invocar figuras del derecho administrativo para evitar una «huida hacia el derecho privado»[74]. Estos diferentes enfoques de imputación pueden, en efecto, proporcionar ideas para una imputación procesal penal. Sin embargo, estas construcciones a menudo no van más allá de los fundamentos ya tomados en cuenta por la jurisprudencia sobre la imputación de hechos al Estado[75].

Desde su génesis, la construcción de la imputación se conformó de tal modo para abarcar la conducta *ilícita* de los particulares[76]. A finales de los años ochenta, el Tribunal Federal de Justicia alemán ya había reconocido un criterio de imputación, concretamente en el caso de investigadores privados que actuaban *en nombre* de las autoridades investigadoras[77]. Posteriormente, este razonamiento fue reforzado en el caso de la vidente[78], cuando se discutió sobre la utilización de las declaraciones autoinculpatorias realizadas por una acusada a su compañera de prisión preventiva, la cual actuaba *por encargo* de las autoridades policiales. El tribunal se pronunció en el sentido de aplicar, por analogía, el derecho fundamental a no autoincriminarse. En síntesis, el motivo principal, brindado por la jurisprudencia alemana a fin de justificar la aplicabilidad de los derechos fundamentales a las pruebas recolectadas por investigadores privados, ha sido la existencia de un *encargo deliberado* o circunstancia análoga, a partir del cual el particular se convierta en un *instrumento* de los órganos de persecución penal[79]. Esta comprensión fue incorporada posteriormente por la jurisprudencia española[80]. En el caso Guateque, el Tribunal Supremo español entendió que el particular también había actuado

---

«Unternehmensinterne Untersuchungen», *ZStW*, (3), (125), 2013, pp. 565 ss.; ANDERS, *wistra*, (9), 2014, pp. 333 s.; KASISKE, «Mitarbeiterbefragungen im Rahmen interner Ermittlungen - Auskunftspflichten und Verwertbarkeit im Strafverfahren», *NZWiSt*, (7), 2014, pp. 267 s.; GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, pp. 12 ss.; ROGALL, «Vor § 133», en *SK-StPO*, t. II, nm. 140; KOTTEK, «Unternehmensinterne Compliance-Ermittlungen», *wistra*, (1), 2017, pp. 14 ss.; ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, pp. 237 ss.

[73] Cf. NIENABER, *Umfang, Grenzen und Verwertbarkeit compliancebasierter unternehmensinterner Ermittlungen*, 2019, p. 128; BARANOWSKI, *Die Kodifikation von Internal Investigations*, 2021, p. 87.

[74] Con relación a particulares contratados como asistentes administrativos (*Verwaltungshelfer*), véase: EIDAM, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 2007, pp. 87 ss.; WEWERKA, *Internal Investigations*, 2012, pp. 246 s.; STOFFER, *Wie viel Privatisierung „verträgt" das strafprozessuale Ermittlungsverfahren?*, 2016, pp. 270 ss.; en general sobre la figura aludida, MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, 2021, Art. 1 Abs. 3, nm. 101; MAURER/WALDHOFF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2020, § 23, nm. 61 ss.

[75] HILLE, *Die Kooperation von Unternehmen mit deutschen Strafverfolgungsbehörden*, 2020, p. 201. Crítico a esto, JAHN, *StV*, (1), 2009, p. 45, que no se ha convencido de los principios de la jurisprudencia.

[76] JAHN, *Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt*, t. I, 2008, pp. C100 ss.

[77] A propósito de ello, la decisión de la celda de detención, cf. BGHSt, 34, 362 (364) = *NJW*, 1987, p. 2526, en cuyo contexto se debatió si las declaraciones autoinculpatorias de un acusado a investigadores privados encubiertos constituyen una violación del principio del *nemo tenetur*. Cf. JAHN, *Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt*, t. I, 2008, p. C101; ROGALL, «§ 136a», en *SK-StPO*, t. II, nm.12; BEULKE/SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 2020, pp. 379 ss.

[78] BGHSt 44, 129 (133 ss.) = *NStZ, 1999*, pp. 149 ss., en el que una vidente, condenada a varios años de cárcel por delito de drogas, prometió a sus compañeras de celda que utilizaría sus poderes mágicos para influir en las autoridades a fin de que las absolviesen o redujesen la condena.

[79] Cf. BGHSt 33, 217 (224). En cuanto al derecho estadounidense, el fundamento de atribución toma forma en la doctrina de la *state action*, abordada en la subepígrafe "b" del subtítulo 5.2, cf. ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, p. 13.

[80] Cf. STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 6: «El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico (...), ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado».

como «un verdadero instrumento» de los agentes de la Guardia Civil para conseguir grabar de forma subrepticia una determinada conversación con el acusado[81].

Desde otro punto de vista, hay autores que suponen una conexión –al menos indirecta– de la contribución privada al esclarecimiento de los hechos con la actividad estatal de investigación de los delitos, cuando los particulares actúan con la motivación de obtener una atenuación de responsabilidad penal[82]. Esa opinión, aunque respetable, no es la más coherente. No se puede ignorar que informantes y colaboradores también cooperan con las autoridades policiales para obtener recompensas penales y, en estos casos, la imputación al Estado no se justifica, en definitiva, solo por la simple cooperación[83]. A fin de que la conducta privada se atribuya al Estado en tales circunstancias, las acciones de este último deberían estar también motivadas por el deseo de obtener resultados de investigación eludiendo las garantías que limitan las actividades de investigación y enjuiciamiento; lo que no se deduce de la mera existencia de las normas de recompensas penales[84]. Por lo que, según la jurisprudencia comparada sobre este grupo de casos, la sola cooperación entre particulares y autoridades investigadoras no es suficiente para sustentar la imputación al Estado de la actuación privada[85]. Un encargo a este aspecto presupone que las autoridades estatales induzcan al particular a realizar determinadas medidas investigativas, que sean más o menos específicas en un caso individual. Lo decisivo es finalmente que la naturaleza y el alcance de la influencia estatal determinen cómo la investigación privada debe concretamente desarrollarse. Ello ocurriría, por ejemplo, cuando las autoridades participan en la etapa de planificación o ejercen una influencia mediata, controlando o dirigiendo al investigador privado que actúa en términos concretos[86].

b. Criterios de imputación en las investigaciones internas

Hechas estas consideraciones generales, cabe ahora analizar cómo podría adaptarse lo anterior a la realidad de las investigaciones internas. Como la idea de imputación se ha desarrollado para prohibir la utilización de pruebas *ilícitamente* obtenidas por particulares, ello no serviría en un primer momento para limitar el aprovechamiento estatal de los resultados de las investigaciones internas. A la postre, esas corresponden a una actuación lícita de las empresas[87] y son producto del régimen de autorregulación regulada de las personas jurídicas, según el art. 31 *bis* y ss. CP[88].

---

[81] STS 311/2018, Penal, de 27 de junio (ES:TS:2018:2290), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 1.7 («caso Guateque»).

[82] COLOMER HERNÁNDEZ, *Diario La Ley*, (9080), 2017, p. 14; ALCÁCER GUIRAO, «Retos para el Compliance Penal: Barbulescu, Falciani y el Reforzamiento de Garantías en el Proceso Penal», en CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/GUÉREZ TRICARICO/RODRÍGUEZ HORCAJO/J. BASSO (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, 2019, p. 43.

[83] Cf. ORTIZ, «La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia», *RBDPP*, (3), (1), 2017, pp. 53 ss.; NIENABER, *Umfang, Grenzen und Verwertbarkeit compliancebasierter unternehmensinterner Ermittlungen*, 2019, p. 132.

[84] Cf. ZAPFE, *Compliance und Strafverfahren*, 2013, p. 158.

[85] Cf. BGHSt 42, 139 = *NJW*, 1996, p. 2940.

[86] ECKHARDT, *Private Ermittlungsbeiträge im Rahmen der staatlichen Strafuerfolgung*, 2009, pp. 116 ss.

[87] En el sentido de que las investigaciones internas corresponden a una actuación privada lícita, véase ANDERS, *wistra*, (9), 2014, p. 333.

[88] Cf. COCA VILA, «¿Programas de compliance como autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 51 ss.; PRIETO GONZÁLEZ, en *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, p. 1106; AYALA GONZÁLEZ, *InDret*, (2), 2020, pp. 273 ss.

Por otro lado, la obtención de prueba por parte de la empresa, inicialmente legítima, puede convertirse en prohibida si puede vincularse a una actividad del Estado. La confluencia público-privada de la investigación es idónea para accionar el mecanismo de protección de los derechos fundamentales, comprobándose así si los derechos han sido vulnerados y, consecuentemente, si la prueba se ve alcanzada por la regla de exclusión (art. 11 LOPJ).

Dicho lo anterior, interesa observar el panorama del derecho estadounidense, donde se cuenta con una amplia experiencia en materia de investigaciones corporativas. Allí se reafirma la posición de que la sentencia *Garrity v. New Jersey*[89] también debería reglar las entrevistas con empleados en las investigaciones internas, sobre todo que las declaraciones bajo amenaza de despido han de definirse como involuntarias[90]. Siguiendo este punto de vista, la jurisprudencia menor de aquel país ya decidió que ese precedente puede aplicarse con igual fuerza a la conducta privada en una investigación corporativa que sea *adecuadamente atribuible* al Estado[91]. En otras palabras, se considera acción del Estado (*state action*) tanto la conducta de los órganos públicos, como la conducta del particular que es atribuible a las autoridades públicas[92].

Ello explica que la doctrina se haya esforzado en encontrar circunstancias equiparables, que permitan desarrollar criterios de imputación orientados hacia las investigaciones internas corporativas[93]. Lo que hace falta es identificar cuándo debe considerarse a la empresa como un instrumento o *brazo extendido* del Estado[94] y, en consecuencia, a la entrevista del empleado como realizada *por encargo* de las autoridades estatales.

Algunos autores españoles han basado sus propuestas de solución en el hecho de que la investigación interna responda al cumplimiento de normas abstractas, de las que derivaría un deber de llevar a cabo una investigación interna. De seguirse tal línea de pensamiento, los programas de cumplimiento reglados en el Código penal español deberían entenderse como una «alianza estratégica» entre la empresa y el Estado, en la que la persona jurídica asumiría las funciones de la policía[95], o bien suponer al menos a una vinculación de las investigaciones internas con las funciones encomendadas a los poderes públicos[96].

Sin embargo, pese a sus deberes de supervisión, vigilancia y control de las actividades de sus miembros para prevenir delitos, la persona jurídica solo se convierte funcionalmente en un instrumento de las autoridades si estas tienen conocimiento de las actividades investigativas privadas y le permiten actuar con la intención de que reemplacen las propias funciones del

---

[89] *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493 (1967). Véase en el título 2.

[90] PATTERSON, «Co-opted Cooperators: Corporate Internal Investigations and Brady v. Maryland», *Colum. Bus. L. Rev.*, (1), 2021, nm. 3; GRIFFIN, «Compelled Cooperation and The New Corporate Criminal Procedure», *N.Y.U. L. Rev.*, (82), (2), 2007, pp. 311 ss.

[91] *U.S. v. Stein (Stein II)*, 440 F. Supp. 2d 315, 326 s. (S.D.N.Y. 2006) con referencia a la decisión *Garrity v. New Jersey*; véase PATTERSON, *Colum. Bus. L. Rev.*, (1), 2021, p. 419 en su nota de pie 3.

[92] También con respecto de las investigaciones internas, cf. *US. v. Stein (Stein V)*, 541 F. 3d. 130, 152 n.11 (2d. Circ. 2008). Más detalladamente, en ESTRADA I CUADRAS, *InDret*, (4), 2020, pp. 238 s.

[93] KOTTEK, *wistra*, (1), 2017, p. 14.

[94] Cf. VerfGH RhPf, decisión de 24.02.2014 – VGH B 26/13, *NJW*, 2014, p. 1439; VILLEGAS GARCÍA, «Compliance, Protección del Informante e Investigaciones Internas», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. I, 2018, p. 250.

[95] ALCÁCER GUIRAO, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, p. 35;

[96] JULIÀ PIJOAN, *RVDPA*, (3), 2021, p. 343 ss.

Estado[97]. Estas dos condiciones no se reúnen a partir de la sola incidencia del deber jurídico de investigar. Es cierto que los incentivos que tienen las personas jurídicas para colaborar con la investigación de los hechos relacionados a su actividad empresarial hasta pueden dar causa al desarrollo de las investigaciones internas. Sin embargo, esto no supera el límite mínimo señalado por JAHN: la imputación presupone algo más que una mera causación[98]. Y más aún, la presión sobre el trabajador sospechoso resultante de una entrevista solo sería una consecuencia secundaria del sistema de obligaciones e incentivos –es decir, no es resultado de un desprecio deliberado de los derechos fundamentales[99]–. En última instancia, incumbe a la dirección de la propia empresa decidir llevar a cabo una investigación interna y en qué medida[100], además de especificar sobre si y cómo debe entrevistarse a sus empleados.

Sea como sea, dos fundamentos de imputación para las investigaciones internas se han incorporado gradualmente en la doctrina. De acuerdo con ellos, la declaración resultante de la coacción será siempre imputable al Estado, si las investigaciones internas son directamente inducidas por las autoridades investigadoras (*infra* b.1.); o si estas se quedan inertes –con el incumplimiento del principio de legalidad, esto es, del deber de iniciar una investigación oficial– para posteriormente aprovecharse de los resultados de la investigación empresarial[101] (*infra* b.2.).

b.1. Inducción estatal de la investigación interna

Fue el caso Siemens del año 2008 el que dio lugar a los primeros esfuerzos de clasificar los interrogatorios de empleados en el marco de las investigaciones internas como medidas *cuasi-estatales* para garantizar la libertad de autoincriminación en el proceso penal[102]. Las preocupaciones expresadas por WASTL, LITZKA y PUSCH[103] tuvieron una importancia especial en este contexto. Estos autores sostenían que la investigación de delitos mediante la incorporación direccionada de personas privadas también podría violar el principio del *nemo tenetur*[104]. A la vez que criticaron la permisividad de la jurisprudencia sobre la admisibilidad de las actividades de investigación privadas[105], advirtieron acerca de la creciente privatización de la persecución penal y del riesgo de eludirse los mecanismos de protección constitucional. Esto sería aún más preocupante si el Estado llegara a *inducir* a particulares al ejercicio de actividades de

---

[97] Cf. STOFFER, *Wie viel Privatisierung „verträgt" das strafprozessuale Ermittlungsverfahren?*, 2016, p. 326.

[98] JAHN, *Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt*, t. I, 2008, p. C101; cf. BGHSt 33, 217 (224).

[99] Cf. ZAPFE, *Compliance und Strafverfahren*, 2013, p. 159.

[100] Cf. NIETO MARTÍN, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, pp. 236 ss.

[101] La sistematización de estos criterios se inició por KOTTEK, *Die Kooperation von deutschen Unternehmen mit der US-amerikanischen Börsenaufsicht SEC*, 2012, pp. 134 ss., 143 ss. con respecto al aprovechamiento, así como pp. 150 ss. acerca de la inducción y luego fue aclarada con mayor precisión por GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, pp. 7 ss.; cf. ROGALL, «Vor § 133», en *SK-StPO*, t. II, nm. 140.

[102] DANN/SCHMIDT, «Im Würdegriff der SEC? Mitarbeiterbefragungen und die Selbstbelastungsfreiheit», *NJW*, (26), 2009, p. 1852, con referencia a la sentencia de la Corte de Apelaciones del segundo circuito, *U.S. vs. Stein* [541 F.3d 130 (2d Cir. 2008)]; cf. WASTL/LITZKA/PUSCH, *NStZ*, (2), 2009, p. 70; JAHN, *StV*, (1), 2009, p. 42; KNAUER/BUHLMANN, *AnwBl*, (6), 2010, p. 390; cf. MÜNKEL, *Mitarbeiteroffenbarungen im Strafprozess*, 2014, pp. 106 s.

[103] WASTL/LITZKA/PUSCH, *NStZ*, (2), 2009, pp. 68 ss.

[104] WASTL/LITZKA/PUSCH, *NStZ*, (2), 2009, p. 70.

[105] Acerca de los colaboradores, entre otras, BVerfGE 57, 250 (284); BGHSt 32, 150; 40, 211 (215); acerca de la trampa de la escucha, BGHSt 42, 139, también aquí acertadamente respecto a que el sentido y la finalidad de la advertencia sobre el derecho al silencio radica solamente en resguardar al investigado de la creencia de que existe un deber de declarar, que puede emerger por razón de un pedido oficial de información.

investigación de hechos delictivos[106]. Posteriormente, GRECO y CARACAS[107] definieron la inducción, caracterizándola como una *influencia activa* de los órganos de persecución sobre la empresa para el desarrollo de las investigaciones internas. En suma, se consideró que el ejercicio de esta influencia traería consigo un carácter implícito de amenaza de punición, de manera que hasta una solicitud no vinculante de informaciones concretizaría una presión de hecho sobre la empresa[108].

b.2. Espera ilícita para aprovechamiento de los resultados

Por otra parte, JAHN[109] y PFORDTE[110] fueron los primeros en afirmar que igualmente debería prohibirse el uso de pruebas si las autoridades estatales sacan provecho de la iniciativa de las empresas para investigar y reducen sus propios esfuerzos investigativos, con la principal finalidad de utilizar los hallazgos de los investigadores privados[111]. Pese a no iniciar su propia investigación, las autoridades mantienen la intención de acceder a los resultados de la investigación privada; ya sea mediante un testimonio selectivo de investigadores privados o a través de la incautación de las transcripciones de las entrevistas. Por tanto, esta situación debería equipararse a aquella en la que los investigadores privados hubieran actuado por encargo de las autoridades competentes para la investigación penal.

b.3. Síntesis de los criterios de imputación

Una imputación que vincule la investigación privada al Estado se muestra evidente en los supuestos en los que hay una clara participación de las autoridades en la acción del particular o en los que el investigador privado recibe un encargo específico de los órganos públicos, actuando fácticamente en su nombre. A continuación, cabe aquí sistematizar los enfoques que se desarrollan por analogía en acuerdo con esta concepción.

En cuanto al primer criterio, la inducción estatal de las investigaciones internas debe equipararse a un encargo deliberado al investigador privado por parte del Estado. Por esta razón, el concepto de inducción presentado *supra* merece una matización. Como regla, la investigación interna no es encargada por las autoridades, sino que la lleva a cabo directamente la empresa, cuya decisión con respecto a su realización no necesita ser espontánea. Asimismo, un encargo deliberado requiere algo más que una mera causación, coincidencia de deseos o una simple inducción[112]. En cuanto a esa última, es verdad que todas sus formas presuponen un cierto elemento de voluntad de los órganos de persecución penal –a diferencia de la causación–, pero solo algunas en nivel equivalente de encargo deliberado[113], que aquí se denominará *inducción cualificada*.

---

[106] WASTL/LITZKA/PUSCH, *NStZ*, (2), 2009, p. 70; con otra opinión: JAHN, *StV*, (1), 2009, p. 45; AMBOS, *Beweisverwertungsverbote*, 2010, p. 127.

[107] GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 7.

[108] GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, pp. 13 s.

[109] JAHN, *StV*, (1), 2009, pp. 41 ss.

[110] PFORDTE, en *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, 2009, pp. 740 ss.

[111] PFORDTE, en *Strafverteidigung im Rechtsstaat,* 2009, p. 755; JAHN, *StV*, (1), 2009, p. 45.

[112] KOTTEK, *wistra*, (1), 2017, p. 13; KÜSTER, *Der rechtliche Rahmen für unternehmensinterne Ermittlungen*, 2019, p. 235; cf. JAHN, *Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt*, t. I, 2008, p. C101; LENZE, *Compliance, Internal Investigations und Beschuldigtenrechte*, 2014, p. 168; SOTELSEK, «Leitlinien für Kooperationen von Staatsanwaltschaften mit privaten Ermittlern», *wistra*, (9), 2020, p. 364.

[113] Cf. KOTTEK, *wistra*, (1), 2017, p. 14.

De ahí que no resuelte apropiado equiparar a tal encargo (es decir, a una inducción cualificada), la mera solicitud no formal de informaciones direccionada a la empresa por parte de las autoridades investigadoras[114]. En primer lugar, sin que venga ella acompañada de un carácter conminatorio concreto, no hay por qué presumir eliminada la voluntariedad de la decisión empresarial. Además de ello, considerar una tal solicitud suficiente para una imputación llevaría a un desmedido alargamiento de la teoría, haciendo que los criterios de imputación perdiesen armonía entre sí. Al fin y al cabo, si las autoridades pretendieran cumplir con su deber de investigar mediante una solicitud de información, esto podría, por un lado, obstaculizar la imputación sobre la base de una espera ilícita. Pero, por el otro, permitiría la imputación de una futura investigación interna por inducción. De otra manera, si acaso no se toma iniciativa alguna, debería aplicarse el criterio de atribución basado en la inercia vulneradora del principio de legalidad, a partir del aprovechamiento procesal de los resultados de la investigación interna. Luego, para evitar el círculo vicioso que resulta de un concepto muy amplio de inducción, parece necesario restringirlo de tal modo que la influencia de las autoridades sobre la empresa, además de activa, presuponga una amenaza que, si bien implícita, sea *mínimamente concreta* e idónea a *suprimir la libre voluntariedad* de la decisión corporativa. Es decir, para una imputación hace falta que se trate de una inducción cualificada, por medio de la cual las autoridades infrinjan la ley, mediante la creación de un riesgo no permitido[115] –que aquí se representa por su interferencia determinante en la voluntad empresarial–. De esta forma, queda clara la distinción de cuando las autoridades tan solo se atienen al estricto cumplimiento de su deber legal de investigar.

El segundo criterio, el relativo al del aprovechamiento como causa de imputación, se ha comprendido con más precisión a la luz de la necesidad de disuadir a los órganos públicos. En suma, el Estado no debe obtener ventajas de una infracción deliberada de la ley[116], de manera que el aprovechamiento de los resultados privados llevará a la atribución siempre y cuando las autoridades investigadoras retrasen el inicio de la investigación oficial en violación del principio de legalidad. En otras palabras, pese a la existencia de una sospecha inicial bastante clara, las autoridades se mantienen inactivas con el fin de posteriormente aprovechar los resultados de las investigaciones internas para sus propios fines[117].

c. La imputación en la doctrina Falciani

Todavía cabe preguntarse en qué medida los criterios de imputación relacionados con las investigaciones internas pueden adoptarse en el derecho español, tomándose en cuenta especialmente lo dictaminado en la doctrina Falciani[118].

---

[114] En sentido contrario, GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 13.

[115] Más detalladamente sobre la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal, cf. ROXIN, *Derecho penal. Parte general,* t. I, 2ª ed., 1997, pp. 365 ss.

[116] GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 14.

[117] GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, pp. 14 s.

[118] Originada de la STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, y avalada por la STC (Pleno) 97/2019, de 16 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). A propósito del tema con más detalles, COLOMER HERNÁNDEZ, *Diario La Ley*, (9080), 2017, pp. 12 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Diario La Ley*, (8974), 2017, pp. 1 ss.; MOSQUERA BLANCO, *InDret*, (3), 2018, pp. 1 ss.; ALCÁCER GUIRAO, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, pp. 33 ss.; LÉON ALAPONT, «Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los compliances», *RECPC*, (22-04), 2020, pp. 21 ss.; TEJADA PLANA, *Investigaciones Internas, Cooperación y Nemo Tenetur*, 2020, pp. 202 ss.

En este caso, las decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional reconocieron la validez de las pruebas de la Lista Falciani, que contenía información económica de clientes de una entidad bancaria, obtenida por uno de sus trabajadores informáticos tras un acceso no autorizado para su recopilación. En suma, se consideró válida la fuente de prueba obtenida *ilícitamente* por el particular, porque ese lo hizo desconectado de los aparatos del Estado y sin la voluntad de prefabricar pruebas, sino de vender la lista a terceros para lucrarse[119]. Según esta doctrina, parece ser la acción privada vulneradora de los derechos fundamentales, esencialmente vinculada al ejercicio estatal del *ius puniendi* o al propósito de obtener la prueba en nombre del Estado, lo que se revela determinante para justificar una prohibición probatoria[120].

Entre esos dos requisitos preponderantes, queda claro que el primero señala, aunque en términos más genéricos, un fundamento de atribución que pretende vincular la conducta particular al Estado para atraer la protección de los derechos fundamentales y la exclusión probatoria. De esto se infiere que la idea de imputación aquí desarrollada se hace plenamente aplicable. En especial, la inducción concretiza una forma de vínculo directo entre el Estado y la conducta particular. En un grado tal que, es verdad, no va tan lejos cuando es evidenciada una actuación conjunta o una efectiva participación del Estado en las investigaciones privadas[121]. De modo similar, se ubica ella en una escala aún inferior en comparación a cuando la empresa recibe una orden para investigar por parte de las autoridades[122] o cuando estas llegan a inmiscuirse en la conducción de las investigaciones[123]. Por otro lado, la inducción va más allá de la mera cooperación empresarial direccionada a alcanzar las recompensas penales basadas en normas abstractas, dado que proporciona un contenido de enlace orientado en hechos concretos e inapropiados practicados por las autoridades. Por tanto, así se establece un punto de partida genuino para la conexión entre la actividad estatal y la conducta privada.

En otro orden de cosas, el segundo criterio de Falciani, que se relaciona con la voluntad del particular de prefabricar pruebas, tampoco va esencialmente en contra de los criterios de imputación aquí presentados. Para empezar, cabe rememorar que el fallo presupone una vulneración de los derechos fundamentales, lo que no puede presumirse *ab initio* en la realización

---

[119] STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 6.

[120] STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 6: «es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del ius puniendi, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría».

[121] Como se extrae del fallo *United States v. Connolly*, no. 16-CR-370 (CM), p. 28, consideró el tribunal federal para el distrito sur de Nueva York, aunque no de manera decisiva para la solución del caso concreto, que el grado de control y dirección ejercido por el Estado sobre el trabajo del estudio jurídico había significado esencialmente que las autoridades dirigían el trabajo, de modo que los investigadores privados actuaban de hecho como sus encargados. Cf. BARTZ/BÖHM/POHL, «Aktuelle Entwicklungen in den USA», *CCZ*, (6), 2019, p. 306; CALDWELL/GRÜTZNER/BARTZ, «Aktuelle Entwicklungen in den USA», *CCZ*, (1), 2020, p. 44.

[122] WEWERKA, *Internal Investigations*, 2012, pp. 246 s.; Cf. GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 13.

[123] DANN/SCHMIDT, *NJW*, (26), 2009, p. 1852; GRECO/CARACAS, *NStZ*, (1), 2015, p. 13. También parece ser el caso cuando las autoridades guíen las investigaciones internas para la realización de encuestas selectivas, cf. OTT/LÜNEBORG, «Das neue Verbandssanktionengesetz – Fragen und Auswirkungen für die Compliance-Praxis», *NZG*, (35), 2019, p. 1366; SARTORIUS/SCHMIDT, «Interne Untersuchungen nach dem geplanten Verbandssanktionengesetz (VerSanG-E) - Das Gegenteil von gut ist gut gemeint», *wistra*, (10), 2020, p. 397.

de una investigación lícita por parte de la empresa[124]. Pero, aun cuando se evidencie la *ilicitud* de la conducta particular, este segundo fundamento de la jurisprudencia solamente podría encontrar su sentido cuando se encuentre conectado al aprovechamiento estatal de los hallazgos privados. Al final, el objetivo de preconstituir evidencias probatorias, aisladamente, no tiene suficiente consistencia para determinar la prohibición de las pruebas obtenidas ilícitamente por los particulares.

La expectativa de que la información se utilice en un futuro por el Estado en un procedimiento criminal ya indica mínimamente la relación entre causa y efecto. Sobre el particular, la STS 116/2017, refiriéndose expresamente a la STS 793/2013, llama la atención para la valoración de imágenes producidas ilícitamente por una víctima para adverar una denuncia[125]. Ahora bien, véase que la víctima produce ilícitamente las imágenes de acuerdo con su intención de que el estado las utilice *a posteriori* en un proceso contra su agresor. Más allá, tómese también el ejemplo, aquí adaptado de la propia STS 116/2017, del narcotraficante, que, por discrepancias con sus compinches y para ofrecérselo *a la policía*, decide hacerse con un fichero cifrado en el que se contienen todos los datos personales –incluida la información bancaria– de los integrantes del cártel. ¿Se puede tomar en serio aquí un criterio para la prohibición probatoria tan solo sobre la voluntad de preconstitución probatoria –la causa–, ignorándose completamente la manera por la cual se da su aprovechamiento procesal, es decir, su efecto? En estos ejemplos no hay por parte del Estado ningún conocimiento, aquiescencia, tolerancia o expectativa de aprovechamiento de las evidencias en el proceso penal. Luego, no habiendo por parte de las autoridades cualquier conocimiento sobre las conductas privadas y ni tampoco la infracción de un deber de cuidado, no hay cómo las reglas de prohibición probatoria podrían funcionar aquí como el mecanismo de disuasión de la mala conducta de los órganos estatales. Desde otro punto de vista, tampoco parece imaginable inferirse de los ejemplos una lesión al núcleo duro de la intimidad del interesado, esto es, a su dignidad humana, como para justificar una prohibición probatoria autónoma[126]. Además, tornar la validad probatoria dependiente exclusivamente de la voluntad privada consagraría un poder de disposición de los particulares sobre la admisibilidad de los medios de prueba y, dejar la suerte del proceso penal, en gran medida, en las manos de los investigadores privados. De todo ello resulta que la voluntad de prefabricar pruebas parece haber funcionado en el caso Falciani mucho más como un argumento retórico que como un criterio autónomo y proporcionado para atraer la protección de los derechos fundamentales. Se ha tornado evidente la necesidad de que la acción del particular pueda, de algún modo, conectarse al aprovechamiento procesal del Estado en un contexto de elusión deliberada de los derechos fundamentales. Finalmente, se debe tomar en cuenta que el Tribunal Supremo afirmó expresamente en su sentencia que no tenía la intención de formular

[124] Licitud que se deriva del art. 31 *bis* y ss. CP, cf. AYALA GONZÁLEZ, *InDret*, (2), 2020, p. 292.

[125] STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 6, con remisión a la STS 793/2013, Penal, de 28 de octubre (ES:TS:2013:5249), ponente: Manuel Marchena Gómez.

[126] A propósito de esta categoría de prohibición probatoria, que suele deducirse del núcleo duro del derecho a la intimidad y que se aplica independientemente de una vulneración a una regla de obtención de prueba, véase AMBOS, «Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización», *Polít. crim.*, (4), (7), 2009, pp. 47 s.; GLESS, «Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests», en THAMAN (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, 2013, p. 116, 124 ss.; WOLTER, «Proibições de Prova e Proibições de Circunvenção: Entre a Busca da Verdade e a Proibição de Devassamento», en GRECO (ed.), *O inviolável e o intocável no direito processual penal*, 2018, pp. 142 s.

una regla de pretensión de validez general, lo que ha generado la expectativa legítima de una matización en cuanto a las investigaciones internas[127].

Hechas esas consideraciones, se concluye que los requisitos de la jurisprudencia Falciani son, en gran medida, coincidentes con los criterios de imputación orientados a las investigaciones internas.

d. Críticas a la teoría de la imputación

Todo ello no significa que la teoría de la imputación sea indiscutible, pero sus oponentes más recientes ya no la niegan por completo. En cambio, se limitan a criticar que el alcance de la teoría de la atribución es insuficiente para solucionar todas las dimensiones del dilema del empleado. Esto se debe a que muchos otros casos de cooperación, relevantes en la práctica, no podrán ser atribuibles al Estado debido a la falta de un punto de conexión[128]. Es decir, la teoría de la imputación solo solucionaría casos excepcionales[129]. Aun así, la experiencia alemana demuestra que, en el caso de una estrecha colaboración con las autoridades de persecución penal, las empresas suelen conceder a los empleados el derecho de asistencia letrada y el derecho al silencio, entre otros motivos, sobre la base de recomendaciones de colegios de abogados[130]. Por eso, no debería desestimarse el papel que en la práctica puede desempeñar una especie de autorregulación[131].

Sin embargo, nada de esto impide la aplicación de la teoría de la atribución a los casos presentados. El hecho de que la solución propuesta pueda observarse en la práctica empresarial no significa que su existencia se convierta en jurídicamente irrelevante. Más bien puede afirmarse lo contrario: que las empresas solo conceden la libertad de autoinculpación *voluntariamente* a sus empleados precisamente debido al predominio de la teoría de la imputación. Teniendo en cuenta lo anterior, la teoría de la imputación se ha presentado como la más adecuada para hacer frente a los retos de las investigaciones internas.

6. Conclusiones

El presente estudio ha puesto de manifiesto el dilema ante el que se encuentra el empleado sospechoso en una investigación interna, el cual se deriva fundamentalmente del hecho de que, en una cooperación público-privada, su deber laboral de rendir cuentas puede eludir la libertad de autoincriminación.

---

[127] STS 116/2017, Penal, de 23 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:471), ponente: Manuel Marchena Gómez, FJ 7, cf. AYALA GONZÁLEZ, *InDret*, (2), 2020, p. 293.

[128] HILLE, *Die Kooperation von Unternehmen mit deutschen Strafverfolgungsbehörden*, 2020, p. 190.

[129] BARANOWSKI, *Die Kodifikation von Internal Investigations*, 2021, p. 114.

[130] Resolución del Colegio Federal de Abogados de Alemania (BRAK) 35/2010, Tese 3, pp. 9 s [Consulta: 22 febrero 2022]. Disponible en https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2010/november/stellungnahme-der-brak-2010-35.pdf.

[131] A causa de ello, destacando la pérdida de relevancia práctica de la discusión en Alemania, cf. SALVENMOSER/SCHREIER, «15. Teil Private Ermittlungen», en ACHENBACH/RANSIEK/RÖNNAU (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., 2019, nm. 168; OTT/LÜNEBORG, *NZG*, (35), 2019, p. 1367; cf. PARK/EGGERS, «§11 Compliance-Untersuchungen („internal investigations")», en VOLK/BEUKELMANN (eds.), *Münchener Anwaltshandbuch: Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen*, 3ª ed., 2020, nm. 88 ss.

A la luz de esta tensión, que concretamente tuvo gran repercusión en las investigaciones del caso Siemens, la doctrina continental, que hasta entonces había prestado poca atención al tema, comenzó a destacar la importancia de evitar que los resultados de las investigaciones internas –especialmente una autoincriminación «forzada» del empleado– pudiesen utilizarse indiscriminadamente en el proceso penal.

De esa manera, se sistematizaron los estudios y la jurisprudencia disponibles con respecto a la valoración de pruebas obtenidas por particulares, haciéndose frente a las propuestas restrictivas, ora derivada de la creciente tendencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, ora del juicio de ponderación que ha predominado en el modelo procesal penal continental para solucionar los casos difíciles.

A partir de ahí, se consideró que aún es precipitado abogar por una eficacia inmediata de la libertad de autoincriminación en las relaciones laborales, so pena de deformar la naturaleza de la relación de empleo. Por otro lado, contemplándose la inseguridad jurídica resultante de la casuística del juicio de ponderación, se llegó a criterios de atribución para resolver el dilema expuesto de manera más satisfactoria. Es decir, más allá de una violación extrema a la dignidad humana, la protección de los derechos fundamentales y las prohibiciones del uso de pruebas pueden invocarse principalmente sobre el fundamento de imputar al Estado las conductas privadas potencialmente vulneradoras de los derechos fundamentales.

Como la amenaza de despido llevada a cabo por la empresa puede equipararse a una coacción, se señaló cómo se imputa la declaración autoinculpatoria del empleado al Estado. Pues, con este resultado, se comprueba la vulneración del art. 24.2 CE y, en consecuencia, la prohibición de utilización de esta declaración en el proceso (art. 11 LOPJ). Una causa de imputación que conecte la investigación privada al Estado es inequívoca en dos supuestos: en primer lugar, cuando existe una participación abierta de las autoridades en la actividad privada, y, en segundo lugar, cuando las autoridades encargan a un investigador privado la recogida de pruebas. Por analogía a ello, se ha revelado también que en las investigaciones corporativas hay razones para la imputación en otras dos hipótesis. Por una parte, si las autoridades provocan o inducen activamente la investigación, con una amenaza mínimamente concreta e idónea para suprimir la libre voluntariedad de la decisión corporativa. Por otra parte, también si las autoridades retrasan ilícitamente el inicio de la investigación oficial para aprovechar las pruebas obtenidas por la empresa –lo que equivaldría al encargo implícito de la actividad de obtención de pruebas–.

De lo expuesto se extraen dos conclusiones. La primera es que el dilema del empleado debe solucionarse del siguiente modo: la obtención de la declaración autoinculpatoria «forzada» por la empresa debe atribuirse al Estado, según los criterios expuestos detalladamente *supra* en el subtítulo 5.2, subepígrafe "b". De esta suerte, se constataría la vulneración del derecho a no autoincriminarse del empleado (art. 24.2 CE) y, consecuentemente, la necesidad de prohibir el uso de la declaración en el proceso penal en su contra, según el art. 11 LOPJ.

La segunda conclusión es derivada de la primera y se relaciona con la justificación de una teoría de prohibiciones probatorias aplicable a las investigaciones internas. Es que, si bien los fundamentos aquí presentados se han orientado básicamente a solucionar el dilema de la autoincriminación del empleado, lo cierto es que ellos tienen una aplicación más amplia. Por una parte, porque concretizan una teoría de imputación procesal penal destinada a proteger los derechos fundamentales frente a los actos privados de obtención de prueba. Por otra parte,

porque tienen una dimensión universal, dado que la idea de imputación se desarrolla de manera similar en los sistemas jurídicos anglosajón y continental en cuanto a las investigaciones internas. Y, tras lo dictaminado por la jurisprudencia Falciani, la teoría de la imputación finalmente ha encontrado su lugar en el ordenamiento jurídico español. Todo ello bajo el principio de evitarse la elusión de los derechos y garantías fundamentales, quintándole al Estado las ventajas de una infracción deliberada de la ley. Pero, al mismo tiempo, manteniendo la armonía con la jurisprudencia dominante, según la cual, la regla de exclusión probatoria debe funcionar como un mecanismo de disuasión de los abusos estatales. Por tanto, se deduce que la imputación al Estado es el fundamento dogmático más sólido para la construcción de una teoría de las prohibiciones probatorias vinculadas a las investigaciones internas.

7. Bibliografía

AGUILERA MORALES, «Regla de Exclusión y Acusatorio», en BACHMAIER WINTER (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 73 ss.

ALCÁCER GUIRAO, «Retos para el Compliance Penal: Barbulescu, Falciani y el Reforzamiento de Garantías en el Proceso Penal», en CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/GUÉREZ TRICARICO/RODRÍGUEZ HORCAJO/J. BASSO (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 33 ss.

AMBOS, «Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización», *Política Criminal*, (7), 2009, pp. 1 ss.

AMBOS, *Beweisverwertungsverbote*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.

ANDERS, «Internal Investigations - Arbeitsvertragliche Auskunftspflicht und der nemo-tenetur-Grundsatz», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, (9), 2014, pp. 329 ss.

ASENCIO GALLEGO, *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ASENCIO MELLADO, «La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita», *Diario La Ley*, 2019, pp. 1 ss.

AYALA GONZÁLEZ, «Investigaciones internas: ¿zanahorias legislativas y palos jurisprudenciales?», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 2020, pp. 270 ss.

BACHMAIER WINTER, «Spain: The Constitutional Court's Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing», en THAMAN (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Springer, 2013, pp. 209 ss.

———, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de compliance», *Diario La Ley*, 2012, pp. 1 ss.

BARANOWSKI, *Die Kodifikation von Internal Investigations*, Duncker & Humblot, Berlin, 2021.

BARTZ/BÖHM/POHL, «Aktuelle Entwicklungen in den USA», *Corporate Compliance Zeitschrift*, (6), 2019, pp. 305 ss.

BEULKE/SWOBODA, *Strafprozessrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2020.

BITTMANN/BROCKHAUS/VON COELLN/HEUKING, «Regelungsbedürftige Materien in einem zukünftigen „Gesetz über interne Ermittlungen“», *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,* (1), 2019, pp. 1 ss.

BUCHHOLZ, *Der nemo-tenetur-Grundsatz*, Springer, Wiesbaden, 2018.

BUMKE/VOßKUHLE, *Casebook Verfassungsrecht,* 8ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

CALDWELL/GRÜTZNER/BARTZ, «Aktuelle Entwicklungen in den USA», *Corporate Compliance Zeitschrift,* (1), 2020, pp. 43 ss.

COCA VILA, «¿Programas de compliance como autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 43 ss.

COLOMER HERNÁNDEZ, «Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del compliance officer para su uso en un proceso penal», *Diario La Ley,* 2017, pp. 1 ss.

DANN/SCHMIDT, «Im Würdegriff der SEC? Mitarbeiterbefragungen und die Selbstbelastungsfreiheit», *Neue Juristische Wochenschrift*, (26), 2009, pp. 1851 ss.

DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

———, «Sobre la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales», en GARCÍA DE ENTERRÍA/ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, t. I, Civitas, Madrid, 2012, pp. 141 ss.

DUGGIN, «Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism, and the Employee Interview», *Columbia Business Law Review*, (3859), 2003, pp. 859 ss.

ECKHARDT, *Private Ermittlungsbeiträge im Rahmen der staatlichen Strafuerfolgung*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2009.

EDER, *Beweisverbote und Beweislast im Strafprozess*, Herbert Utz Verlag, München, 2015.

EIDAM, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts,* Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007.

EISENBERG, *Beweisrecht der StPO*, C.H. Beck, München, 2017.

ESTRADA I CUADRAS, «"Confesión o finiquito": el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 2020, pp. 226 ss.

ESTRADA I 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*, Atelier, 2013, pp. 197 ss.

GLESS, «Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests», en THAMAN (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Springer, St. Louis, 2013, pp. 113 ss.

GOENA VIVES, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (23-22), 2021, pp. 1 ss.

GÓMEZ MARTÍN, «Compliance y Derechos de los Trabajadores», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Edisofer, Barcelona, 2014, pp. 421 ss.

GRECO, «Warum gerade Beweisverbot? Ketzerische Bemerkungen zur Figur des Beweisverwertungsverbots», en STEIN/GRECO/JÄGER/WOLTER (eds.), *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung: Festschrift für Klaus Rogall,* Duncker & Humblot, Berlin, 2018, pp. 485 ss.

GRECO/CARACAS, «Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit», *Neue Zeitschrift für Strafrecht,* (1), 2015, pp. 7 ss.

GRIFFIN, «Inside-Out Enforcement», en BARKOW/BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom*, New York University Press, New York, 2011, pp. 110 ss.

———, «Compelled Cooperation and The New Corporate Criminal Procedure», *New York University Law Review*, (2), 2007, pp. 311 ss.

HILLE, *Die Kooperation von Unternehmen mit deutschen Strafverfolgungsbehörden,* Duncker & Humblot, Berlin, 2020.

JAHN, «Ermittlungen in Sachen Siemens/SEC», *Strafverteidiger*, (1), 2009, pp. 41 ss.

———, *Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt,* t. I: *Gutachten* / Teil C, C.H. Beck, München, 2008.

JARASS/KMENT, *Jarass/Pieroth Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Beck, München, 2020.

JULIÀ PIJOAN, «Un por qué a la observancia de las garantías procesales en las investigaciones internas», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2021, pp. 317 ss.

KASISKE, «Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess», *Juristische Schulung*, (1), 2014, pp. 15 ss.

———, «Mitarbeiterbefragungen im Rahmen interner Ermittlungen - Auskunftspflichten und Verwertbarkeit im Strafverfahren», *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,* (7), 2014, pp. 262 ss.

KASPAR, «Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2013, pp. 206 ss.

KINGREEN/POSCHER, *Grundrechte Staatsrecht II,* C.F. Müller, Heidelberg, 2020.

KLAAS, *Interne Untersuchungen und Informationsaustausch*, Nomos, Baden-Baden, 2019.

KNAUER/BUHLMANN, «Unternehmensinterne (Vor-)Ermittlungen – was bleibt von nemo tenetur und fair-trail?», *Anwaltsblatt*, (6), 2010, pp. 387 ss.

KNAUER/GAUL, «Internal investigations und fair trial - Überlegungen zu einer Anwendung des Fairnessgedankens», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (4), 2013, pp. 192 ss.

KOTTEK, «Unternehmensinterne Compliance-Ermittlungen», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, (1), 2017, pp. 9 ss.

———, *Die Kooperation von deutschen Unternehmen mit der US-amerikanischen Börsenaufsicht SEC*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012.

KÜSTER, *Der rechtliche Rahmen für unternehmensinterne Ermittlungen*, Springer, Wiesbaden, 2019.

LENZE, *Compliance, Internal Investigations und Beschuldigtenrechte*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2014.

LÉON ALAPONT, «Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los compliances», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020, pp. 1 ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de derecho procesal penal,* 7ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar,* Beck, München, 2021.

MAURER/WALDHOFF, *Allgemeines Verwaltungsrecht,* C.H. Beck, München, 2020.

MENDE, *Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat,* Berlin Verlag, Berlin, 2000.

MOMSEN/GRÜTZNER, «Verfahrensregeln für interne Ermittlungen», *Der Betrieb*, (32), 2011, pp. 1792 ss.

MONTIEL, «Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), C*ompliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 221 ss.

———, «Sentido y Alcance de las Investigaciones Internas en la Empresa», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Catolica de Valparaíso*, 2013, pp. 251 ss.

MOOSMAYER, «Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 137 ss.

MOSQUERA BLANCO, «La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de Febrero.», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3), 2018, pp. 1 ss.

MÜNKEL, *Mitarbeiteroffenbarungen im Strafprozess*, Dr. Kovač, Hamburg, 2014.

NEIRA PENA, *La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

NIENABER, *Umfang, Grenzen und Verwertbarkeit compliancebasierter unternehmensinterner Ermittlungen*, Nomos, Baden-Baden, 2019.

NIETO MARTÍN, «Investigaciones Internas», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 231 ss.

———, «Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *Diario La Ley,* 2013, pp. 1 ss.

NIEVA FENOLL, «Investigaciones Internas de la Persona Jurídica: Derechos Fundamentales y Valor Probatorio», *Jueces para la Democracia*, 2016, pp. 80 ss.

ORSI/RODRÍGUEZ-GARCÍA, «Las Investigaciones Defensivas en el Compliance Penal Corporativo», en RODRÍGUEZ-GARCÍA/RODRÍGUEZ-LÓPEZ (eds.), *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 293 ss.

ORTIZ, «La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, (1), 2017, pp. 39 ss.

OTT/LÜNEBORG, «Das neue Verbandssanktionengesetz – Fragen und Auswirkungen für die Compliance-Praxis», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, (35), 2019, pp. 1361 ss.

PARK/EGGERS, «§11 Compliance-Untersuchungen („internal investigations")», en VOLK/BEUKELMANN (eds.), *Münchener Anwaltshandbuch: Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen,* 3ª ed., C.H. Beck, München, 2020, pp. 408 ss.

PATTERSON, «Co-opted Cooperators: Corporate Internal Investigations and Brady v. Maryland», *Columbia Business Law Review,* 2021, pp. 417 ss.

PFORDTE, «»Outsorcing of Investigations?« Anwaltskanzleien als Ermittlungshilfen der Staatsanwaltschaft», en ARBEITSGEMEINSCHAFT STRAFRECHT DES DAV (ed.), *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 740 ss.

POUCHAIN, *La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020.

PRIETO GONZÁLEZ, «La cooperación público-privada en la prevención, detección y persecución de los delitos empresariales: las investigaciones internas», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín,* t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1101 ss.

REBB, *Internal Investigations: Neue Tendenzen privater Ermittlungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

RODRÍGUEZ RAMOS, «¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus?», *Diario La Ley*, 2017, pp. 1 ss.

ROGALL, «§ 136a», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, t. II, 5ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2016.

———, «Vor § 133», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung,* t. II, 5ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2016.

ROXIN, *Derecho penal. Parte general,* t. I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht,* 29ª ed., Beck, München, 2017.

SALVENMOSER/SCHREIER, «15. Teil Private Ermittlungen», en ACHENBACH/RANSIEK/RÖNNAU (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., C.F. Müller, München, 2019, ss.

SARTORIUS/SCHMIDT, «Interne Untersuchungen nach dem geplanten Verbandssanktionengesetz (VerSanG-E) - Das Gegenteil von gut ist gut gemeint», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht,* (10), 2020, pp. 393 ss.

SCHMITT, *Meyer-Goßner/Schmitt Strafprozessordnung*, 64ª ed., C.H. Beck, München, 2021.

SOTELSEK, «Leitlinien für Kooperationen von Staatsanwaltschaften mit privaten Ermittlern», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, (9), 2020, pp. 361 ss.

SPOERR, «Rechtspolitische Überlegungen zu einem Unternehmensstrafrecht: Die Perspektive der internationalen internen Untersuchungen», en KUBICIEL (ed.), *Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 99 ss.

STOFFER, *Wie viel Privatisierung „verträgt" das strafprozessuale Ermittlungsverfahren?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.

TEJADA PLANA, *Investigaciones Internas, Cooperación y Nemo Tenetur: Consideraciones Prácticas Nacionales e Internacionales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

TRÜG, «Unternehmen als Beschuldigte - nemo tenetur?», *Strafverteidiger,* (11), 2020, pp. 779 ss.

VILLEGAS GARCÍA, «Compliance, Protección del Informante e Investigaciones Internas», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 211 ss.

WASTL/LITZKA/PUSCH, «SEC-Ermittlungen in Deutschland - eine Umgehung rechtsstaatlicher Mindeststandards!», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (2), 2009, pp. 68 ss.

WEWERKA, *Internal Investigations,* Peter Lang, Bern, 2012.

WOLTER, «Proibições de Prova e Proibições de Circunvenção: Entre a Busca da Verdade e a Proibição de Devassamento», en GRECO (ed.), *O inviolável e o intocável no direito processual penal*, Marcial Pons, São Paulo, 2018, pp. 109 ss.

ZAPFE, *Compliance und Strafverfahren,* Peter Lang, Frankfurt am Main, 2013.

ZERBES, «Unternehmensinterne Untersuchungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* (125), 2013, pp. 551 ss.

InDret
4.2022

Desarrollo e implantación del Derecho penal de menores en España

Javier Guardiola García
Universitat de València
-

Sumario
-
La presente contribución revisa los antecedentes y el surgimiento del Derecho penal de menores en el ordenamiento jurídico español, la conformación del sistema actualmente vigente en la Ley Orgánica 5/2000 y sus posteriores reformas, y se centra en la información estadística accesible sobre la implantación del Derecho penal de menores en España y los asuntos de los que se ocupa. Se pretende con ello ofrecer un marco de comprensión de la implantación de este sistema, transcurridos veinte años desde su entrada en vigor.

Abstract
-
This contribution reviews the background and the emergence of juvenile criminal law in the Spanish legal system, the conformation of the system currently in force in the Organic Law 5/2000 and its subsequent reforms, and focuses on the statistical information accessible on the implementation of the criminal justice for minors in Spain as well as the matters it deals with. The objective is to provide a framework for understanding the implementation of this system, twenty years after its entry into force.

Title: *Development and implementation of juvenile criminal law in Spain*
-

Palabras clave: Derecho penal de menores, Derecho penal juvenil, Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, Delincuencia juvenil, Estadística criminal, Estadística judicial
Keywords: *Criminal Law for Minors, Juvenile Criminal Law, Organic Law of Criminal Responsibility of Minors, Juvenile Delinquency, Criminal Statistics, Judicial Statistics*
-
DOI: 10.31009/InDret.2022.i4.04
-

InDret

4.2022

Recepción
06/09/2022
-
Aceptación
13/10/2022
-

Índice

-

1. Introducción
2. Antecedentes del derecho penal de menores en España
2.1. La codificación penal española y los Tribunales (tutelares) para niños
2.2. La adaptación del sistema a la Constitución de 1978
3. La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
3.1. La Ley Orgánica 5/2000
3.2. Las reformas de la Ley y el desarrollo reglamentario
4. La Ley Penal del Menor en su aplicación práctica
4.1. El despliegue de la jurisdicción penal de menores (estadística judicial)
4.2. Cruzando datos (Fiscalía y Registro de Condenas)
4.3. Datos policiales
5. Un contraste con los datos de otros países de nuestro entorno
6. A modo de conclusión
7. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

En España, la Ley Orgánica (en adelante, LO) 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, prevé las responsabilidades penales para quienes, siendo mayores de 14 años y no habiendo cumplido los 18, realicen un hecho descrito como delito en el Código penal o en las Leyes penales especiales. La trascendencia de estas previsiones y del sistema que de ellas emana es de singular importancia, no sólo por la relevante función social que están llamadas a desempeñar,[1] sino también porque resultan un buen banco de pruebas de nuestro modelo de convivencia y los principios que lo orientan.[2]

Ahora bien, ¿cómo se desarrolló e implantó esta normativa en España? ¿Cuál es su alcance real y su impacto sobre la vida ciudadana? En relación a otros Estados de nuestro entorno ¿es España un país que detecta mucha delincuencia juvenil o sanciona penalmente a muchos menores?

Las líneas que siguen proponen una aproximación a estas cuestiones.

Al efecto, se recorrerá sucintamente la historia legislativa del derecho penal juvenil en España para aterrizar en una exposición de la normativa vigente y los principios que la inspiran; se explorará la información estadística disponible en fuentes abiertas procedentes de organismos oficiales que dan cuenta de la implantación del sistema de justicia penal para menores en España y de su extensión y alcance, intentando cruzar algunos datos para confirmar su validez y fiabilidad en cuanto indicadores; y se analizarán algunos datos comparativos con otros estados europeos para intentar calibrar si la jurisdicción penal española en materia juvenil destaca –por exceso o por defecto– respecto de los promedios.

Quisiera precisar con antelación dos cuestiones. Aunque se intentará contrastar la información con la literatura existente, en la medida en que el estudio de cifras se centra en el análisis de la estadística oficial no es propiamente un análisis sobre delincuencia juvenil, sino sobre actividad del sistema penal (entendido en sentido amplio); lo que conviene destacar por adelantado, sin perjuicio de volver más adelante sobre ello. Por demás, para la información cuantitativa estudiada se ha acudido exclusivamente a datos oficiales disponibles en fuentes accesibles en abierto; desde luego habría sido enriquecedor complementar estos datos, pero la modesta pretensión de este estudio no llega tan lejos, y se conforma con intentar proporcionar una comprensión de la información que en estos momentos divulgan al alcance de la ciudadanía las instancias oficiales (si se quiere, de la versión *oficial* del alcance del derecho penal de menores español).

---

* Javier Guardiola García (Javier.Guardiola@uv.es). El presente trabajo presenta resultados de investigación desarrollados en el seno del Proyecto PID2021-123441NB-I00 financiado por MCIN /AEI /10.13039/501100011033 y por FEDER Una manera de hacer Europa; y del Proyecto GV/2021/047, financiado por la Generalitat Valenciana. Estando en prensa esta obra ha fallecido el Profesor Enrique Orts Berenguer; quisiera expresar mi condolencia y sobre todo mi gratitud hacia la generosidad con la que siempre me trató Enrique, y dedicarle estas líneas sobre una materia a la que prestó particular atención liderando una línea de investigación sobre la misma.

[1] DÍEZ RIPOLLÉS, «Prólogo», en PÉREZ JIMÉNEZ, *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 19.

[2] CUERDA ARNAU, «Prólogo», en VILLANUEVA BADENES et al., *Seguimiento en la edad penal adulta de menores infractores de la provincia de Castellón con medidas previas de internamiento en centro*, Fundación Dávalos-Fletcher, Castellón, 2017, p. 5.

2. Antecedentes del derecho penal de menores en España

Que los niños no podían responder como los adultos fue obvio ya en la antigüedad; y la edad del infractor se tuvo en cuenta por los textos legales históricos,[3] de una u otra forma, para excluir o atenuar la responsabilidad penal de los menores… tardaría en surgir un verdadero Derecho penal juvenil, y la atención a los menores infractores se hermanaría, entretanto, con la atención a la infancia desamparada, asociando amparo y corrección.

2.1. La codificación penal española y los Tribunales (tutelares) para niños

El Código penal de 1822 excluyó la responsabilidad por debajo de los siete años cumplidos, previendo que entre 7 y 16 se examinaran discernimiento y malicia y desarrollo de facultades intelectuales para excluir el castigo o imponer una pena atenuada. El Código penal de 1848 excluyó la responsabilidad criminal de los menores de 9 años, condicionándola entre 9 y 15 años a «que haya obrado con discernimiento» y atenuando en todo caso la pena a todos los menores de 18 años. Se instauraba así la pauta del discernimiento,[4] a partir de una edad mínima por debajo de la cual no había responsabilidad penal; criterio que se mantendría hasta el Código de 1928.

Entre finales del siglo XIX y principios del XX se dictan normas de protección de la infancia desamparada, y proliferan Escuelas de Reforma o Reformatorios para cumplir en ellos las penas privativas de libertad. Es la época en que en Chicago se había establecido el primer tribunal de menores (1899),[5] pero en España habría que esperar aún[6] hasta que por Real Decreto de 25 de noviembre de 1918 vio la luz la Ley sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños,[7] a la que seguiría un Reglamento en 1919. Estos Tribunales para niños eran competentes para juzgar delitos y faltas cometidos por menores de 15 años, pero también para proteger a menores abandonados o en peligro, sin sujeción a formalidades ni reglas procesales, resolviendo mediante «acuerdos» en lugar de sentencias… y sólo se pondrían en marcha donde existieran establecimientos dedicados a la observación y educación de la infancia abandonada y delincuente.

---

[3] Respecto de los antecedentes del Derecho penal del menor en España pueden verse COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal de menores*, 2011, pp. 55-64; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, 2003, pp. 121-132; RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley penal*, 1993, pp. 89-101; RODRÍGUEZ PÉREZ, «La justicia de menores en España: análisis histórico-jurídico», *Anales de la Facultad de Derecho*, 18, 2001, pp. 419 ss.; SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil en España: Estudio criminológico*, 1970, pp. 23-25; SERRANO TÁRREGA, «Legislación penal de menores en España: antecedentes históricos», en VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRREGA (eds.), *Derecho penal juvenil,* 2ª ed., 2007, pp. 271-307; VENTAS SASTRE, *La minoría de edad penal*, 2003, pp. 142-151.

[4] Pese a las críticas antiguas (PACHECO, *El Código penal: concordado y comentado por Don Joaquín Francisco Pacheco: tomo I*, 2ª ed., 1856, p. 142) y modernas (VIVES ANTÓN, *La libertad como pretexto*, 1995, p. 351), ni la reforma de 1850 ni el Código de 1870 –con aplauso de GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado: tomo I*, 1870, pp. 192 y 207; *tomo II*, 1872, p. 392-394– modificaron el sistema, cuyos problemas no logró arreglar el todavía vigente artículo 380 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

[5] Sobre su influencia, DE LA CUESTA ARZAMENDI, «De la legislación tutelar a la responsabilidad penal de los menores infractores: dos décadas de derecho penal de menores en España», en OCÁRIZ PASSEVANT/SAN JUAN GUILLÉN (comp.), *100 años de acompañamiento en Justicia Juvenil: Investigación evaluativa y retos futuros*, 2022, p. 46.

[6] Hubo iniciativas fallidas entre 1912 y 1917; vid. MARTÍN OSTOS, *Anuario de Justicia de Menores*, 2020, pp. 18-36.

[7] Sobre la Ley de Bases y el Decreto a que dio lugar, vid. ALMAZÁN SERRANO/IZQUIERDO CARBONERO, *Derecho penal de menores: incluye formularios de resoluciones judiciales y escritos*, 2ª ed., 2007, pp. 36-38; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, pp. 132-137; RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley penal*, pp. 102-103; SERRANO TÁRREGA, en *Derecho penal juvenil,* n. 87 en p. 286; VENTAS SASTRE, *La minoría de edad penal*, pp. 152-153.

En 1925 se reformó la Ley y pasó a denominarse «de Tribunales Tutelares para niños», elevando su competencia hasta los 16 años de los menores.[8] El Código penal de 1928 abandonó por fin el criterio del discernimiento,[9] declarando irresponsables a los menores de 16, a los que remitía a la jurisdicción del Tribunal tutelar, y atenuando la pena a los menores de 18. En 1929 los Tribunales tutelares pasaron a denominarse Tribunales Tutelares de Menores;[10] y el Código de 1932 previó que donde no los hubiera aún el juez instructor aplicara a los menores de 16 años su normativa, incrementando la atenuación de pena para los menores de 18. El Código penal de 1944 mantuvo el sistema, permitiendo sustituir la pena a los menores de 18 años.[11]

Sólo en 1948 lograron escindirse reforma y protección de menores,[12] aunque siguieron ambas encomendadas a los Tribunales Tutelares,[13] que actuaban en sesiones sin publicidad, no sujetas a reglas procesales, sin asistencia de abogado para los menores de 16 años, y adoptando los acuerdos con «razonada libertad de criterio» e independencia de criterios jurídicos. Ni la reforma del Código penal de 1963, ni el Texto Refundido de 1973 introdujeron cambios.

2.2. La adaptación del sistema a la Constitución de 1978

La LO General Penitenciaria de 1979 previó que los menores de 21[14] estuvieran separados de los demás internos, y la LO del Poder Judicial de 1985 incluyó los Juzgados de Menores dentro de la

---

[8] HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, pp. 137-147; VENTAS SASTRE, *La minoría de edad penal*, pp. 153-154. Por Real Decreto de 1925 se modificó en este sentido el Código penal; donde no había Tribunal Tutelar, los menores no sufrían prisión preventiva ordinaria, no se les aplicaba reincidencia, y sí siempre la suspensión de la pena.

[9] Pese a la generalizada crítica, cuenta aún hoy con partidarios: CANO PAÑOS, «¿Es viable la introducción del modelo de discernimiento en el sistema de justicia penal juvenil vigente en España?», en GUARDIOLA GARCÍA (coord.), *Libro de Actas del Congreso Peligrosidad, sanción y educación en el Derecho penal juvenil: veinte años de experiencia*, 2021, p. 22; PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores (LO 8-2006): aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante*, 2007, p. 55.

[10] Participaban ciudadanos no retribuidos sin formación jurídica, sin publicidad ni reglas procesales (ALMAZÁN SERRANO/IZQUIERDO CARBONERO, *Derecho penal de menores*, pp. 38-40; RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley penal*, pp. 103-104). La normativa se revisó en 1931 sin cambios sustanciales (RÍOS MARTÍN, El menor infractor ante la ley penal, p. 104; SERRANO TÁRREGA, en *Derecho penal juvenil*, p. 287). En 1940 se posibilitó que en algunas capitales de provincia se dotaran jueces unipersonales retribuidos para ejercer las funciones de Tribunal Tutelar, y en 1942 y 1943 se hicieron modificaciones menores (HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, pp. 147-150; SERRANO TÁRREGA, en *Derecho penal juvenil,* pp. 287-288; VENTAS SASTRE, *La minoría de edad penal*, p. 154).

[11] Por «internamiento en Institución especial de reforma por tiempo indeterminado»; posibilidad poco empleada.

[12] VIANA BALLESTER, «La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores», *Revista Penal*, 13, 2004, p. 151. Sobre esta normativa, ALMAZÁN SERRANO/IZQUIERDO CARBONERO, *Derecho penal de menores*, pp. 40-41; CEA D'ANCONA, *La justicia de menores en España*, 1992; COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal de menores*, pp. 60-62; DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *Menores infractores y sistema penal*, 2010, pp. 38-39; GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, *Delincuencia juvenil y control social: Estudio descriptivo de la actuación el Tribunal Tutelar de Menores de Barcelona*, 1981, pp. 27-61; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, pp. 163-170; PÉREZ JIMÉNEZ, *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*, 2006, pp. 55-78; RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley penal*, pp. 141-186; SERRANO TÁRREGA, en *Derecho penal juvenil*, pp. 297-303; VENTAS SASTRE, *La minoría de edad penal*, pp. 154-160 y 161-164.

[13] Presididos ahora por licenciados en Derecho no retribuidos que no ejercieran otra jurisdicción judicial, y con vocales mayores de 25 años con moralidad y vida familiar intachables; en Madrid y algunas capitales el Tribunal se reemplazaba por uno o dos jueces unipersonales remunerados. Los Tribunales de Apelación estaban integrados por licenciados en Derecho con experiencia. Andado el tiempo, el Decreto 414/1976 previó que «en tanto no exista personal especializado, las funciones propias de los Jueces unipersonales podrán ser encomendadas, en régimen de compatibilidad, a personal en activo de las Carreras Judicial o Fiscal de la misma localidad».

[14] Que podían tener 16 o 17 años; la previsión era excepcionalmente aplicable a los menores de 25.

potestad jurisdiccional, en la jurisdicción ordinaria.[15] La Ley de Demarcación y Planta Judicial de 1988, determinó la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Menores, servidos por jueces o magistrados;[16] y asumiendo el desarrollo autonómico la protección de menores, los Juzgados quedaron sólo con competencias en materia de reforma.[17] Pero la normativa tutelar de menores de 1948, inspirada en la de 1918,[18] no superaba los cánones constitucionales,[19] y los propios Jueces de Menores elevaron cuestiones de inconstitucionalidad.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, declaró inconstitucional la previsión de que las sesiones no serían públicas ni se someterían a reglas procesales; y la LO 4/1992, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, procedió a una reforma de urgencia del procedimiento, el sistema de medidas aplicables y la fijación de una edad mínima de 12 años para la responsabilidad penal, encomendando la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal.[20] Pero faltaba una reforma de fondo… y se sucedieron iniciativas, que iban proponiendo alternativamente un modelo de responsabilidad penal (un derecho penal de menores) o un modelo de responsabilidad social o administrativo (un derecho correccional de menores).[21]

El nuevo Código penal de 1995 previó elevar la edad de responsabilidad penal plena hasta los 18 años, pero postergando la entrada en vigor de esta previsión «hasta tanto adquiera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor», que podría incluso alcanzar a menores de 21

---

[15] MARTÍN OSTOS, *Jurisdicción de menores*, p. 110 (cfr. asimismo, distinguiendo sacar al menor del Código penal de sacarlo de la jurisdicción ordinaria, pp. 28-29); VIANA BALLESTER, *Revista Penal*, 2004, p. 152; TAMARIT SUMALLA, «Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores», en GONZÁLEZ CUSSAC et al. (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes: análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, 2002, p. 17.

[16] MORILLAS CUEVA, «La política criminal del menor como expresión de una continua contradicción», en BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dtores.), *El Derecho penal de menores a debate: I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, 2010, p. 33; VIANA BALLESTER, *Revista Penal*, 2004, p. 152.

[17] El artículo 172 del CC en 1987, pasó a encomendar a la «entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores» la tutela «de los que se encuentren en situación de desamparo».

[18] GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Delincuencia juvenil y control social, p. 27; ANDRÉS IBÁÑEZ, «La crisis del modelo correccional», en DUCE (ed.), *Menores: la experiencia española y sus alternativas*, 1987, p. 56.

[19] Ni se ajustaba a las ideas de los nuevos tiempos; cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, en *100 años de acompañamiento en Justicia Juvenil*; DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *Menores infractores y sistema penal*, pp. 39-40; ANDRÉS IBÁÑEZ, en *Menores: la experiencia española y sus alternativas*, p. 5.

[20] COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal de menores*, pp. 62-65; CRUZ BLANCA, *Derecho penal de menores: Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 2002, pp. 258-288; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «La responsabilidad penal del menor en el Derecho español», *Revista Penal México,* 9, 2015-2016, p. 22; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal de menores*, 2ª ed., 2007, pp. 46-52; MORILLAS CUEVA, en *El Derecho penal de menores a debate*, pp. 34-35; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores: Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre y a su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de* julio, 4ª ed., 2007, pp. 59-67; PÉREZ JIMÉNEZ, *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*, pp. 78-105; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, 1998, pp. 112-117; SERRANO TÁRREGA, en *Derecho penal juvenil*, pp. 297-303; TAMARIT SUMALLA, en *Justicia penal de menores y jóvenes*, p. 17.

[21] Sobre los proyectos que se sucedieron entre 1995 y 1998, VIANA BALLESTER, *Revista Penal*, 2004, pp. 166-170; VENTAS SASTRE, *La minoría de edad penal*, pp. 219-226. En cuanto a los modelos de justicia de menores vid. BERNUZ BENEITEZ, *De la protección de la infancia a la prevención de la delincuencia*, pp. 125-143; COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal de menores*, pp. 65-70; CRUZ BLANCA, *Derecho penal de menores*, pp. 78-105; DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *Menores infractores y sistema penal*, pp. 30-40; FERNÁNDEZ MOLINA/BERNUZ BENEITEZ, *Justicia de menores*, 2018, pp. 33-44; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, pp. 43-68; PÉREZ JIMÉNEZ, *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*, pp. 29-53; RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley penal*, pp. 213-248; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, pp. 99-112; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, «Modelos de justicia penal de menores», en VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRREGA (eds.), *Derecho penal juvenil,* 2ª ed., 2007, pp. 271 ss.

años (art. 69);[22] lo que de hecho elevaba la mayoría de edad penal *con arreglo* al *Código* de los 16 a los 18 años, pero al tiempo abría puertas a una responsabilidad penal por debajo de esta edad sin concretar un límite mínimo. El sistema penal quedaba, pues, en espera de esa Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

3. La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores

La LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM), articuló un verdadero sistema de responsabilidad penal para menores infractores.

3.1. La Ley Orgánica 5/2000

El Proyecto de 1998 había previsto un sistema de responsabilidad penal para mayores de 13 años y menores de 18; la tramitación parlamentaria del proyecto elevó la edad mínima hasta los 14 años –manteniendo diferenciación de diversos tramos de edad, 14-15 y 16-17 años–,[23] y reguló procedimiento y medidas de un sistema de «naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa».[24] Esta naturaleza híbrida, no exenta de tensiones,[25] expresa un punto de equilibrio en que pesaron sin duda diferentes concepciones de la responsabilidad juvenil, pero también consideraciones relativas al sistema competencial de la Constitución Española.[26] Se pretendía reconocer expresamente «todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor», se predicaba «flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto»,[27]

---

[22] Por cierto, se hacía separando la edad de otras causas de exención de responsabilidad criminal, cuestión formal en cuya «trascendencia material» (CARMONA SALGADO, «Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-03, 2002, pp. 1 ss.) se ha insistido; v.gr. JIMÉNEZ DÍAZ, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17–19, 2015, pp. 3 y 27; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 159 y 174.

[23] Sobre los límites de edad y las cuestiones problemáticas asociadas a los mismos, véase ALMAZÁN SERRANO/IZQUIERDO CARBONERO, *Derecho penal de menores*, pp. 58-63; CERVELLÓ DONDERIS, *La Medida de Internamiento en el Derecho Penal del menor*, 2009, pp. 40-51; CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal del menor de edad*, 2002, pp. 42-44; LAS MISMAS, «Cumplimiento de la mayoría de edad en la infracción penal y en la medida impuesta», en GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del* menor, 2006; COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal de menores*, pp. 144-145; DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad penal de los menores: adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre*, 2007, pp. 40-47; FEIJÓO SÁNCHEZ en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dtor.)/FEIJÓO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ, *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 2008, pp. 59-63 y 98-103; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2000, de 18 diciembre, relativa a criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores*; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, pp. 307-340; MORENO CATENA, «Ámbito de aplicación y garantías procesales en el proceso penal de menores», en GONZÁLEZ PILLADO, *Proceso penal de menores*, 2008, pp. 30-41; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, pp. 163-163; TAMARIT SUMALLA, en *Justicia penal de menores y jóvenes*, pp. 28-33.

[24] Exposición de Motivos, II.6, de donde tomo también los demás entrecomillados de este párrafo.

[25] Educación y pena son para CANO PAÑOS, «¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el Derecho penal juvenil?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-13, 2011, p. 36 «dos conceptos en sí antagónicos».

[26] La comisión elaboradora del anteproyecto tuvo esto muy en cuenta; vid. BUENO ARÚS, BUENO ARÚS, «La Ley de responsabilidad penal del menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal», en PANTOJA GARCÍA (dtor.), *La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: situación actual*, 2006, pp. 301-311.

[27] Aunque limitada para los casos de «extrema gravedad» protagonizados por mayores de 16 años. Sobre los criterios de jurisprudencia y fiscalía en imposición y determinación de medidas, COLÁS TURÉGANO, «Selección y determinación de las medidas en la LORPM: Criterios jurisprudenciales y de la FGE tras veinte años de vigencia»,

y se reconocía la «competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia», sin perjuicio de garantizar el «control judicial de esta ejecución».

Así, se regulaba una responsabilidad jurídica para menores infractores, que remitiendo a la legislación penal de adultos para la determinación de las conductas punibles (se renunciaba a diseñar un elenco de conductas prohibidas específico para los menores,[28] condicionando su aplicación a la realización por estos de las conductas tipificadas por el Código penal y las leyes penales especiales), regulaba en cambio un proceso y un sistema de sanciones específico (con la pretensión de que la intervención tuviera naturaleza educativa, se rechazaba «la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma»,[29] buscando impedir cuanto fuera contraproducente para el menor, «como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares», primando «el superior interés del menor»,[30] que habría de valorarse con criterios técnicos y no formalistas por profesionales ajenos a las ciencias jurídicas, sin perjuicio de garantizar «el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia»[31]).

Se construía con ello en nuestro ordenamiento un verdadero sistema penal para menores de edad; en efecto, pese al esfuerzo de la norma por eludir en su articulado la denominación «penal», las «medidas» son un sistema de sanciones derivadas de la comisión de ilícitos penales[32] (con

---

en ABADÍAS SELMA et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, 2021, pp. 809 ss.

[28] Hacerlo «plantearía más problemas de los que podría resolver» (JIMÉNEZ DÍAZ, *RECPC*, 2015, p. 32); pero a mi juicio no tanto por el peligro de generar «espacios para la impunidad», cuanto por eventuales excesos de prohibición: no tiene sentido castigar penalmente a un menor por algo que, de hacerlo un adulto, sería impune.

[29] Pero los criterios preventivo-especiales no son siempre más benignos; cfr. CRUZ MÁRQUEZ, «Una aproximación a las consecuencias de omitir la valoración de la culpabilidad por el hecho en el sistema penal juvenil», en ABADÍAS SELMA et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, 2021, pp. 339 ss.

[30] Una sugerente revisión crítica del principio en PAREDES CASTAÑÓN, «El principio del "interés del menor" en Derecho penal: una visión crítica», *Revista de Derecho penal y Criminología,* 10, 2013, pp. 155 ss.

[31] Exposición de Motivos, II.7. Sobre los principios rectores de este sistema de responsabilidad penal juvenil BENÍTEZ ORTÚZAR, «El Derecho penal de menores en el Estado Social y Democrático de Derecho: Breve referencia a los principios que disciplinan el *ius puniendi* estatal respecto del joven infractor», en BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dtores.), *El Derecho penal de menores a debate: I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Universidad de Jaén y Dykinson s.l., Madrid, 2010, pp. 65-78; CANO PAÑOS, *RECPC*, 2011, pp. 12 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, *La Medida de Internamiento en el Derecho Penal del menor*, pp. 20-35; COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal de menores*, pp. 73-90; CRUZ BLANCA, *Derecho penal de menores*, pp. 309-327; FERNÁNDEZ MOLINA/BERNUZ BENEITEZ, *Justicia de menores*, pp. 49-56 y 61-73; GONZÁLEZ PILLADO, «La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal de Menores», en LA MISMA (coord.), *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, 2012, pp. 53-59; MARTÍNEZ SERRANO, «Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000», en ORNOSA FERNÁNDEZ (dtor.), *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, 2001, pp. 17 ss.; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, pp. 83-98 y 103-107; TAMARIT SUMALLA, en *Justicia penal de menores y jóvenes*, pp. 22-45; VENTAS SASTRE, *La minoría de edad penal*, pp. 229-237. Sobre los estándares internacionales en la materia, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *Menores infractores y sistema penal*, pp. 10-30.

[32] El carácter sancionatorio de las «medidas» es generalmente reconocido; v.gr. ABEL SOUTO, «Medidas alternativas al internamiento penal de menores», en ABADÍAS SELMA et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, 2021, pp. 1037-1038; BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, «Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *18*, 2006, p. 52; CANO PAÑOS, *El futuro del Derecho penal juvenil europeo: Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*, 2006, p. 197; EL MISMO, *RECPC*, 2011, pp. 5-6 y 11; CERVELLÓ DONDERIS, «Las medidas en el derecho penal de menores», en GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del* menor, 2006, p. 124; LA MISMA, *La Medida de Internamiento en el Derecho Penal del menor*, p. 19; COLÁS TURÉGANO, *Derecho*

todos los matices que se quiera en la concreción de su contenido[33]), que se aplican a sujetos a los que se responsabiliza por lo que han hecho (si concurren causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal no serán responsables ni se les aplicará medida) con observancia de garantías penales básicas, y cuya duración –si son privativas de libertad– no puede exceder de la de la pena que se hubiera impuesto a un mayor de edad responsable. La instrucción se encomendaba al Ministerio Fiscal, aunque la adopción de medidas cautelares debía solicitarse del Juez; previendo un equipo técnico para valorar el superior interés del menor.[34]

La Ley pretendió, en su redacción original, extender su alcance en algunos casos a menores de 21 años; pero estas previsiones de la ley de responsabilidad penal del menor nunca llegaron a entrar en vigor,[35] siendo reiteradamente suspendida su aplicación por las LL OO 9/2000 y 9/2002, y modificándose finalmente para recoger otro contenido por la LO 8/2006.

---

penal de menores, p. 219; CRUZ BLANCA, «Sobre las medidas tras la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre», en BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dtores.), *El Derecho penal de menores a debate: I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, 2010, p. 161; CUELLO CONTRERAS, *El nuevo Derecho penal de menores*, pp. 22, 25 y 36; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Revista Penal México*, 2015-2016, p. 21; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema», en BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dtores.), *El Derecho penal de menores a debate: I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, 2010, p. 83; FEIJÓO SÁNCHEZ en *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, pp. 48-50; FEIJÓO SÁNCHEZ, «Bases dogmáticas de la responsabilidad penal de los menores», en ABADÍAS SELMA et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, 2021, p. 334; GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, «Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas», en GONZÁLEZ CUSSAC et al. (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes: análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, 2002, p. 81; GONZÁLEZ PILLADO, en *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, p. 54; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, p. 70; JIMÉNEZ DÍAZ, *RECPC*, 2015, pp. 19-20; MATALLÍN EVANGELIO, «La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXII, 2000, p. 93; MORENO CATENA, en *Proceso penal de menores*, p. 42; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal: parte general. 4ª ed. rev. y puesta al día*, 2000, p. 417; LOS MISMOS, *Derecho penal: parte general. 10ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez*, 2019, p. 349; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, p. 118; PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, pp. 144-145; TAMARIT SUMALLA, en *Justicia penal de menores y jóvenes*, p. 23; VENTAS SASTRE, *La minoría de edad penal*, pp. 227-229; VIANA BALLESTER, *Revista Penal*, 2004, p. 161.

[33] Sin negar la importancia de estos, y de la concreción de si –o en qué casos– prevalece el contenido punitivo, el educativo o el terapéutico o inocuizador (vid. CERVELLÓ DONDERIS, *La Medida de Internamiento en el Derecho Penal del menor*, pp. 17-20; CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal del menor de edad*, pp. 110-117; COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal de menores*, pp. 219-222; CRUZ MÁRQUEZ, *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, 2006; CRUZ MÁRQUEZ, *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*, 2007; DE LA ROSA CORTINA, «Las sanciones imponibles en el sistema de justicia juvenil y el principio del superior interés el menor», en ABADÍAS SELMA et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, 2021, pp. 761-766; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Revista Penal México*, 2015-2016, pp. 26-34; FEIJÓO SÁNCHEZ en *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, pp. 110-127; EL MISMO, en *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, pp. 331-334; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, pp. 341-352; DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad penal de los menores*, pp. 55-58), en cualquier caso no alcanzan a cuestionar el carácter sancionatorio de su imposición. De hecho, no ha faltado quien protestara de la configuración de verdaderas penas juveniles con fraude de etiquetas –LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal de menores*, pp. 68-69; VENTAS SASTRE, *La minoría de edad penal*, p. 228–, crítica que se había formulado ya al sistema precedente –GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, *Delincuencia juvenil y control social*, p. 28–. Incluso BUENO ARÚS, en *La Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, pp. 301-311, en su protesta contra la consideración de las previsiones de la LO 5/2000 como derecho penal, reconoce que nos encontramos ante «sanciones» (BUENO ARÚS, en *La Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, pp. 307-308).

[34] El informe del equipo técnico se convierte, así, en un elemento esencial en la instrucción del expediente (GÓMEZ-FRAGUELA et al., «Valoración del riesgo en el sistema de justicia juvenil de la Ley Orgánica 5/2000», en ABADÍAS SELMA et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, 2021, p. 706).

[35] Aunque *formalmente* (JIMÉNEZ DÍAZ, *RECPC*, 2015, p. 8) entró en vigor, tras siete años de suspensión, durante 34 días –promulgada ya, pero aún no vigente, la norma derogatoria– (vid. CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, *Circular 5/2007, Régimen transitorio para mayores de 18 años y menores de 21años*; DÍAZ-MAROTO Y

3.2. Las reformas de la Ley y el desarrollo reglamentario

Antes ya de su entrada en vigor (en *vacatio*) la Ley fue hasta dos veces reformada. La LO 7/2000, introdujo previsiones relativas a delitos de terrorismo,[36] incluyó la medida de inhabilitación absoluta y estableció un sistema de más riguroso y de respuesta tasada para ciertos delitos. Y la LO 9/2000 suspendió la aplicación de la Ley de responsabilidad penal de los menores a menores de 21 años; moratoria prolongada después por la LO 9/2002.

Con estas enmiendas, la norma entró finalmente en vigor. Pero no tardó en ser nuevamente reformada: la LO 15/2003, sin explicaciones, introdujo la acusación particular (que tanto se había cuidado de excluir argumentadamente la Exposición de Motivos de la LO 5/2000); y emplazó a una evaluación de la aplicación del sistema para añadir nuevas reformas. La LO 8/2006, tras afirmar en su exposición de motivos que los cinco primeros años de vigencia de la LORPM ofrecían «un balance y consideración positiva», afirmaba que «[l]as estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad»,[37] y buscando garantizar «mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido» realizó hasta 46 modificaciones: amplió los supuestos en que puede imponerse internamiento en régimen cerrado,[38] añadió medidas cautelares y sancionatorias, revisó «el régimen de imposición, refundición y ejecución de las medidas», y suprimió definitivamente la posibilidad de aplicar la LORPM a los mayores de 18 y menores de 21 años.

La responsabilidad penal de los menores, con estas reformas, se alejaba sustancialmente de los principios que informaron su primera construcción; no sin protestas por un importante sector,[39] y sobre la base de una evaluación muy cuestionable,[40] de la que se infería una demanda ciudadana

---

VILLAREJO, *Revista Penal México*, 2015-2016, p. 25; y detalladamente SILVA SÁNCHEZ, «"Rebajas de enero" para delincuentes jóvenes adultos ¿con efecto retroactivo?», *InDret 1/2007*, 2007, pp. 1 ss.; cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 5/2006, de 20 diciembre, sobre los efectos de la derogación del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, prevista por Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre*, cuyo argumento a mi juicio no respeta el principio de legalidad penal –así acuerdo de unificación de criterios del orden penal de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de enero de 2007, accesible en www.poderjudicial.es–).

[36] Creando un Juzgado Central de Menores en la Audiencia Nacional, al que encomendó la instrucción de estos.

[37] Se transmitía así la sensación de que «la única cosecha recogida de su aplicación es la sensación generalizada de impunidad y el desgaste», en expresión de VIANA BALLESTER, «Comentario al anteproyecto de reforma de la ley del menor», *Revista General de Derecho Penal*, 4, 2005, p. 4. Los mismos datos del Ministerio del Interior contradecían el incremento estadístico (MONTERO HERNANZ, «La delincuencia juvenil en España, en datos», *Derecho y Cambio Social*, 8-23, 2011, p. 2; POZUELO PÉREZ, «Delincuencia juvenil: distorsión mediática y realidad», *Revista Europea de Derechos Fundamentales,* 21, 2013, p. 135); en cuanto a la preocupación social, cfr. PERES NETO, *Leyes a golpe de suceso: el efecto de los discursos mediáticos en las reformas políticas en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor* (2000-2003), 2007; EL MISMO, *Prensa, política criminal y opinión pública: el populismo punitivo en España*, 2010, pp. 298-385.

[38] Extendiendo su aplicabilidad, entre otros, a todos los delitos cometidos en grupo, lo que en delincuencia juvenil desde luego es frecuente; y posibilitando su cumplimiento en centro penitenciario si el menor alcanza los 18 años.

[39] V.gr. DÍEZ RIPOLLÉS, «El abuso del sistema penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 19–01, 2017, p. 13; HIGUERA GUIMERÁ, «La transformación de la originaria LORPM y sus consecuencias jurídicas», *Revista General de Derecho Penal,* 4, 2005, p. 29; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal de menores*; VAELLO ESQUERDO, «La incesante aproximación del Derecho penal de menores al Derecho penal de adultos», *Revista General de Derecho Penal,* 11, 2009, pp. 4 s.

[40] DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, en *El Derecho penal de menores a debate*, p. 80; MONTERO HERNANZ, «La delincuencia juvenil en España en datos», *Quadernos de Criminología*, 9, 2010.

de mayor rigor punitivo,[41] se acercaba, especialmente para la delincuencia grave de mayores de 16 años,[42] cada vez más al Derecho penal de adultos.[43]

La siguiente reforma vino, seis años más tarde, de la mano de la LO 8/2012, para atribuir al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional la competencia para conocer de los delitos cometidos por menores en el extranjero; más adelante, la LO 8/2021, reforzó los derechos de las víctimas –con particular atención a los supuestos de violencia de género– a ser informadas sobre la situación procesal y personal del menor «presunto agresor»; y reguló con más detalle y garantías los medios y medidas de contención utilizables en los centros de menores. Y finalmente la LO 10/2022 ha modificado la LORPM, para requerir que toda medida impuesta por agresión sexual se acompañe de obligación accesoria de someterse a programas formativos de educación sexual y de educación en igualdad; para extender previsiones de sanción cualificada a todos delitos de los arts. 178 a 183 del Código penal; para disponer que las medidas impuestas por agresiones sexuales sólo puedan dejarse sin efecto cuando se acredite que se ha cumplido la

---

[41] Cfr. TARANCÓN GÓMEZ, «Opinión pública e intervención penal con menores que provocan "alarma social"», *Revista General de Derecho Penal,* 27, 2017, pp. 48-49.

[42] Construyendo un modelo de justicia de menores «a dos velocidades», aunque no una transferencia a la justicia penal de adultos. Cfr. al respecto BERNUZ BENEITEZ, «El eterno reto de una justicia específica para los menores de edad: la delincuencia grave», en ABADÍAS SELMA et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, 2021, pp. 835 ss.

[43] BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2006, pp. 37ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA, «Prólogo», en BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dtores.), *El Derecho penal de menores a debate: I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Universidad de Jaén y Dykinson s.l., Madrid, 2010, pp. 10-11; BERNUZ BENEITEZ, «Justicia de menores española y nuevas tendencias penales: La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7(12), 2005; BERNUZ BENEITEZ/FERNÁNDEZ MOLINA, «La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo: Indicadores de un nuevo modelo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *10*(13), 2008, pp. 4-6; CANO PAÑOS, *El futuro del Derecho penal juvenil europeo*, pp. 255-286; COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal de menores*, pp. 113-121; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, en *El Derecho penal de menores a debate*, pp. 80-85; FEIJÓO SÁNCHEZ en *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, pp. 51-58; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2001, de 28 de junio, relativa a la incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores*; LA MISMA, *Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la Reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006*; GARCÍA PÉREZ, «La reforma de 2006 de la Ley de responsabilidad penal de los menores: la introducción del modelo de seguridad ciudadana», en JORGE BARREIRO/FEIJÓO SÁNCHEZ (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar: ¿qué hacer con los menores delincuentes?*, 2007, pp. 54-55; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal de menores*, pp. 66 y 69; MORILLAS CUEVA, en *El Derecho penal de menores a debate*, pp. 40-52; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, p. 119; POZUELO PÉREZ, «Lo bueno, lo malo y lo mejorable de la Ley Orgánica 5/2000», en ABADÍAS SELMA et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, 2021, pp. 152-157; VALBUENA GARCÍA, «Una paulatina desnaturalización de la ley del menor», *Foro*, 7, 2008; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en *Derecho penal juvenil*, 2007, pp. 175-186; VENTAS SASTRE, *La minoría de edad penal*, pp. 280-281. FEIJÓO SÁNCHEZ, en *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, pp. 324-325, cuestiona el carácter retributivo de las reformas de la ley, viendo más comparable lo hecho al «periodo de seguridad» que al principio de proporcionalidad entre sanción y hecho. Plantean que las reformas habrían tenido en buena medida un alcance simbólico, logrando sin embargo «contaminar» la práctica judicial del «clima más punitivo» FERNÁNDEZ MOLINA/RECHEA ALBEROLA, «¿Un sistema con vocación de reforma?: La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores», *Revista Española de Investigación Criminológica*, *4*(4), 2006. Señalan sin embargo que ante la coexistencia de dos modelos, a partir de la transición a un modelo de gestión de riesgos más punitivo orientado al núcleo «duro» de la delincuencia juvenil (BERNUZ BENEITEZ/FERNÁNDEZ MOLINA, *RECPC*, 2008) y la construcción –estableciendo dos regímenes de aplicación de medidas (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2001, de 28 de junio, relativa a la incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores*)– de un sistema «mixto» menos educativo y más punitivo y vindicativo para este «núcleo duro» catalogado como riesgo social (CANO PAÑOS, *RECPC*, 2011, pp. 4 y 23), perdiendo el «superior interés del menor» la condición de interés central de la justicia de menores y desnaturalizándose el sistema (CANO PAÑOS, *RECPC*, 2011, pp. 30-31), la práctica judicial y el criterio de los profesionales presentaría resistencias a la apuntada contaminación del modelo original por este segundo BERNUZ BENEITEZ/FERNÁNDEZ MOLINA, *RECPC*, 2008, p. 17; y CANO PAÑOS, *RECPC*, 2011, p. 52.

obligación de someterse a programas formativos; y para negar efectos a la conciliación en delitos de agresiones sexuales o relacionados con la violencia de género «a menos que la víctima lo solicite expresamente y que el menor, además, haya realizado la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad».

Por cierto, era necesario un desarrollo reglamentario de la Ley; y sin embargo se difirió en el tiempo, por cuestiones técnicas y por dudas competenciales. En efecto, se había partido de la «competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia»;[44] y en tales condiciones se cuestionó si debía haber un reglamento estatal o dejarse la cuestión a la normativa de las Comunidades Autónomas, lo que contribuyó a diferir la elaboración reglamentaria.[45] De hecho, para cuando vio la luz el Reglamento estatal ya había en varias Comunidades Autónomas desarrollos normativos sobre estas cuestiones; y se han dictado también después nuevas normas autonómicas sobre la materia,[46] lo que de hecho obliga a plantear cómo se articulan las mismas con el desarrollo reglamentario estatal.[47] El Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000, dio por fin –más de tres años después de su entrada en vigor– desarrollo reglamentario a las previsiones de la Ley. Por cierto que, pese a las importantes reformas posteriores de la Ley, el Reglamento ha permanecido incólume salvo por una ligera modificación operada en 2021.[48]

4. La Ley Penal del Menor en su aplicación práctica

Son varios los estudios que proporcionan información sobre las cifras de la jurisdicción penal juvenil española –tal como las suministran distintas instancias oficiales, o a partir del análisis de expedientes–, con importantes matices y contrastes;[49] las líneas siguientes se contentan con

---

[44] Exposición de Motivos de la Ley.

[45] MARTÍNEZ GARAY/VIANA BALLESTER, «Comentario al Reglamento de la LORPM», *Revista General de Derecho Penal*, 2, 2004, pp. 1-4; LAS MISMAS, «El Reglamento de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores», en GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del* menor, 2006, pp. 482-487.

[46] Vgr. en Cataluña Ley 27/2001, de 31 de diciembre, de Justicia Juvenil –«BOE» núm. 34, de 8/02/2002, con corrección de errores en «BOE» núm. 58, de 8 de marzo– y Decreto-ley 6/2021, de 9 de febrero, de medidas de carácter organizativo en los ámbitos sanitario y penitenciario y de justicia juvenil –«BOE» núm. 61, de 19/03/2021–.

[47] MARTÍNEZ GARAY/VIANA BALLESTER, en *Estudios sobre la responsabilidad penal del* menor, p. 486.

[48] Nueva redacción del art. 76.2 por obra del Real Decreto 535/2021, de 13 de julio; «BOE» núm. 170, de 17/07/2021, relativa a la notificación al letrado del menor del acuerdo sancionador disciplinario del centro de menores.

[49] Respecto de la legislación histórica tutelar, aporta datos estadísticos SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil en España*, pp. 39-68; de la aplicación del inmediato precedente –LO 4/1992– aportan datos derivados de estudios empíricos espacial y temporalmente acotados ARARTEKO, *Intervención con menores infractores: Informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco*, Ararteko, 1998 –que analiza datos oficiales del País Vasco en 1996 y 1997–, y TORRENTE HERNÁNDEZ/MERLOS PASCUAL, «Aproximación a las características psicosociales de la delincuencia de menores en Murcia», *Anuario de Psicología Jurídica*, 9(1), 1999, pp. 46 ss. –que analizan 328 expedientes de Murcia en 1993-1998–; BERNUZ BENEITEZ, *De la protección de la infancia a la prevención de la delincuencia*, pp. 214 ss., proporciona y analiza datos nacionales y relativos a la comunidad aragonesa del período 1993-1997; SERRANO MAÍLLO, «Mayoría de edad penal en el Código de 1995 y delincuencia juvenil», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 5, 1995, pp. 786-791, proporciona datos oficiales inéditos de 1994 y 1995; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en *Derecho penal juvenil*, pp. 171-190, analiza datos sobre detenciones del año 2000 y cifras totales de detenciones en el periodo 1991-2000; y RECHEA ALBEROLA/FERNÁNDEZ MOLINA, «Panorama actual de la delincuencia juvenil», en GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER (coord.), *Justicia de menores: una justicia mayor: comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 2001, pp. 345-441, analizan datos de la década de

aportar una breve aproximación al volumen total de actividad de los Juzgados de Menores y a los hechos sobre los que se proyecta esta, más con la pretensión de proporcionar una primera información que permita evidenciar la práctica que con la de hacer un análisis crítico detallado.[50]

Al efecto, me ceñiré a algunas de las fuentes oficiales disponibles en abierto que permiten estudiar la aplicación práctica de la Ley. Las fuentes por cierto son varias y diversas:[51] datos policiales del Ministerio del Interior accesibles a través de los Anuarios y Balances o directamente descargables en formato de hoja de cálculo a través del Portal Estadístico de Criminalidad de la Secretaría de Estado de Seguridad; datos de la Fiscalía procedentes de las Memorias de la Fiscalía General del Estado, también recuperables en los últimos años en forma de hoja de cálculo en la

1990 y las previsiones de la implementación de la nueva ley. El análisis del periodo de transición que tuvo lugar con la entrada en vigor de la vigente regulación es abordado por GARCÍA PÉREZ, Octavio (dtor.), *La delincuencia juvenil ante los juzgados de menores*, 2008; EL MISMO, «Estudio comparativo sobre la aplicación de las leyes de responsabilidad penal del menor 4/1992 y 5/2000 (II)», *Boletín Criminológico*, 70, 2003, pp. 1-4; EL MISMO, «Estudio comparativo sobre la aplicación de las leyes de responsabilidad penal del menor 4/1992 y 5/2000 (I)», *Boletín Criminológico*, 69, 2003, pp. 1-4; y PÉREZ JIMÉNEZ, *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*, que contrastan expedientes de los últimos años de la legislación precedente y de la implantación de la nueva; FERNÁNDEZ MOLINA/RECHEA ALBEROLA, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2006, que contrastan algunos datos de estadística oficial de los dos últimos años de la normativa precedente y los cinco primeros de la nueva; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, en *Derecho penal juvenil*, analiza cifras del periodo 1995-2005; FERNÁNDEZ MOLINA et al., *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2009, pp. 1 ss., que contrastan el periodo 1995-2007; y pueden asimismo consultarse datos sobre el periodo 1999-2002 en HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, pp. 477-493. Respecto de la aplicación de la LO 5/2000, valga con remitir a AUCEJO NAVARRO/GUARDIOLA GARCÍA, *ReCrim*, 2018; CÁMARA ARROYO, «Delincuencia juvenil femenina: Apuntes criminológicos para su estudio en España», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* LXVI, 2013, pp. 293 ss.; GUISASOLA LERMA, «La delincuencia de menores en la provincia de Valencia: análisis de las estadísticas oficiales», en GONZÁLEZ CUSSAC et al. (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes: análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, 2002; MONTERO HERNANZ, «Criminalidad juvenil versus criminalidad adulta en España», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 49, 2018; EL MISMO, «La criminalidad juvenil en España (2007-2012)», *Revista Criminalidad*, 56 (2), 2014; EL MISMO, «La delincuencia juvenil en Castilla y León», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 27, 2012; EL MISMO, «La justicia juvenil en España en datos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8, 2012; EL MISMO, *Derecho y Cambio Social*, 2011; EL MISMO, «La evolución de la delincuencia juvenil en España (1ª parte)», *La Ley Penal*, 78, 2011; EL MISMO, «La evolución de la delincuencia juvenil en España (2ª parte): la delincuencia juvenil por Comunidades Autónomas», *La Ley Penal*, 79, 2011; EL MISMO, *Quadernos de Criminología*, 9, 2010; SAN JUAN GUILLÉN /OCÁRIZ PASSEVANT, «Evolución de la Delincuencia Juvenil en el País Vasco y la apuesta por la reducción de la reincidencia», en OCÁRIZ PASSEVANT/SAN JUAN GUILLÉN (comp.), *100 años de acompañamiento en Justicia Juvenil: Investigación evaluativa y retos futuros*, 2022, pp. 85 ss.; SERRANO TÁRREGA, «Evolución de la delincuencia juvenil en España (2000-2007)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2, 2009, pp. 255 ss.; y en general a la bibliografía más reciente citada en este trabajo.

[50] Y ciertamente las estadísticas oficiales españolas sobre criminalidad admiten un análisis crítico; sin dejar de apuntar que algunos de los problemas señalados en estas contribuciones han sido parcialmente solventados, baste a título de ejemplo con remitir a las contribuciones de AEBI/LINDE, «El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *12*(7), 2010, pp. 1 ss.; y SERRANO GÓMEZ, «Dudosa fiabilidad de las estadísticas policiales sobre criminalidad en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6, 2011, pp. 425 ss.; CANO PAÑOS, «Los persistentes problemas de la investigación criminológica en España en el ámbito de la delincuencia juvenil. Un análisis a partir de las estadísticas policiales», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* LXXIV, 2021, pp. 203ss.

[51] Todas ellas cuentan con partidarios y detractores; ciñéndonos al ámbito de la estadística criminal juvenil española cfr. v.gr. en favor de las policiales CANO PAÑOS, *ADPCP*, 2021; FERNÁNDEZ MOLINA et al., *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2009, p. 14; POZUELO PÉREZ, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, p. 134; SERRANO TÁRREGA, «Evolución de la delincuencia juvenil femenina a los veinte años de la entrada en vigor de la LORPM», en ABADÍAS SELMA et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, 2021, n. 20 en p. 621; en favor de los datos de la Fiscalía FERNÁNDEZ MOLINA, «Datos oficiales de la delincuencia juvenil: valorando el resultado del proceso de producción de datos de la Fiscalía de menores», *InDret, 2-2013*, p. 2; o FERNÁNDEZ MOLINA et al., «Los datos oficiales de la delincuencia valoración del alcance de los datos de la Fiscalía como indicador del volumen delictivo», *Estudios Penales y Criminológicos, XXXIV*, 2014, p. 34; partidario de los datos judiciales vgr. MONTERO HERNANZ, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2012, p. 16; EL MISMO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2012, P. 538; EL MISMO, *Revista Criminalidad*, 56 (2), 2014, p. 259.

web de la Fiscalía; estadística judicial accesible a través de la base de datos del Consejo General del Poder Judicial; estadística de condenados menores del Instituto Nacional de Estadística –que desde 2007 explota el Registro de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores–; datos sobre ejecución de medidas accesibles a través del Ministerio de Derechos Sociales.

Tabla 1. Principales fuentes de información cuantitativa accesibles en abierto

Base de Datos de la Estadística Judicial Online (PC-AXIS) – Juzgados de Menores *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ) https://www6.poderjudicial.es/PXWeb2021v1/pxweb/es/09.-Juzgados%20de%20Menores/
Estadística de condenados: Menores *Instituto Nacional de Estadística* (INE) https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&cid=1254735573206
Estadística de medidas notificadas y porcentajes de internamientos (2014-2020) *Ministerio de Derechos Sociales* (MDS) https://www.mdsocialesa2030.gob.es/infancia-en-datos/datos-indicadores.htm
Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial *Fiscalía General del Estado* (FGE) https://www.fiscal.es/ca/documentaci%C3%B3n
Portal Estadístico de Criminalidad *Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior* (SES) http://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es

Elaboración propia; las siglas indicadas se emplean en adelante para referir a estas fuentes

No puedo detenerme aquí en un análisis detallado de todas ellas y de las limitaciones que implican;[52] me contentaré con señalar que para comprender bien el fenómeno es preciso contrastar las distintas fuentes, pero ello implica dificultades metodológicas notables –aunque todas ellas miden *algo*, cada una mide algo distinto[53] (y con una finalidad diferente)–. En efecto, mientras unas atienden al número de incidentes, otras lo hacen al número de sujetos implicados y otras al número de delitos atribuidos, y finalmente otras se centran en los protocolos activados.[54] Pero además, aunque todas ellas permiten (casi siempre) la reconstrucción de una serie temporal de aquello que registran, poner en relación estas series temporales exige considerar la secuenciación entre las mismas, que está regida por los tiempos de investigación y por los tiempos procesales y de ejecución de las medidas, y que por tanto no responde a mecanismos de simultaneidad.[55]

[52] Una revisión crítica en AUCEJO NAVARRO/GUARDIOLA GARCÍA, *ReCrim*, 2018, pp. 18 ss.

[53] Señalando diferencias en objeto y en metodología, FERNÁNDEZ MOLINA, *InDret*, 2013, p. 5; FERNÁNDEZ MOLINA et al, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2009, pp. 2-3 y 13; FERNÁNDEZ MOLINA/RECHEA ALBEROLA, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2006, p. 4.

[54] En este sentido, es preciso advertir de los peligros del «manejo burdo y simplista de las cifras, por desgracia no infrecuente» que «puede conducir a establecer conclusiones erróneas» (GIL GIL et al., *Consecuencias jurídicas del delito: Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, 2018, p. 530); pero también de la importancia de estudiar seriamente estos datos, ya que «[l]a carencia de fundamentos firmes sobre los que establecer la evolución de los parámetros criminológicos (de la delincuencia y de los medios de control frente a ésta, justicia penal juvenil incluida) es, a su vez, una excusa excelente para legislar a golpe de intuición, ese concepto fútil que tan incomprensible prestigio llega a tener a veces» (BARQUÍN SANZ/CANO PAÑOS, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2006, p. 89).

[55] El análisis riguroso de series temporales implica una complejidad que es «un reto para los investigadores», en expresión de SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *La evolución del encarcelamiento en España (1971-2020): Un estudio de series temporales*, 2021, p. 24.

A los efectos que aquí interesan, y contra lo que es habitual en el ámbito criminológico, pospondré el estudio de los datos policiales (en algunos ámbitos territoriales la derivación de menores a la jurisdicción penal no se recoge en absoluto en la estadística policial, y en otros las cifras son tan bajas que obligan a asumir que la gestión de la delincuencia juvenil –que sí llega a Fiscalías y Juzgados– se ha realizado por otras vías; lo que no necesariamente resta valor a estas estadísticas policiales, pero exige un análisis detallado que aconseja, a los efectos que aquí nos interesan, disponer primero de otras fuentes con las que contrastarlas); y no me detendré en la ejecución de las medidas,[56] porque la dependencia de estas de las Comunidades Autónomas exige un desglose territorial de datos que excede del objeto de estas líneas.

De la estadística judicial y de la procedente de la Fiscalía es preciso advertir que están más orientadas a medir el volumen de trabajo de las instituciones que a monitorizar los delitos;[57] incluso el recuento de sentencias condenatorias de la estadística judicial es equívoco (puede incluir resoluciones en diversas instancias), lo que hace recomendable contrastarlo siempre con el Registro de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores (el equivalente juvenil al Registro Central de Penados, que como queda dicho explota el Instituto Nacional de Estadística incorporando los datos a INEbase en la Estadística de Condenados Menores). Aunque tampoco puede acudirse a este último como único indicador… conviene recordar que en el Derecho penal de menores la instrucción del expediente corresponde al Ministerio Fiscal, que goza de importantes facultades dispositivas (persistentes aunque la última y más reciente reforma haya añadido condiciones en algunos casos);[58] lo que da lugar a que un relevante porcentaje de asuntos

---

[56] Cfr., señalando problemas metodológicos, CÁMARA ARROYO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2013, pp. 297 y 298-299; y MONTERO HERNANZ, *Revista Criminalidad*, 2014, pp. 251-252.

[57] En particular la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO ha advertido esto reiteradamente en sus Memorias (*Memoria* de 2015, pp. 488-489; *Memoria* de 2017, pp. 591-592; *Memoria* de 2019, p. 888; *Memoria* de 2020, p. 935), señalando que ha ido depurando progresivamente sus propios criterios estadísticos y advirtiendo que las variaciones en el número de diligencias registradas son «más como consecuencia de esos nuevos criterios registrales que por otros motivos» (*Memoria* de 2015, pp. 488-489; *Memoria* de 2017, pp. 591-592).

[58] En efecto, puede sobreseer el expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18 LORPM), por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (art. 19; las funciones de mediación se realizan por parte del Equipo Técnico que asiste a la Fiscalía), o en interés del menor a propuesta del Equipo Técnico (art. 27.4 de la LORPM); en todos estos casos el procedimiento se resuelve sin sentencia y por tanto no queda registrado en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores. Sobre estas cuestiones vid. ALMAZÁN SERRANO/IZQUIERDO CARBONERO, *Derecho penal de menores*, pp. 74-77; COLÁS TURÉGANO, *Derecho penal de menores*, pp. 323-327; DE LA ROSA CORTINA, «La instrucción en el procedimiento de la LORPM: intervención del juez de menores», en ORNOSA FERNÁNDEZ (dtor.), *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, 2001, pp. 253-261; DE URBANO CASTRILLO/DE LA ROSA CORTINA, *La responsabilidad penal de los menores*, pp. 119-121 y 124-129; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dtor.) *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, pp. 267-282; DOLZ LAGO, «La instrucción penal del Fiscal en el nuevo proceso de menores: contenido y límites», en GONZÁLEZ CUSSAC et al. (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes: análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, 2002, pp. 278-283 y 286-289; EL MISMO, *Comentarios a la Legislación Penal de Menores: incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006*, 2007, pp. 149-155 y 161-165; FERNÁNDEZ MOLINA/BERNUZ BENEITEZ, *Justicia de menores*, pp. 120-128; FERNÁNDEZ MOLINA/RECHEA ALBEROLA, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2006, pp. 16-20; GARCÍA INGELMO, *Ejercicio del principio de oportunidad en la jurisdicción de menores: Supuestos legales: Cuestiones prácticas y directrices de la FGE*, 2017; GONZÁLEZ CANO en MAPELLI CAFFARENA et al., *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 2002, pp. 148-169; GONZÁLEZ PILLADO, en *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, pp. 63-67; GRANDE SEARA, «Incoación del expediente de reforma y fase de instrucción», en GONZÁLEZ PILLADO (coord.), *Proceso penal de menores*, 2008, pp. 140-144; HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, pp. 432-435 y 437-440; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, pp. 286-300 y 349-350; SALOM ESCRIVÁ, «La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores», en GONZÁLEZ CUSSAC et al. (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes: análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, 2002, pp. 233-

se resuelva sin sentencia y no se refleje en el Registro.[59] Fiarnos *sólo* del Registro de condenas, pues, produciría una doble distorsión si se pretende utilizar este indicador para inferir el alcance del sistema penal juvenil español: por una parte, infravaloraríamos el número de infracciones y de menores en contacto con el sistema penal –la incidencia del sistema en la vida ciudadana–; por otra parte, sobrevaloraríamos la gravedad de las infracciones cometidas y tenderíamos a proporcionar un perfil del menor infractor centrado en los identificados como de mayor riesgo –los mecanismos de derivación y las facultades dispositivas del Ministerio Fiscal se concentran en infracciones de gravedad menor y en sujetos con mejor pronóstico de reinserción–.

Sentadas estas cautelas, veamos algunos datos; comenzando por la estadística judicial para después cruzarla con datos de Fiscalía y de la Estadística de Condenados Menores.

4.1. El despliegue de la jurisdicción penal de menores (estadística judicial)

Al entrar en vigor la LORPM existían ya Juzgados de Menores; pero su número irá creciendo, hasta alcanzar al finalizar la primera década del siglo la dotación de 80 Juzgados de Menores, a los que se añade el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.[60]

El periodo transicional apunta un abultadísimo número de asuntos en la jurisdicción penal de menores;[61] pero debe tenerse en cuenta el efecto de la disposición transitoria de la LORPM.[62] A partir de 2002, se produce un promedio de casi 31.000 asuntos ingresados anuales, con un máximo histórico en 2009 –37.339 asuntos– y un marcado descenso a partir de entonces, de forma que de 2014 a 2021 se contabilizan unos 27.000 asuntos anuales. Si tenemos en cuenta la población española cuya edad está comprendida en el rango de responsabilidad penal juvenil (14 a 17 años),[63] esto supone poco más de 17 asuntos por cada 1.000 menores en promedio; debiendo tenerse en cuenta la tendencia decreciente de los últimos años –desde 2014 no han vuelto a superarse los 16 asuntos por cada 1.000 menores–.

Estos 31.000 asuntos anuales dan lugar a más de 18.700 sentencias al año, aunque se pueden reseñar importantes diferencias entre diferentes periodos: si en los primeros años de aplicación de la Ley crece bruscamente el número de sentencias –lo que no puede atribuirse a la adaptación de los expedientes antiguos a la nueva Ley, pese al efecto de la disposición transitoria de la LORPM en el número de asuntos de 2001-2002, porque que las cuestiones transitorias se resolvían por auto y no por sentencia–,[64] que a partir de 2004 se instala por encima de las 20.000

238; SANZ HERMIDA en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la Ley Penal del Menor: Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006*, 2007, pp. 205-220; VENTURA FACI/PELÁEZ PÉREZ, *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: comentarios y jurisprudencia*, 2000, pp. 104-108.

[59] AUCEJO NAVARRO/GUARDIOLA García, *ReCrim*, 2018, p. 22.

[60] Además, el Juzgado de lo Penal n. 6 de Córdoba dictó, entre 2010 y 2019, un total de 1.485 sentencia penales en asuntos de menores. Sus datos se incluyen, en lo sucesivo, en la estadística recogida.

[61] Casi 55.000 en 2001, muy por encima de los menos de 22.500 del año precedente y de los 16.000 asuntos promedio de los cinco años anteriores –si bien estos presentaban una clara tendencia creciente–.

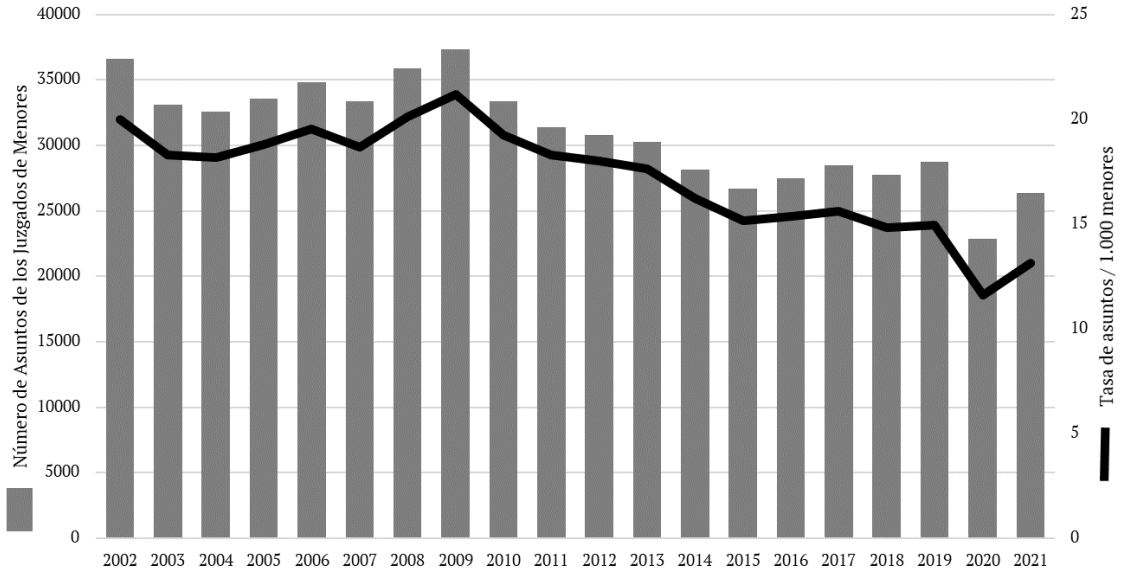
[62] MONTERO HERNANZ, *Quadernos de Criminología*, 2010, p. 18.

[63] Las cifras poblacionales que empleo en este trabajo están obtenidas de la operación «cifras de población» –cifras poblacionales de referencia en las operaciones estadísticas del INE– a 1 de julio de cada año; cifras disponibles en INEbase (www.ine.es), nota metodológica en https://ine.es/inebaseDYN/cp30321/docs/meto_cifras_pobla.pdf

[64] En virtud de la previsión expresa al efecto del apartado 6 de la disposición transitoria única de la LORPM.

anuales; en cambio de 2010 a 2016 decrece abruptamente (las cifras de 2020, por otra parte, se explican por los efectos de la pandemia).

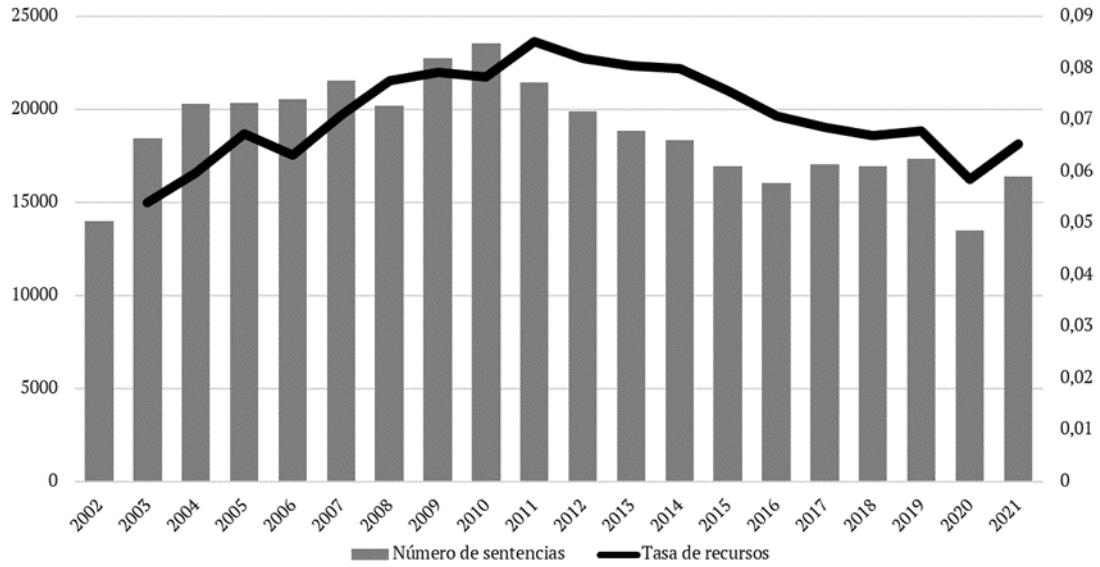
Figura 1. Asuntos de los Juzgados de Menores (número y tasa por cada 1.000 menores 14-17a)



Elaboración propia a partir de datos del CGPJ

El número de ejecutorias incoadas en el periodo 2009-2019 arroja un promedio de unas 5.000 anuales; las cifras de 2020 y 2021 (respectivamente 2.965 y 3.612) son significativamente más bajas. La tasa de recursos en los Juzgados de menores (=recursos/sentencias) está en torno al 7% (el rango se mueve entre el mínimo de 2003, con un 5,4%, y el máximo de 2011, con un 8,5%), cifra notablemente inferior a la que se registra en los Juzgados de lo Penal para causas de adultos (cuyo promedio en el mismo periodo es del 20%).

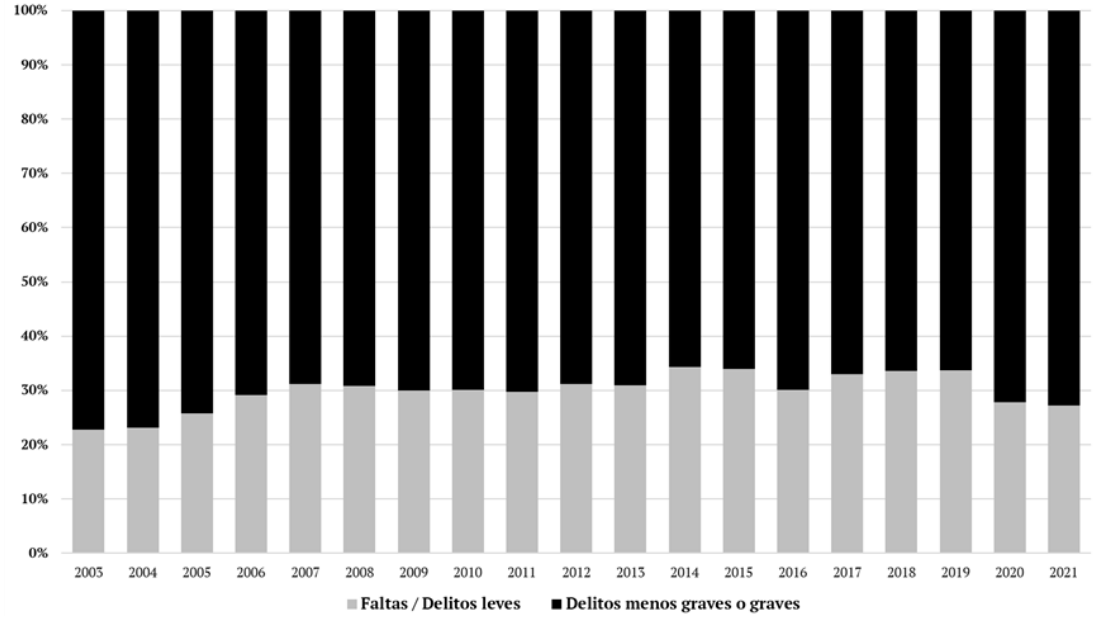
Figura 2. Número de sentencias y tasa de recursos en los Juzgados de Menores



Elaboración propia a partir de datos del CGPJ

En cuanto al tipo de delitos recogidos en estas sentencias, la delincuencia leve (faltas hasta la reforma penal de 2015) viene a representar el 30% de la sentenciada a menores, con leves oscilaciones anuales. Desde 2007 disponemos en la estadística judicial, además, de un desglose de las sentencias referidas a violencia doméstica y a violencia de género; en ambos casos, y tanto en delitos leves como en los menos graves y graves, con tendencia creciente en la serie histórica, aunque con cifras muy moderadas salvo en delitos de gravedad de violencia doméstica, que superan el millar en 2008, el millar y medio en 2010 y llegan a casi 2.000 sentencias en 2019, descendiendo luego sustancialmente esta cifra en 2020 y 2021.

Figura 3. Porcentaje de infracciones leves y menos graves o graves en las sentencias



Elaboración propia a partir de datos del CGPJ

4.2. Cruzando datos (Fiscalía y Registro de Condenas)

Los datos del apartado precedente nos proporcionan una idea de la carga de trabajo de los Juzgados de Menores, pero ¿son suficientes para dimensionar el sistema penal de justicia para menores español? He adelantado ya reparos metodológicos a una asunción de esta naturaleza, y me parece imprescindible, por tanto, cruzar estos análisis con otras estadísticas oficiales.

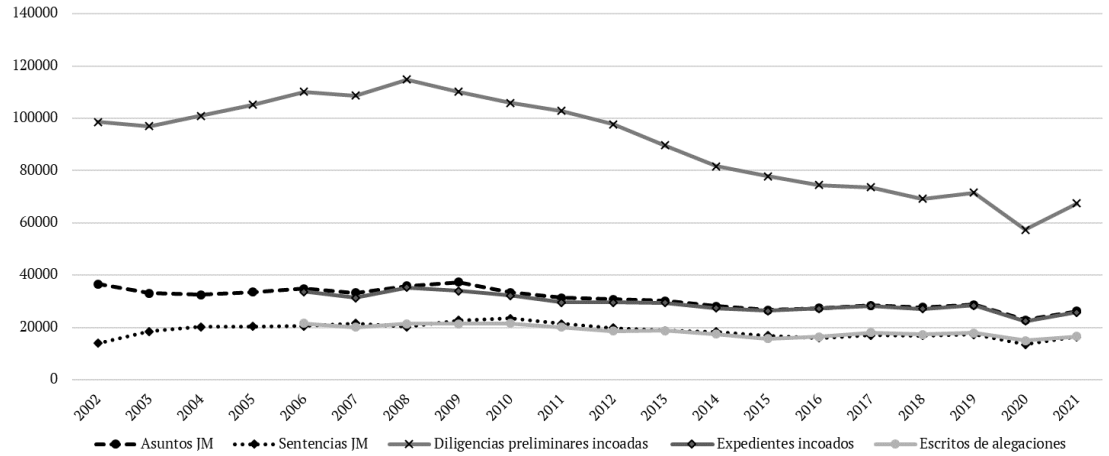
Por cierto, en la medida en que la aproximación que realizamos se ciñe a estadísticas oficiales, podrá dar –con mayor o menor precisión– cuenta del funcionamiento del sistema penal juvenil, y si se quiere de la delincuencia registrada, pero es marcadamente insuficiente para hacer inferencias sobre delincuencia "real".[65] No pretendo negar que haya una relación entre la delincuencia juvenil y la aplicación de la Ley de responsabilidad penal del menor; pero el mero

[65] Cfr. SELLIN, «The basis of a crime index», *Journal of Criminal Law and Criminology,* 33-3, 1931, p. 346; STANGELAND, «La delincuencia en España: Un análisis crítico de las estadísticas judiciales y policiales», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 5, 1995, p. 837; AEBI, *Temas de Criminología*, 2008, pp. 102 y 107-113; FERNÁNDEZ MOLINA et al., *Estudios Penales y Criminológicos*, 2014, p. 4.

análisis de los datos oficiales no puede por sí mismo demostrar esta;[66] lo que estamos analizando es actividad procesal o delincuencia registrada, y no otra cosa.

Pues bien: como era esperable, hay razonable correspondencia –sobre todo en los últimos años– entre la incoación de expedientes por Fiscalía y la monitorización judicial de los asuntos; y entre los escritos de alegaciones de Fiscalía (que «llevan a juicio» el asunto) y el dictado de sentencias –que de acuerdo con los datos de Fiscalía, que difieren levemente[67] de los de la estadística judicial en el número de resoluciones, son en más del 90% de los casos condenatorias–.

Figura 4. Actividad de la Fiscalía y de los Juzgados de Menores en Derecho penal de menores



Elaboración propia a partir de datos del CGPJ y de la FGE

Lo que es más difícilmente explicable es el abultadísimo número de diligencias preliminares incoadas por Fiscalía que nunca llegan a materializarse en un expediente (el 70% entre 2006 y 2012; dos terceras partes del total entre 2913 y 2015; y todavía más del 60% desde 2016 hasta 2021); la misma Fiscalía insiste en esta disfunción en sus memorias y recomienda atender a los expedientes y no a las diligencias para estimar los asuntos que llegan a atención del Fiscal… pero, sin dejar de admitir que buena parte de esas diligencias «vacías» son duplicados estadísticos generados al gestionar los asuntos, es preciso reconocer que dejan margen a intervenciones del sistema penal (v.gr. respecto de cuestiones carentes de relevancia penal) que aun siendo control social formalizado, en la medida en que nunca dan lugar a la incoación de expediente, se invisibilizan estadísticamente cuando negamos relevancia al recuento de diligencias incoadas.

Por cierto, que la no incoación de expediente puede responder a la decisión de oportunidad del Ministerio Fiscal, al entender suficiente la corrección en el ámbito educativo y familiar… y esta

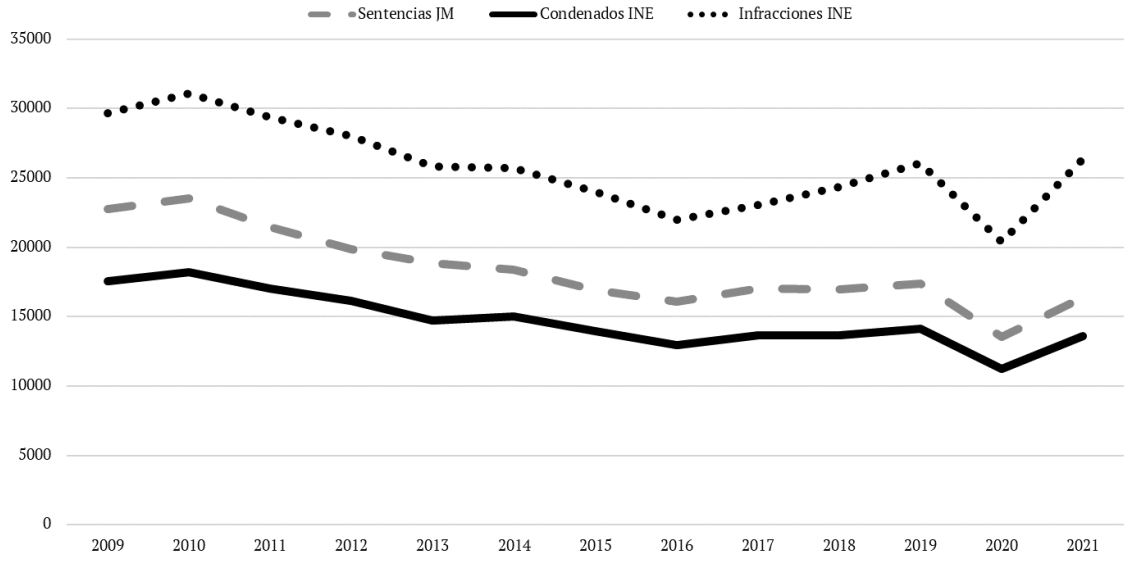
[66] Sería preciso contrastarla con datos de delincuencia autoinformada –en esta línea RECHEA et al., *La Delincuencia Juvenil en España: Autoinforme de los Jóvenes*, 1995; ORTS BERENGUER (coord.), *Menores: victimización, delincuencia y seguridad: programas formativos de prevención de riesgos*, 2006; una revisión de trabajos posteriores y actualización en BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, «Delincuencia autoinformada», en FERNÁNDEZ MOLINA/BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ (dtoras.), *Delincuencia y Justicia Juvenil en España: ¿qué sabemos?*, 2019; por cierto que estos datos «también tienen limitaciones y sesgos» (FERNÁNDEZ MOLINA et al., *Estudios Penales y Criminológicos*, 2014, p. 3) y conviene contrastarlos con la estadística oficial (FERNÁNDEZ MOLINA/BERNUZ BENEITEZ, *Justicia de menores*, p. 26)– y con encuestas de victimización –vid. DÍEZ RIPOLLÉS/GARCÍA ESPAÑA (dirs.) et al., *Encuesta a víctimas en España: Observatorio de la Delincuencia de Andalucía*, 2009; en las que, por otra parte, no es fácil controlar si los autores de los delitos fueron menores de edad–; esfuerzo que excede con creces de lo que aquí puedo desarrollar.

[67] Entre 2012 y 2021, sin darse jamás una correspondencia plena, las diferencias nunca exceden del 5%.

decisión está detrás de la finalización de más de un 10% de las diligencias incoadas por la Fiscalía en los últimos 10 años. Y, por otra parte, en la serie 2006-2021 más de un 36% de los expedientes que se incoan acaban sin escrito de alegaciones; pues bien, más de la mitad de estos (por encima del 20% del total de expedientes en los últimos años, y en los precedentes hay cifras superiores) se archivan por soluciones extrajudiciales o por sobreseimiento a propuesta del equipo técnico.[68] Lo que confirma la idea de que buena parte de la delincuencia protagonizada por menores, aun gestionándose a través del sistema penal (la Fiscalía lo es), no encontrará reflejo en la estadística de condenados; y de que esta última sólo refleja parcialmente lo que el sistema penal gestiona.

Si echamos un vistazo a esta última (los datos de condenados del Registro son accesibles a través de la estadística de condenados menores de los últimos años publicada por el INE), encontramos 8 condenados por cada 10 sentencias, y casi una infracción y media condenada por cada sentencia dictada.

Figura 5. Sentencias penales y condenados menores e infracciones registradas (2009-2021)



Elaboración propia a partir de datos del CGPJ[69] y del INE

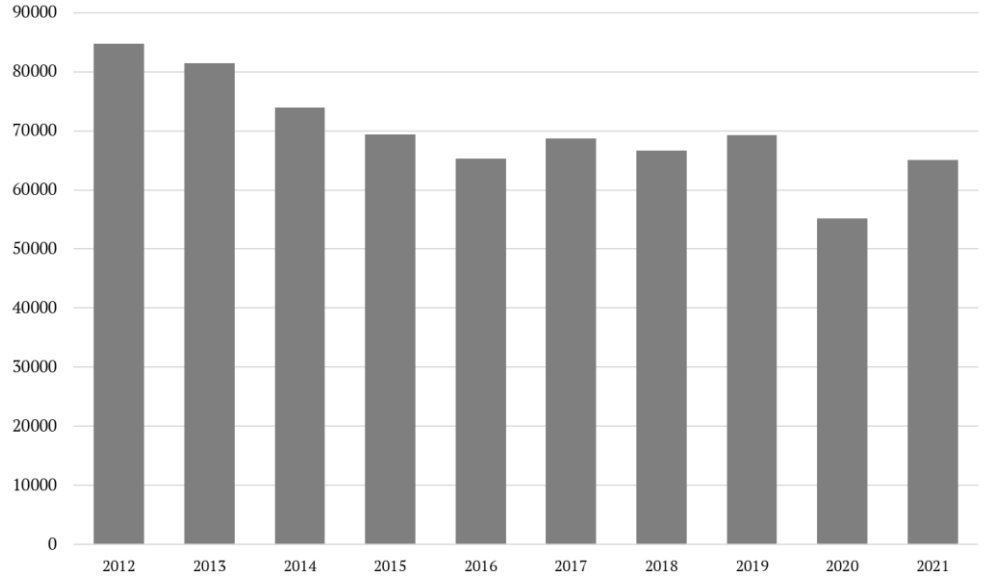
Nos movemos, desde hace una década, bastante por debajo de las 30.000 infracciones condenadas anuales. Y sin embargo, si acudimos a las cifras de delitos de que conoce la Fiscalía de acuerdo con sus memorias, el promedio de la última década se coloca en casi 70.000 por año.[70]

[68] Más por soluciones extrajudiciales que por vía del art. 27.4, y sobre todo en los últimos años, en que el criterio restrictivo de Fiscalía provoca que las primeras cuadrupliquen los casos en que se recurre a esta última posibilidad.

[69] Omito los datos de 2007 y 2008 porque su distribución suscita dudas de fiabilidad.

[70] El promedio de diligencias previas anuales incoadas por Fiscalía en el mismo periodo supera las 76.000; Fiscalía insiste en que no es un indicador fiable de la evolución de la delincuencia juvenil… parece prudente extender la cautela a las cifras de delitos atribuidos a menores que maneja la FGE en sus Memorias.

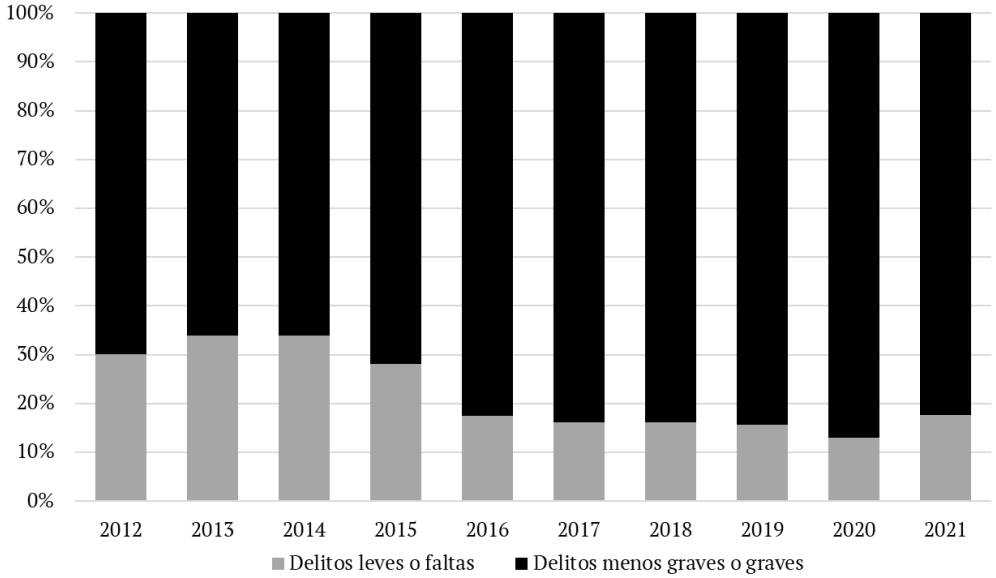
Figura 6. Número de delitos atribuidos a menores relacionados en las Memorias FGE (2012-2021)



Elaboración propia a partir de datos de la FGE

Por cierto que, sorprendentemente, desde que Fiscalía desglosa delincuencia leve arroja un porcentaje de faltas/delitos leves inferior al registrado en las condenas judiciales –cfr. Figuras 3 y 7–: en la última década Fiscalía cifra por debajo del 23% la delincuencia leve, mientras que en las condenas judiciales esta se coloca por encima del 31%.[71]

Figura 7. Porcentaje de infracciones leves y menos graves o graves FGE (2012-2021)



Elaboración propia a partir de datos de la FGE

[71] Los datos son especialmente claros desde la implantación de los delitos leves, que para Fiscalía se presentan siempre con una importancia relativa inferior a la que tienen en las condenas judiciales, pero incluso en el periodo anterior en que Fiscalía registra un porcentaje de faltas levemente superior al que arrojan las condenas judiciales es tan escasa esta diferencia que resulta difícilmente explicable, si tenemos en cuenta que por varias vías las infracciones leves pueden resolverse sin condena –no incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (más del 10% de las diligencias), sobreseimiento por soluciones extrajudiciales o a propuesta del equipo técnico (más de la quinta parte de los expedientes de Fiscalía)–.

En resumen, si tenemos en cuenta la población residente en España susceptible de ser penada de acuerdo con la LO 5/2000 (menores de 18 años con 14 cumplidos), resultan las siguientes tasas:

Tabla 2. Tasas de sentencias, condenados, infracciones, expedientes y diligencias (2009-2021)

	Sentencias penales / 1.000 menores imputables	Menores condenados / 1.000 menores imputables	Infracciones (condena) / 1.000 menores imputables	Expedientes incoados / 1.000 menores imputables	Diligencias previas / 1.000 menores imputables
2009	12,9	10,0	16,8	19,3	62,5
2010	13,6	10,5	17,9	18,6	61,0
2011	12,5	9,9	17,1	17,3	60,0
2012	11,6	9,5	16,4	17,3	57,2
2013	11,0	8,6	15,0	17,2	52,3
2014	10,6	8,7	14,8	15,8	47,1
2015	9,6	7,9	13,6	15,0	44,2
2016	9,0	7,2	12,3	15,2	41,6
2017	9,3	7,5	12,6	15,5	40,3
2018	9,1	7,3	13,0	14,5	37,0
2019	9,0	7,4	13,6	14,8	37,3
2020	6,9	5,7	10,3	11,4	29,2
2021	8,2	6,8	13,2	12,9	33,7

Elaboración propia a partir de datos del CGPJ, el INE y la FGE

4.3. Datos policiales

Si los avatares procesales inciden gravemente en los datos judiciales y de la Fiscalía, la estadística policial debería resultar un indicador más fiable de la delincuencia que llega a conocimiento de las autoridades;[72] suponiendo que no presente problemas de fiabilidad y completitud.[73]

Pero en cuanto a la aplicación del derecho penal de menores afecta, existen también dudas de validez: conviene no olvidar que los asuntos pueden llegar a la Fiscalía de menores sin necesidad de pasar por la policía, y como veremos seguidamente hay evidencia de que –al menos y muy destacadamente en algunos territorios– así sucede efectivamente. Además, los datos proporcionados por el Ministerio del Interior presentan, de partida, un doble inconveniente: por una parte, no se refieren al total del territorio nacional (no incluyen datos de Cataluña[74]); y por

[72] En la magistral y clásica expresión de SELLIN, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1931, p. 346, «the value of a crime rate for index purposes decreases as the distance from the crime itself in terms of procedure increases».

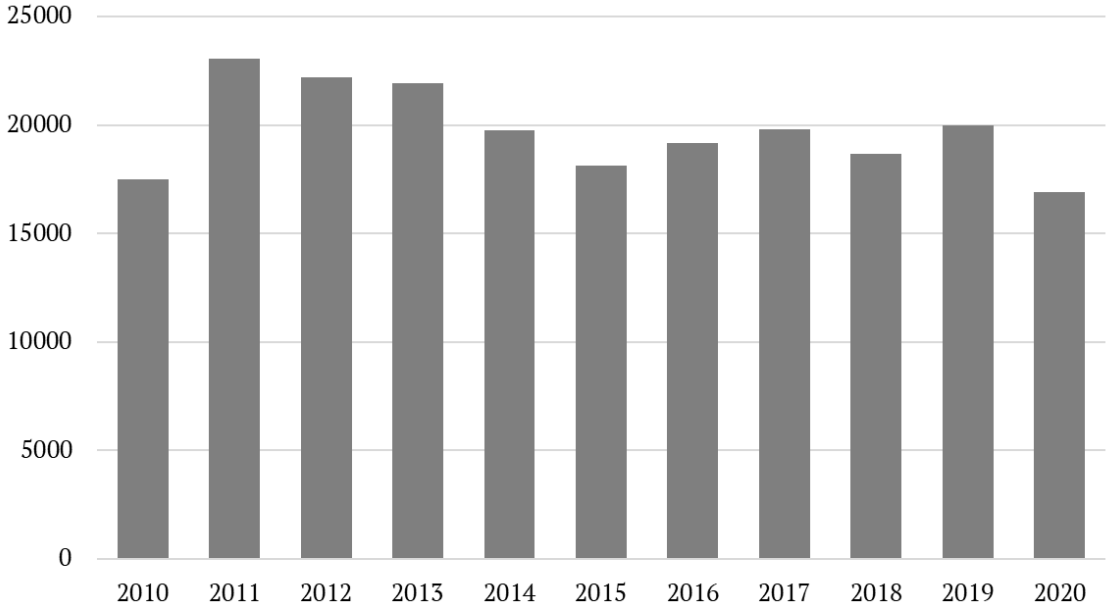
[73] Atendiendo en particular al caso español, cfr. AEBI/LINDE, *RECPC*, 2010, pp. 1 ss.; SERRANO GÓMEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2011, pp. 425 ss.; y especialmente CANO PAÑOS, *ADPCP*, 2021, pp. 203 ss.

[74] El despliegue de competencias de las policías autonómicas ha supuesto, en varios territorios, la asunción por éstas de funciones de policía judicial en materia de justicia juvenil, de forma que el Ministerio sólo dispone de estos datos cuando el cuerpo policial autonómico se los proporciona. La policía autonómica catalana (*Mossos d'Esquadra*) no proporciona al Ministerio del Interior, ni tampoco publica en abierto en su portal de internet, datos sobre delincuencia juvenil. La policía autonómica vasca (*Ertzaintza*) sí proporciona esta información a la SES, aunque presenta particularidades que obligarán a volver en breve sobre ella.

otra parte, los datos proporcionados por el Ministerio no han sido los mismos en todo el periodo histórico.[75]

Con todo, las cifras totales de detenidos e investigados proporcionadas por la SES apuntan, en la última década, un promedio de menos de 20.000 menores al año (lo que nos colocaría más o menos en las cifras de sentencias de los juzgados de menores, por debajo del número de asuntos de estos y muy por debajo de las diligencias incoadas por la Fiscalía).

Figura 8. Detenidos e investigados menores de 18 años (2010-2020)



Elaboración propia a partir de datos de la SES

Si tenemos en cuenta el total de población española entre 14 y 17 años, y dividimos las detenciones-investigaciones registradas por el Ministerio entre estas cifras poblacionales, el resultado es una tasa de en torno a 11 detenciones o investigaciones por cada mil menores.[76] Sin embargo, hemos advertido ya que los datos recogidos por la SES no incorporan información de la policía autonómica catalana sobre delincuencia juvenil; y debemos añadir que, aunque la policía autonómica vasca sí proporciona información al respecto, sus cifras son extraordinariamente bajas (¡hasta el punto de quedar notablemente por debajo de las de condenas judiciales!). En efecto, un análisis particularizado por territorios nos confirma estos extremos y además presenta algunas sorpresas.

[75] Los anuarios de 2007 a 2009, ambos inclusive, ofrecen datos de 'indicadores' genéricos sin detalle por tipologías delictivas y sin distinguir entre menores y adultos; vid. AUCEJO NAVARRO/GUARDIOLA GARCÍA, 2018, pp. 24ss.

[76] Las tasas serían (aunque cuestionaremos enseguida este dato) las siguientes: 2010, 10,07; 2011, 13,45; 2012, 12,98; 2013, 12,79; 2014, 11,40; 2015, 10,30; 2016, 10,71; 2017, 10,84; 2018, 9,98; 2019, 10,42; 2020, 8,59. En el periodo 2002-2006 (cfr. al respecto AUCEJO NAVARRO/GUARDIOLA GARCÍA, *ReCrim*, 2018, pp. 25-31), los Anuarios del MINISTERIO DEL INTERIOR recogen cifras que dan lugar a tasas algo mayores: 14/1.000 en 2002; 13,1/1.000 en 2003; 12,8/1.000 en 2004; 12,1/1.000 en 2005; 10,7/1.000 en 2006 (no se desglosan datos sobre menores en los anuarios de 2007, 2008 y 2009).

Tabla 3. Tasa de intervenciones policiales y de condenas por Comunidades Autónomas

	Detenciones e investigaciones /1.000 menores 14-17a 2010-2019	Condenas /1.000 menores 14-17a 2010-2019	Detenciones e investigaciones /1.000 menores 14-17a 2010-2020	Condenas /1.000 menores 14-17a 2010-2020
Andalucía	12,02	9,42	11,68	9,11
Aragón	25,48	6,63	24,84	6,49
Asturias	16,86	9,39	16,29	9,04
Baleares	15,33	13,39	14,95	13,04
Canarias	11,53	9,44	11,14	9,31
Cantabria	12,12	11,00	11,65	10,54
Castilla y León	10,27	10,79	10,06	10,50
Castilla La Mancha	13,36	7,61	12,96	7,37
Cataluña	0,11	6,05	0,11	5,81
Comunidad Valenciana	17,66	11,77	17,05	11,35
Extremadura	10,62	9,18	10,39	8,81
Galicia	7,15	6,44	6,88	6,29
Madrid	15,86	5,16	15,84	5,06
Murcia	13,92	9,24	13,58	9,02
Navarra	6,81	7,33	6,78	7,04
País Vasco	3,15	7,77	3,04	7,41
La Rioja	14,97	11,10	14,37	10,58
Ceuta	41,68	39,09	40,48	38,04
Melilla	50,09	16,06	52,78	14,97

Elaboración propia a partir de datos de la SES y del INE

Los datos catalanes sobre detención, como estaba advertido, son anecdóticos; pero los vascos se mueven por debajo de la mitad de la tasa de condenas (lo que, si no se cuestiona esta cifra, obliga a concluir que la gestión de la delincuencia juvenil no pasa, en el País Vasco, fundamentalmente a través de la policía); y, aunque con diferencias no tan acusadas, otro tanto sucede tanto en Navarra como en Castilla y León. Y, por el contrario, encontramos territorios en que las detenciones e investigaciones policiales triplican (Madrid y Melilla) o incluso casi cuadruplican (Aragón) las condenas de que da cuenta el Registro.

Por una parte, podemos concluir de ello que existe clara evidencia de importantísimas diferencias territoriales en la gestión de la delincuencia juvenil; por otra parte, resulta obvio también que las tasas apuntadas más arriba son altamente engañosas.[77] Así, si recalculamos la tasa de detenciones e investigaciones policiales por cada 1.000 menores en edad de responsabilidad penal excluyendo los (escasos) datos policiales y la población de Cataluña, el resultado para el resto del territorio nacional es una tasa de detenciones e investigaciones policiales de 13,09 por cada 1.000 menores en edad de responsabilidad penal.[78] Si decidiéramos excluir también los

[77] Calcular tasas sobre la población nacional, sin tener en cuenta los delitos correspondientes a un territorio al que corresponde más del 20% de la población total entre 14 y 17 años (Cataluña) implica una grave distorsión.

[78] Si quiere excluirse el año 2020, cuyas cifras son bajas por razón de la pandemia, de 13,39. Si queremos cruzar este dato con la Tabla 2, debe advertirse que como se refleja en la Tabla 3 Cataluña y Madrid son los territorios de España con menores tasas de condenas juveniles; la tasa de condenas por cada 1.000 menores con 14 años cumplidos del territorio español excluyendo Cataluña en 2010-2020 se cifra en 8,59 (8,86 para 2010-2019).

datos y la población del País Vasco, las tasas se colocarían en 13,62 para detenciones e investigaciones en 2010-2020.[79] En cualquier caso, y aunque excluyamos del análisis los datos catalanes y vascos, la Fiscalía sigue dando cuenta de más incoaciones de expedientes que menores afirman detener o investigar las fuerzas policiales.

5. Un contraste con los datos de otros países de nuestro entorno

¿Son las que preceden cifras elevadas o bajas, en comparación con otros estados de nuestro entorno? Es una pregunta cuya respuesta resulta menos sencilla de lo que podría pensarse, porque la enorme disparidad entre los sistemas de justicia juvenil hace muy difíciles las comparaciones.[80] Con todo, los datos de Eurostat sobre delincuencia y justicia penal[81] dan cuenta de la tasa de personas que entran en contacto con el sistema penal (sospechosos, detenidos por la policía o sometidos a medidas judiciales), y que son condenadas en distintos territorios nacionales europeos desde 2008, permitiendo discriminar entre menores y adultos (de acuerdo con la definición nacional correspondiente).[82] Conviene advertir las enormes diferencias geográficas en lo que atañe a la injerencia del sistema penal en la vida ciudadana;[83] y es preciso además tener en cuenta, en cuanto a las tasas relativas a menores de edad, que no todos los estados atribuyen responsabilidad penal juvenil desde ni hasta la misma edad, y que en algunos estados la competencia policial sobre menores se extiende desde su nacimiento mientras en otros sólo desde determinada edad gestiona la policía las infracciones de los menores.[84] Pero, con las cautelas correspondientes, podemos comparar los datos de buena parte de los estados europeos.

---

[79] Si atendemos al periodo 2010-2019, 13,93. Las tasas de condenas por cada 1.000 menores en edad de responsabilidad penal del resto del territorio español sin Cataluña ni País Vasco serían de 8,92 para 2010/2019 y de 8,65 para 2010/2020.

[80] Ya respecto de sistemas penales de adultos la falta de uniformidad de definiciones de delitos y sanciones, la falta de instrumentos comunes de medida y la falta de una metodología común convierten las comparaciones entre países en extremadamente peligrosas (AEBI et al., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2021*, 6ª ed., 2021, p. 9); y lo son aún más respecto de los sistemas de justicia juvenil –téngase en cuenta la enorme disparidad de franjas etarias de los infractores que determinan las competencias policiales y judiciales en el entorno europeo (puede consultarse una tabla detallada sobre esta materia en https://ec.europa.eu/eurostat/cache/metadata/en/crim_esms.htm#accessibility_clarity1654674641738)–.

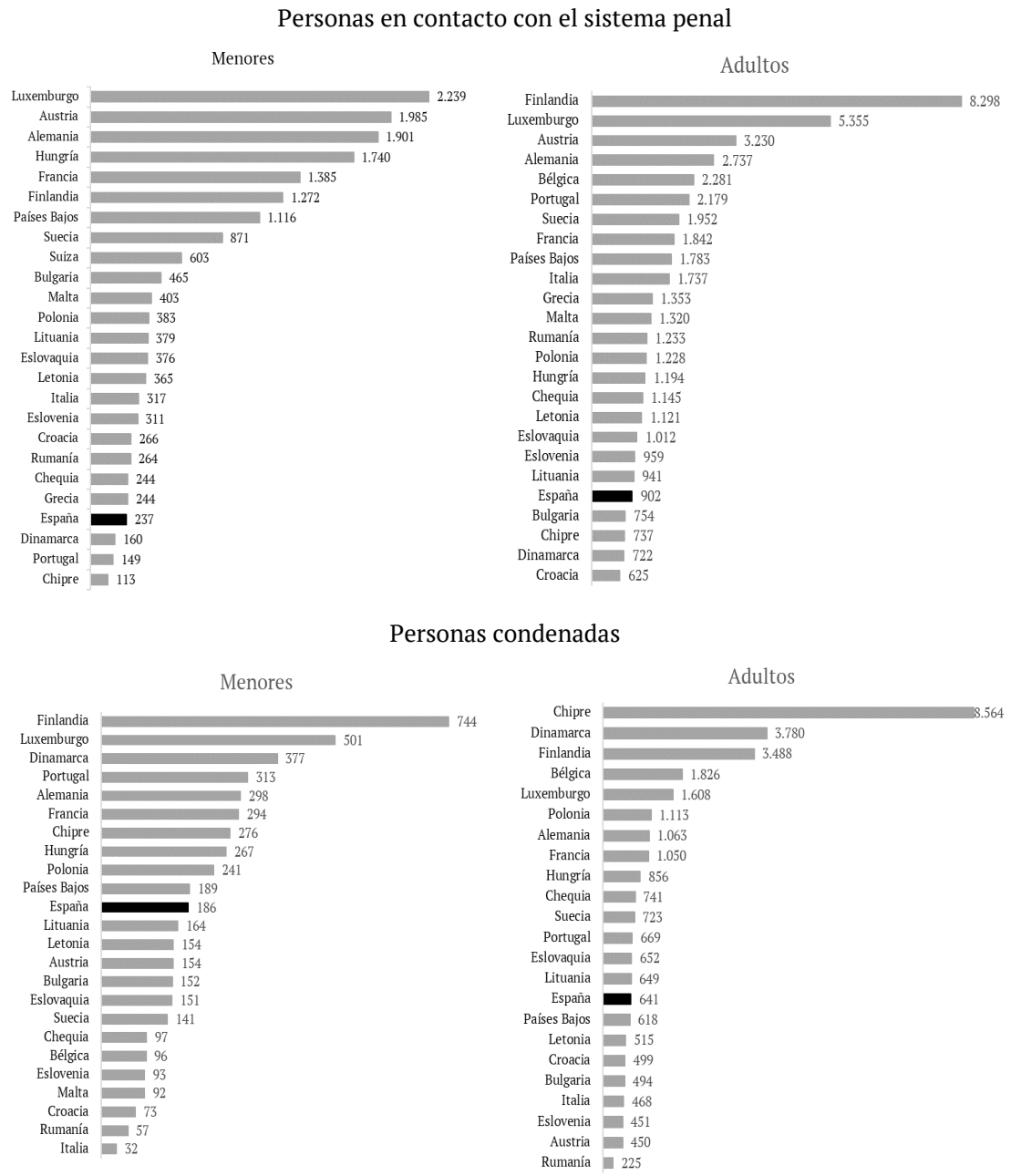
[81] Accesibles en https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/crim_just_age/default/table?lang=en; información metodológica en https://ec.europa.eu/eurostat/cache/metadata/en/crim_just_esms.htm

[82] Existen también datos sobre procesados, pero no de España. Respecto de los datos que aquí manejaremos, conviene advertir que respecto de personas en contacto con el sistema penal, los datos de Dinamarca están disponibles sólo desde 2015; los de Chipre no están disponibles para 2019 y 2020, y en 2008 y 2010 no discriminan entre menores y adultos. Respecto de personas condenadas, los datos de Bélgica faltan en 2008 y 2009 y no discriminan entre menores y adultos en 2016 y 2020; los de Grecia son inexistentes; los de Italia faltan en 2019 y 2020; los de Luxemburgo sólo están disponibles a partir de 2016; los de Malta sólo dan cuenta de condenas juveniles; y los de Polonia no están disponibles para 2020. En ambas series, los datos de Estonia e Irlanda son incompletos y no permiten incluir estos estados en el análisis.

[83] Los datos disponibles sobre Finlandia dan un promedio anual de más de 7.500 personas en contacto con el sistema penal por cada 100.000 habitantes; Luxemburgo e Irlanda del Norte refieren más de 4.500, Escocia casi 4.000; Austria y Liechtenstein casi 3.000; Alemania más de 2.500; Bélgica más de 2.000... mientras Dinamarca, Croacia, Lituania, Eslovenia, Eslovaquia, Montenegro y Serbia proporcionan una tasa de entre 500 y 1.000, perteneciendo España –con un promedio en el periodo 2008-2020 de 793 personas en contacto con el sistema penal por cada 100.000 habitantes– a este último grupo.

[84] Puede consultarse una tabla detallada sobre esta materia en https://ec.europa.eu/eurostat/cache/metadata/en/crim_esms.htm#accessibility_clarity1654674641738.

Figura 9. Personas en contacto con el sistema penal y condenadas en Europa (2008-2020). Casos por 100.000 menores o habitantes[85]



Elaboración propia a partir de datos de Eurostat.

Sólo en Hungría la tasa de detenidos/investigados juvenil es superior a la de adultos; y en todos los estados de la Unión la tasa de condenados es mayor en adultos que en menores. España, Portugal,[86] Rumanía y Finlandia son los únicos casos en que la ratio tasa-menores-de-edad/tasa-

[85] Eurostat calcula las tasas sobre el total de población menor de 18 años; téngase en cuenta que en esta contribución hemos utilizado tasas sobre la población en edad de responsabilidad penal juvenil.

[86] El caso portugués requiere una explicación particular: de acuerdo con los metadatos de Eurostat, la policía portuguesa es competente respecto de menores entre 12 y 15 años, pero los tribunales lo son respecto de menores entre 16 y 20 años. Se trata, pues, de poblaciones distintas en uno y otro grupo. No sucede lo mismo, o al menos las notas metodológicas de Eurostat no dan cuenta de tal cosa, en los otros países referidos.

adultos es más alta en condenas que en personas en contacto con el sistema penal. Una adecuada interpretación de estos datos exigiría un análisis detallado de los sistemas de justicia penal adulta y juvenil de todos los estados europeos, lo que excede con creces de la pretensión de esta contribución. Pero quisiera destacar aquí que, de acuerdo con estas cifras, la tasa de menores en contacto con el sistema penal en España es la cuarta más baja de las registradas, mientras la de condenas es la undécima más alta de los 24 estados de los que tenemos datos comparables;[87] aunque la ratio detenciones/condenas es más alta en menores que en adultos,[88] la tasa de condenas juveniles está por debajo del promedio europeo, y la de menores que entran en contacto con la justicia penal es especialmente baja en este contexto.

Resulta paradójico, en cualquier caso, que España esté entre los estados en que menos menores se las ven con la policía, pero se mueva en la parte media-alta de la tabla cuando atendemos a las condenas a menores.[89] Contribuye a ello que los datos españoles arrastran la disfunción que se ha señalado en el apartado precedente: calculan la tasa sobre la población total menor de edad, cuando no han incorporado realmente datos sobre un territorio en que habita la quinta parte de la población susceptible de responder de acuerdo con la LO 5/2000. Si recalculamos los datos españoles excluyendo la población residente en Cataluña, la tasa de menores en contacto con el sistema penal subiría a 256,58 menores por 100.000 menores de edad; lo que provocaría que España pasara por delante de Grecia y Chequia en la tabla.

Si acudimos en cambio al *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*,[90] encontramos el porcentaje de menores entre los detenidos o investigados por la policía y entre los condenados por los tribunales; aunque la última información detallada disponible es de 2015, conviene contrastarla.

Como puede comprobarse en la Figura 10, España se coloca nuevamente en la parte alta de la tabla (y ahora de manera significada) en cuanto a condenas, mientras los datos policiales (aunque no son de los más bajos) no destacan entre otros estados europeos.[91] Se confirma con ello que nuestros datos policiales sobre delincuencia juvenil –a nivel interno, y cuando se remiten para comparativas internacionales– son más modestos que los procedentes del sistema judicial, y probablemente infravaloran la relevancia del sistema penal juvenil español si se los toma como indicadores de éste o de la delincuencia juvenil en España.

---

[87] En adultos, respectivamente, España ocupa la quinta posición por abajo y la decimoquinta por arriba.

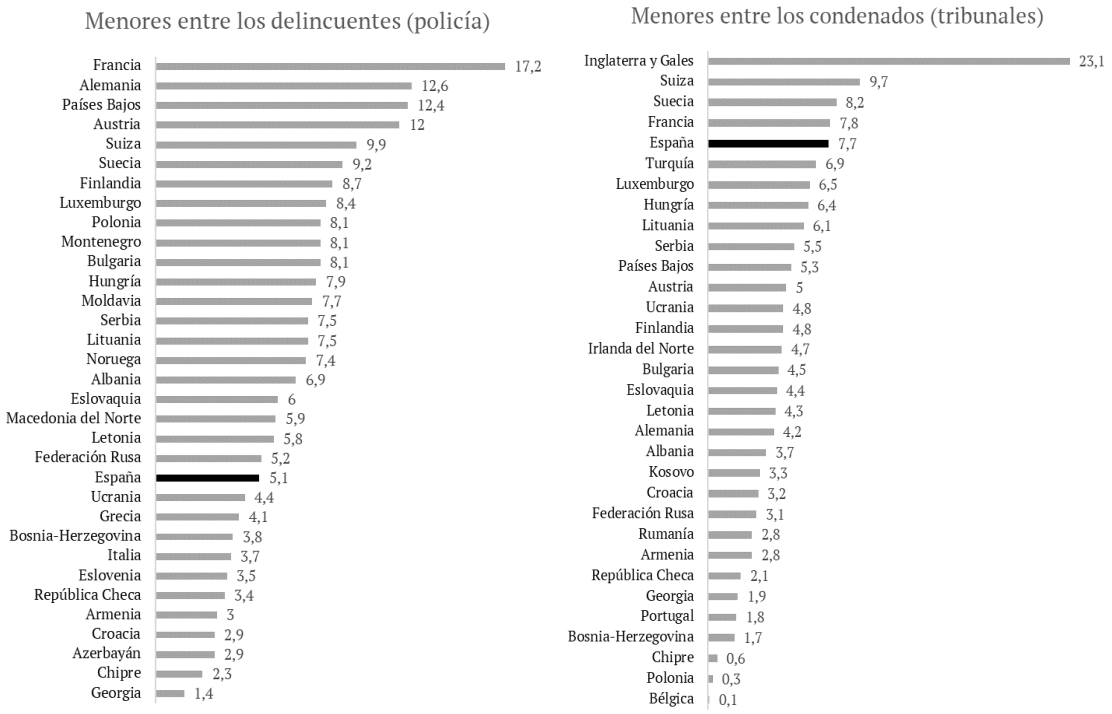
[88] Hay 7,1 condenas por cada 10 detenciones o investigaciones en adultos, pero hasta 7,8 por cada 10 en menores.

[89] Paradoja, por cierto, que comparte con Dinamarca o con Portugal; y que sin duda tiene su explicación en las particularidades de los distintos sistemas nacionales (del caso portugués nos hemos ocupado en nota más arriba).

[90] AEBI et al., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2021*, pp. 78 y 196.

[91] Conviene apuntar, sin embargo, que mientras el porcentaje de menores entre los detenidos ha caído cuatro décimas en España entre 2010 y 2015, el del conjunto de países analizados ha bajado ¡2,5 puntos! (cfr. AEBI et al., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2014*, 5ª ed., 2014/2017, p. 78); con todo España sigue sin evidenciar en estos datos grandes problemas de delincuencia juvenil (FERNÁNDEZ MOLINA Y BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, «Juvenile crime drop: What is happening with youth in Spain and why?», *European Journal of Criminology*, 2018, p. 7).

Figura 10. Porcentaje de menores entre detenidos/condenados en estados europeos (2015). Porcentajes sobre el total de delincuentes/condenados



Elaboración propia a partir de datos del *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2021*

6. A modo de conclusión

La LO 5/2000 instauró en España un verdadero Derecho penal de menores y generó mecanismos que posibilitan dentro de éste una intervención educativa con los menores infractores de la ley penal; lo que necesariamente suscita tensiones entre pretensiones sancionadoras y educativas, pese al empeño por hermanarlas de la Exposición de Motivos de la Ley. Las sucesivas (e inmediatas) reformas del texto legal, la práctica de los equipos técnicos y los profesionales, y la diversidad de condiciones aplicativas que representa la competencia autonómica en la ejecución de las medidas, junto con el desarrollo de criterios de Fiscalía y de los Juzgados de Menores, configuran el día a día de esta jurisdicción, que no es ajeno a la tensión entre la pretensión de castigar y la de educar.

Las diversas fuentes estadísticas oficiales disponibles para estudiar su implantación y alcance no son siempre fácilmente contrastables e interpretables, y evidencian en cualquier caso diversidades territoriales en la gestión policial y judicial de esta cuestión. Se han señalado en las líneas precedentes algunas cuestiones de importancia para avanzar en la comprensión de estos datos; sin pretensión de exhaustividad, y con la clara conciencia de que quedan en el tintero problemas de gran importancia (la cuestión de género en el Derecho penal de menores, o las modalidades delictivas a las que atiende el sistema, por ejemplo) que ni siquiera han sido apuntados. Espero haber contribuido, al menos, a precisar los términos en algunos puntos.

Finalmente, el contraste con el funcionamiento del sistema penal de otros estados europeos no es un empeño sencillo; si ya es difícil comparar rigurosamente los sistemas penales de adultos, en los de menores la cuestión puede ser aún más compleja. Los indicadores disponibles no

delatan a España como un estado particularmente punitivo con los menores de edad, aunque se ha evidenciado que no siempre son correctos. En cualquier caso, el sistema español no es el único que proporciona información paradójica a las estadísticas europeas, lo que no debería ser un consuelo sino una advertencia para todos de que es preciso aún avanzar mucho.

7. Bibliografía

ABEL SOUTO, Miguel, «Medidas alternativas al internamiento penal de menores», en ABADÍAS SELMA, Alfredo et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 1037 ss.

AEBI, Marcelo F., *Temas de Criminología*, Dykinson, Madrid, 2008.

AEBI, Marcelo F. et al., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2021*, 6ª ed., Series UNILCRIM, (1)2021, 2021. Accesible en línea en https://wp.unil.ch/europeansourcebook/printed-editions-2/

AEBI, Marcelo F. et al., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2014*, 5ª ed., European Institute for Crime Prevention and Control, 2014/2017. Accesible en línea en https://wp.unil.ch/europeansourcebook/files/2018/03/Sourcebook2014_2nd_revised_printing_edition_20180308.pdf

AEBI, Marcelo F./LINDE, Antonia, «El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *12*(7), 2010, pp. 1 ss.

ALMAZÁN SERRANO, Ana/IZQUIERDO CARBONERO, Francisco J., *Derecho penal de menores: incluye formularios de resoluciones judiciales y escritos*, 2ª ed., Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2007.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «La crisis del modelo correccional», en DUCE, María Rosario (ed.), *Menores: la experiencia española y sus alternativas*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1987, pp. 51 ss.

ARARTEKO, *Intervención con menores infractores: Informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco*, Ararteko, 1998. Accesible en línea en https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_20_3.pdf

AUCEJO NAVARRO, José María/GUARDIOLA GARCÍA, Javier, «La delincuencia juvenil en España: cifras y datos de la estadística oficial (2002-2016)», *ReCrim*, 2018, pp. 18 ss.

BARQUÍN SANZ, Jesús/CANO PAÑOS, Miguel Ángel, «Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *18*, 2006, pp. 37 ss.

BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, Raquel, «Delincuencia autoinformada», en FERNÁNDEZ MOLINA, Esther/BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, Raquel (dtoras.), *Delincuencia y Justicia Juvenil en España: ¿qué sabemos?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 33 ss.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F., «El Derecho penal de menores en el Estado Social y Democrático de Derecho: Breve referencia a los principios que disciplinan el *ius puniendi* estatal respecto del joven infractor», en BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F./CRUZ BLANCA, María José (dtores.), *El Derecho*

penal de menores a debate: I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil, Universidad de Jaén y Dykinson s.l., Madrid, 2010, pp. 53 ss.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F./CRUZ BLANCA, María José, «Prólogo», en BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F./CRUZ BLANCA, María José (dtores.), *El Derecho penal de menores a debate: I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Universidad de Jaén y Dykinson s.l., Madrid, 2010, pp. 11 ss.

BERNUZ BENEITEZ, María José, «El eterno reto de una justicia específica para los menores de edad: la delincuencia grave», en ABADÍAS SELMA, Alfredo et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 835 ss.

BERNUZ BENEITEZ, María José, «Justicia de menores española y nuevas tendencias penales: La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7(12), 2005, pp. 1 ss.

BERNUZ BENEITEZ, María José, *De la protección de la infancia a la prevención de la delincuencia*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999.

BERNUZ BENEITEZ, María José/FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, «La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo: Indicadores de un nuevo modelo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *10*(13), 2008, pp. 1 ss.

BUENO ARÚS, Francisco, «La Ley de responsabilidad penal del menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal», en PANTOJA GARCÍA, Félix (dtor.), *La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: situación actual*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 283 ss.

CÁMARA ARROYO, Sergio, «Delincuencia juvenil femenina: Apuntes criminológicos para su estudio en España», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* LXVI, 2013, pp. 293ss.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel, «Los persistentes problemas de la investigación criminológica en España en el ámbito de la delincuencia juvenil. Un análisis a partir de las estadísticas policiales», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* LXXIV, 2021, pp. 203ss.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel, «¿Es viable la introducción del modelo de discernimiento en el sistema de justicia penal juvenil vigente en España?», en GUARDIOLA GARCÍA, Javier (coord.), *Libro de Actas del Congreso Peligrosidad, sanción y educación en el Derecho penal juvenil: veinte años de experiencia*, publicado en la Revista *ReCrim*, 2021, p. 22.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel, «¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el Derecho penal juvenil?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-13, 2011, pp. 1 ss.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *El futuro del Derecho penal juvenil europeo: Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*, Atelier, Barcelona, 2006.

CARMONA SALGADO, Concepción, «Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-03, 2002, pp. 1 ss.

CEA D'ANCONA, María Ángeles, *La justicia de menores en España*, Siglo XXI, Madrid, 1992.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La Medida de Internamiento en el Derecho Penal del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, «Las medidas en el derecho penal de menores», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/CUERDA ARNAU, María Luisa (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del* menor, Universitat Jaume I, Castellón, 2006, pp. 121 ss.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta/COLÁS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid, 2002.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta/COLÁS TURÉGANO, Asunción, «Cumplimiento de la mayoría de edad en la infracción penal y en la medida impuesta», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/CUERDA ARNAU, María Luisa (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del* menor, Universitat Jaume I, Castellón, 2006, pp. 55 ss.

COLÁS TURÉGANO, Asunción, «Selección y determinación de las medidas en la LORPM: Criterios jurisprudenciales y de la FGE tras veinte años de vigencia», en ABADÍAS SELMA, Alfredo et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 809 ss.

COLÁS TURÉGANO, Asunción, *Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, *Circular 5/2007, Régimen transitorio para mayores de 18 años y menores de 21años.* Disponible en línea en https://www.icava.org/public/Attachment/2016/10/transitorio1821.pdf

CRUZ BLANCA, María José, «Sobre las medidas tras la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre», en BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F./CRUZ BLANCA, María José (dtores.), *El Derecho penal de menores a debate: I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Universidad de Jaén y Dykinson s.l., Madrid, 2010, pp. 153 ss.

CRUZ BLANCA, María José, *Derecho penal de menores: Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A. e Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.

CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, «Una aproximación a las consecuencias de omitir la valoración de la culpabilidad por el hecho en el sistema penal juvenil», en ABADÍAS SELMA, Alfredo et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 339 ss.

CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*, Dykinson, Madrid, 2007.

CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El nuevo Derecho penal de menores*, Civitas, Madrid, 2000.

CUERDA ARNAU, María Luisa, «Prólogo», en VILLANUEVA BADENES, Lidón et al., *Seguimiento en la edad penal adulta de menores infractores de la provincia de Castellón con medidas previas de internamiento en centro*, Fundación Dávalos-Fletcher, Castellón, 2017, pp. 5 ss.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la, «De la legislación tutelar a la responsabilidad penal de los menores infractores: dos décadas de derecho penal de menores en España», en OCÁRIZ PASSEVANT, Estefanía/SAN JUAN GUILLÉN, César (comp.), *100 años de acompañamiento en Justicia Juvenil: Investigación evaluativa y retos futuros*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2022, pp. 45 ss.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la/BLANCO CORDERO, Isidoro, *Menores infractores y sistema penal*, Instituto Vasco de Criminología, Donostia-San Sebastián, 2010.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, «La responsabilidad penal del menor en el Derecho español», *Revista Penal México,* 9, septiembre de 2015-febrero de 2016, pp. 19 ss.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (dtor.)/FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo/POZUELO PÉREZ, Blanca, *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «El abuso del sistema penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 19–01, 2017, pp. 1 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «Prólogo», en PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima, *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 19 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/GARCÍA ESPAÑA, Elisa (dirs.) et al., *Encuesta a víctimas en España: Observatorio de la Delincuencia de Andalucía*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología-Sección de Málaga y Cajasol-Fundación, Málaga, 2009.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús, *Comentarios a la Legislación Penal de Menores: incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús, «La instrucción penal del Fiscal en el nuevo proceso de menores: contenido y límites», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis et al. (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes: análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 263 ss.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María, «El interés superior del menor y la proporcionalidad en el Derecho penal de menores: contradicciones del sistema», en BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F./CRUZ BLANCA, María José (dtores.), *El Derecho penal de menores a debate: I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Universidad de Jaén y Dykinson s.l., Madrid, 2010, pp. 79 ss.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, «Bases dogmáticas de la responsabilidad penal de los menores», en ABADÍAS SELMA, Alfredo et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 317ss.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, «Datos oficiales de la delincuencia juvenil: valorando el resultado del proceso de producción de datos de la Fiscalía de menores», *InDret, 2-2013*, pp. 1 ss.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther et al., «Los datos oficiales de la delincuencia valoración del alcance de los datos de la Fiscalía como indicador del volumen delictivo», *Estudios Penales y Criminológicos, XXXIV*, 2014, pp. 1 ss.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther et al., «Evolución y tendencias de la delincuencia juvenil en España», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 7 (8), 2009, pp. 1 ss.

FERNÁNDEZ-MOLINA, Esther/BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, Raquel, «Juvenile crime drop: What is happening with youth in Spain and why?», *European Journal of Criminology*, 2018, pp. 1 ss.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther/BERNUZ BENEITEZ, Maria José, *Justicia de menores*, Editorial Síntesis, Madrid, 2018.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther/RECHEA ALBEROLA, Cristina, «¿Un sistema con vocación de reforma?: La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores», *Revista Española de Investigación Criminológica*, *4*(4), 2006, pp. 1 ss.

GARCÍA INGELMO, Francisco M., *Ejercicio del principio de oportunidad en la jurisdicción de menores: Supuestos legales: Cuestiones prácticas y directrices de la FGE.* Material del Seminario de especialización en menores impulsado por el Centro de Estudios Jurídicos, 2017, accesible en www.fiscal.es

GARCÍA PÉREZ, Octavio (dtor.)/DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima/GARCÍA RUIZ, Susana, *La delincuencia juvenil ante los juzgados de menores*, Tirant lo Blanch e Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Valencia, 2008.

GARCÍA PÉREZ, Octavio, «La reforma de 2006 de la Ley de responsabilidad penal de los menores: la introducción del modelo de seguridad ciudadana», en JORGE BARREIRO, Agustín/FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar: ¿qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 23 ss.

GARCÍA PÉREZ, Octavio, «Estudio comparativo sobre la aplicación de las leyes de responsabilidad penal del menor 4/1992 y 5/2000 (II)», *Boletín Criminológico*, 70, 2003, pp. 1-4.

GARCÍA PÉREZ, Octavio, «Estudio comparativo sobre la aplicación de las leyes de responsabilidad penal del menor 4/1992 y 5/2000 (I)», *Boletín Criminológico*, 69, 2003, pp. 1-4.

GIL GIL, Alicia et al., *Consecuencias jurídicas del delito: Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Dykinson, Madrid, 2018.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther, *Delincuencia juvenil y control social: Estudio descriptivo de la actuación el Tribunal Tutelar de Menores de Barcelona*, Círculo Editor Universo, Esplugues de Llobregat, 1981.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen (coord.), *Comentarios a la Ley Penal del Menor: Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006*, Iustel, Madrid, 2007.

GÓMEZ-FRAGUELA, Xosé Antón et al., «Valoración del riesgo en el sistema de justicia juvenil de la Ley Orgánica 5/2000», en ABADÍAS SELMA, Alfredo et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 705 ss.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis/CUERDA ARNAU, María Luisa, «Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis et al. (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes: análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 79 ss.

GONZÁLEZ PILLADO, Esther, «La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal de Menores», en GONZÁLEZ PILLADO, Esther (coord.), *Mediación con*

menores infractores en España y los países de su entorno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 53 ss.

GRANDE SEARA, Pablo, «Incoación del expediente de reforma y fase de instrucción», en GONZÁLEZ PILLADO, Esther (coord.), *Proceso penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 115 ss.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado: tomo II*, Imprenta de Timoteo Arnaiz, Burgos, 1872.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado: tomo I*, Imprenta de Timoteo Arnaiz, Burgos, 1870.

GUISASOLA LERMA, Cristina, «La delincuencia de menores en la provincia de Valencia: análisis de las estadísticas oficiales», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis et al. (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes: análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 349 ss.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, «La transformación de la originaria LORPM y sus consecuencias jurídicas», *Revista General de Derecho Penal,* 4, 2005, pp. 1 ss.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *Derecho penal juvenil*, Bosch, Barcelona, 2003.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17–19, 2015, pp. 1 ss.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Introducción al Derecho penal de menores*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MAPELLI CAFFARENA, Borja et al., *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2002.

MARTÍN OSTOS, José, «Los primeros pasos hacia la jurisdicción de menores en España», *Anuario de Justicia de Menores,* XX, Editorial Astigi, 2020, pp. 13 ss.

MARTÍN OSTOS, José de los Santos, *Jurisdicción de menores*, Bosch, Barcelona, 1994.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía/VIANA BALLESTER, Clara, «El Reglamento de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores», en GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del* menor, Universitat Jaume I, Castellón, 2006, pp. 479 ss.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía/VIANA BALLESTER, Clara, «Comentario al Reglamento de la LORPM», *Revista General de Derecho Penal*, 2, 2004, pp. 1 ss.

MARTÍNEZ SERRANO, Alicia, «Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000», en ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario (dtor.), *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 17 ss.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, «La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXII, 2000, pp. 56 ss.

MONTERO HERNANZ, Tomás, «Criminalidad juvenil versus criminalidad adulta en España», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 49, 2018, pp. 109 ss.

MONTERO HERNANZ, Tomás, «La criminalidad juvenil en España (2007-2012)», *Revista Criminalidad*, 56 (2), 2014, pp. 247 ss.

MONTERO HERNANZ, Tomás, «La delincuencia juvenil en Castilla y León», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 27, 2012, pp. 1 ss.

MONTERO HERNANZ, Tomás, «La justicia juvenil en España en datos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8, 2012, pp. 537 ss.

MONTERO HERNANZ, Tomás, «La delincuencia juvenil en España, en datos», *Derecho y Cambio Social*, 8-23, 2011, pp. 1.

MONTERO HERNANZ, Tomás, «La evolución de la delincuencia juvenil en España (1ª parte)», *La Ley Penal*, 78, 2011.

MONTERO HERNANZ, Tomás, «La evolución de la delincuencia juvenil en España (2ª parte): la delincuencia juvenil por Comunidades Autónomas», *La Ley Penal*, 79, 2011, pp. 85 ss.

MONTERO HERNANZ, Tomás, «La delincuencia juvenil en España en datos», *Quadernos de Criminología*, 9, 2010, pp. 14 ss.

MORENO CATENA, Víctor, «Ámbito de aplicación y garantías procesales en el proceso penal de menores», en GONZÁLEZ PILLADO, Esther (coord.), *Proceso penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 21 ss.

MORILLAS CUEVA, Luis, «La política criminal del menor como expresión de una continua contradicción», en BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F./CRUZ BLANCA, María José (dtores.), *El Derecho penal de menores a debate: I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Universidad de Jaén y Dykinson s.l., Madrid, 2010, pp. 15 ss.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal: parte general. 4ª ed. rev. y puesta al día*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal: parte general. 10ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, *Derecho penal de menores: Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre y a su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de* julio, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 2007.

ORTS BERENGUER, Enrique (coord.), *Menores: victimización, delincuencia y seguridad: programas formativos de prevención de riesgos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal: concordado y comentado por Don Joaquín Francisco Pacheco: tomo I*, 2ª ed. corregida y aumentada. Imprenta de la viuda Perinat y compañía, Madrid, 1856.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, «El principio del "interés del menor" en Derecho penal: una visión crítica», *Revista de Derecho penal y Criminología,* 10, 2013, pp. 155 ss.

PERES NETO, Luiz, *Leyes a golpe de suceso: el efecto de los discursos mediáticos en las reformas políticas en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor* (2000-2003) [Trabajo de investigación de doctorado], Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2007.

PERES NETO, Luiz, *Prensa, política criminal y opinión pública: el populismo punitivo en España* [Tesis doctoral], Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2010.

PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima, *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores (LO 8-2006): aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

POZUELO PÉREZ, Laura, «Lo bueno, lo malo y lo mejorable de la Ley Orgánica 5/2000», en ABADÍAS SELMA, Alfredo et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 145 ss.

POZUELO PÉREZ, Laura, «Delincuencia juvenil: distorsión mediática y realidad», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 21, 2013, pp. 117 ss.

RECHEA, Cristina et al., *La Delincuencia Juvenil en España: Autoinforme de los Jóvenes*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.

RECHEA ALBEROLA, Cristina/FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, «Panorama actual de la delincuencia juvenil», en GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, Esther (coord.), *Justicia de menores: una justicia mayor: comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 345-441.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, *El menor infractor ante la ley penal*, Comares, Granada, 1993.

RODRÍGUEZ PÉREZ, Juana Pilar, «La justicia de menores en España: análisis histórico-jurídico», *Anales de la Facultad de Derecho*, 18 (Universidad de La Laguna), 2001, pp. 419 ss.

ROSA CORTINA, José Miguel de la, «Las sanciones imponibles en el sistema de justicia juvenil y el principio del superior interés el menor», en ABADÍAS SELMA, Alfredo et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 759 ss.

ROSA CORTINA, José Miguel de la, «La instrucción en el procedimiento de la LORPM: intervención del juez de menores», en ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario (dtor.), *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 223 ss.

SALOM ESCRIVÁ, Juan Salvador, «La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis et al. (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes: análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 211 ss.

SAN JUAN GUILLÉN, César/OCÁRIZ PASSEVANT, Estefanía, «Evolución de la Delincuencia Juvenil en el País Vasco y la apuesta por la reducción de la reincidencia», en OCÁRIZ PASSEVANT, Estefanía/SAN JUAN GUILLÉN, César (comp.), *100 años de acompañamiento en Justicia Juvenil: Investigación evaluativa y retos futuros*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2022, pp. 85 ss.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, Comares, Granada, 1998.

SELLIN, Thorsten, «The basis of a crime index», *Journal of Criminal Law and Criminology,* 33 - 3, 1931, pp. 335 ss.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso, «Dudosa fiabilidad de las estadísticas policiales sobre criminalidad en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6, 2011, pp. 425 ss.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Delincuencia juvenil en España: Estudio criminológico*, Doncel, Madrid, 1970.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *La evolución del encarcelamiento en España (1971-2020): Un estudio de series temporales*, J.M. Bosch Editor, 2021.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso, «Mayoría de edad penal en el Código de 1995 y delincuencia juvenil», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 5, 1995, pp. 775 ss.

SERRANO TÁRREGA, María Dolores, «Evolución de la delincuencia juvenil femenina a los veinte años de la entrada en vigor de la LORPM», en ABADÍAS SELMA, Alfredo et al. (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 615 ss.

SERRANO TÁRREGA, María Dolores, «Evolución de la delincuencia juvenil en España (2000-2007)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2, 2009, pp. 255 ss.

SERRANO TÁRREGA, María Dolores, «Legislación penal de menores en España: antecedentes históricos», en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos/SERRANO TÁRREGA, María Dolores (eds.), *Derecho penal juvenil,* 2ª ed., Dykinson s.l., Madrid, 2007, pp. 271 ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «"Rebajas de enero" para delincuentes jóvenes adultos ¿con efecto retroactivo?», *InDret 1/2007*, 2007, pp. 1 ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

STANGELAND, Per, «La delincuencia en España: Un análisis crítico de las estadísticas judiciales y policiales», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 5, 1995, pp. 803 ss.

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, «Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis et al. (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes: análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 13 ss.

TARANCÓN GÓMEZ, Pilar, «Opinión pública e intervención penal con menores que provocan "alarma social"», *Revista General de Derecho Penal,* 27, 2017, pp. 1 ss.

TORRENTE HERNÁNDEZ, Ginesa/ MERLOS PASCUAL, Francisca, «Aproximación a las características psicosociales de la delincuencia de menores en Murcia», *Anuario de Psicología Jurídica*, 9(1), 1999, pp. 39 ss.

URBANO CASTRILLO, Eduardo de/ROSA CORTINA, José Miguel de la, *La responsabilidad penal de los menores: adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

VAELLO ESQUERDO, Esperanza, «La incesante aproximación del Derecho penal de menores al Derecho penal de adultos», *Revista General de Derecho Penal,* 11, 2009, pp. 1ss.

VALBUENA GARCÍA, Esther, «Una paulatina desnaturalización de la ley del menor», *Foro*, 7, 2008, pp. 119 ss.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, «Modelos de justicia penal de menores», en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos/SERRANO TÁRREGA, María Dolores (eds.), *Derecho penal juvenil,* 2ª ed., Dykinson s.l., Madrid, 2007, pp. 271 ss.

VENTAS SASTRE, Rosa, *La minoría de edad penal*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A. e Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2003.

VENTURA FACI, Ramiro/PELÁEZ PÉREZ, V., *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: comentarios y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2000.

VIANA BALLESTER, Clara, «La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores», *Revista Penal*, 13, 2004, pp. 151 ss.

VIANA BALLESTER, Clara, «Comentario al anteproyecto de reforma de la ley del menor», *Revista General de Derecho Penal*, 4, 2005, pp. 1 ss.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

InDret
4.2022

La coordinación de políticas públicas: Clave para la protección de menores extranjeros en calle

Bertha Verónica Prado Manrique
Universidad de Málaga
-

Sumario
-
En los últimos años la ciudad de Ceuta ha sido testigo de una mayor afluencia de menores extranjeros no acompañados que permanecen en situación de calle en busca de mejores oportunidades en el continente europeo. Las circunstancias de estos jóvenes en calle los expone a continuos riesgos criminógenos y de victimización que exigen una respuesta de las autoridades autonómicas. Una de ellas fue la implementación del programa Premece, que tuvo como propósito prevenir la delincuencia de estos menores. Este artículo tiene como objetivo analizar la labor realizada por Premece desde la perspectiva de la coordinación de políticas públicas. Los resultados muestran la importancia de generar espacios de coordinación entre los agentes clave de la ciudad y el programa Premece para visibilizar a los menores en situación de calle como sujetos de protección. Asimismo, la necesidad de fortalecer los mecanismos intrainstitucionales para conseguir la implementación efectiva de acciones dirigidas a la protección de estos jóvenes.

Abstract
-
In recent years the city of Ceuta has witnessed an increased influx of unaccompanied foreign minors who remain in street situations looking for better opportunities on the European continent. The presence of these minors on the street exposes them to continuous criminogenic and victimization risks that demand a response from the autonomous authorities. One of these responses was the implementation of the Premece program, whose purpose was to prevent delinquency among these unaccompanied foreign minors. This article aims to analyze the work carried out by Premece from the perspective of public policy coordination. The results show the importance of generating coordination spaces between key agents and the Premece program in order to make unaccompanied foreign street minors visible as subjects of protection. Likewise, the need to strengthen intra-institutional mechanisms to achieve the effective implementation of actions aimed at the protection of these minors.

Title: *Coordination of public policies: Key to the protection of foreign street children*
-
Palabras clave: Premece, Menores extranjeros no acompañados, Ceuta, Coordinación, Prevención de la delincuencia
Keywords: *Premece, Unaccompanied foreign minors, Ceuta, Coordination, Crime Prevention*
-
DOI: 10.31009/InDret.2022.i4.05
-

InDret

4.2022

Recepción
05/08/2022
-
Aceptación
18/10/2022
-

Índice

-

1. Introducción
2. Coordinación de políticas públicas y prevención de la delincuencia
3. Programa Premece: Programa de prevención de la delincuencia de menores extranjeros no acompañados en las calles de Ceuta
4. Metodología
5. Premece como mecanismo de coordinación
6. Consideraciones finales
7. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

Los flujos migratorios de menores extranjeros no acompañados son una realidad cada vez más acuciante en diversas partes del mundo[1]. Esta situación no ha sido ajena al contexto español. En el año 2020 la cantidad de niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados que llegaron a las costas españolas ascendió a 3.307. Esta cifra supone un 15,10% más respecto del número de menores en el año 2019. La gran mayoría son varones (97,61%) y de procedencia marroquí (42,12%). Cabe advertir que en estos datos solo se incluyen a aquellos jóvenes que llegan por vía marítima, mas no a los que ingresan por las fronteras terrestres de Ceuta y Melilla o a través de las fronteras aéreas[2].

La mayoría de estos jóvenes dejan a sus familias y su país de origen, e inician un trayecto migratorio inseguro con el propósito de buscar nuevas oportunidades y una mejor calidad de vida. Algunos de ellos emprenden su viaje a muy temprana edad y su proyecto migratorio puede requerirles transitar por más de un país antes de llegar al continente europeo. Todo esto los obliga a dejar de ser niños y los expone a distintas situaciones de riesgo y de vulnerabilidad, como el consumo de drogas o que sean víctimas de robos, explotación o agresiones[3].

La presencia de estos menores extranjeros no acompañados en España supone un gran desafío para garantizar el deber de cuidado y protección que tiene el estado español para con esta infancia y adolescencia migrante. España ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) en 1990, comprometiéndose a velar por el interés superior del niño y a disponer de los recursos necesarios para ello. Sin embargo, el diseño y la implementación de las políticas públicas orientadas proteger a los jóvenes en situación de calle resultan una tarea compleja[4]. Por un lado, diversos estudios ponen de manifiesto las limitaciones y carencias del sistema de protección para cumplir de manera efectiva el deber de tutelar a estos menores y de velar por su bienestar e integración en España[5]. En ese sentido se destaca la falta de los recursos necesarios,

---

*Bertha Verónica Prado Manrique (bprado@uma.es). El presente trabajo presenta los resultados de investigación del Convenio de colaboración entre la ciudad de Ceuta y la Universidad de Málaga para la «Prevención de la delincuencia infanto-juvenil de menores extranjeros solos en calle» durante dos anualidades (2018 y 2019). Me gustaría agradecer a todos los jóvenes que participaron en Premece y que compartieron sus historias, así como a las integrantes del equipo Drari por su implicación y profesionalidad. Igualmente, al Área de Menores de Ceuta y a todos los agentes clave que confiaron en el proyecto y que colaboraron en las entrevistas.

[1] MCAULIFFE/TRIANDAFYLLIDOU, *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (OIM), 2021; UNICEF/OIM. *Harrowing Journeys. Children and youth on the move across the Mediterranean Sea, at risk of trafficking and exploitation*. UNICEF – OIM, 2017.

[2] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al gobierno de S.M. 2021*, Fiscalía General del Estado, 2021, p. 856.

[3] PERAZZO/ZUPPIROLI, *Los más solos. Los fallos en el sistema de acogida, protección e integración de los menores migrantes no acompañados que llegan a España*, Save the Children - España, 2018; UNICEF, *A child is a child. Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation*, UNICEF, New York, 2017; UNICEF/OIM. *Harrowing Journeys. Children and youth on the move across the Mediterranean Sea, at risk of trafficking and exploitation*, 2017.

[4] ORTIZ VIDAL, «Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia», *Revista electrónica de estudios internacionales,* n.º 41, 2021, pp. 1 ss.

[5] GIMENO-MONTERDE/GÓMEZ-QUINTERO/AGUERRI, «Unaccompanied young people and transition to adulthood: Challenges for childcare services», *Children and Youth Services Review*, vol. 121, 2020; MARCO, «Menores extranjeros no acompañados en el sistema de protección», en NAVARRO, JOSE/ MESTRE, MARÍA (eds.), *El marco global de atención al menor: prácticas basadas en la evidencia, reflexiones y experiencias de éxito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 211 ss.; PERAZZO/ ZUPPIROLI, *Los más solos. Los fallos en el sistema de acogida, protección e integración de los menores migrantes no acompañados que llegan a España*, Save the Children - España, 2018.

personal y plazas suficientes para atender a la infancia migrante que solicita ser tutelada. A lo que se suma la sobreocupación de determinados centros, que repercute, por ejemplo, en una oferta formativa limitada para los jóvenes que están en el sistema de protección[6]. Por otro lado, la literatura también muestra la tensión existente entre la condición de extranjero y la minoría de edad de los jóvenes que llegan solos a territorio español y que se encuentran en situación de desamparo, que se manifiesta en la realización de la prueba de determinación de la edad[7]. A esto se suma, lamentablemente, una lógica excluyente que identifica a esta infancia como peligrosa y como delincuentes[8].

Lo anteriormente descrito se aprecia con bastante claridad en Ceuta y Melilla. La ubicación geográfica de ambas ciudades autónomas como enclaves españoles en África adquiere especial relevancia en este panorama, ya que representa para algunos de estos jóvenes migrantes una oportunidad en el camino para llegar al continente europeo[9]. Ambas ciudades autónomas han experimentado en los últimos años una mayor afluencia de menores extranjeros, sobre todo de procedencia marroquí. Muchos de ellos se adhieren al sistema de protección español, con el objetivo de ser tutelados y obtener los permisos administrativos que les permitan residir en España. Sin embargo, muchos otros prefieren permanecer en situación de calle con el objetivo de cruzar el Estrecho de Gibraltar y continuar su sueño europeo. La permanencia de estos menores en la calle los expone a continuos riesgos criminógenos y de victimización, los mismos que exigen una respuesta de las autoridades autonómicas[10].

En el contexto ceutí, la situación reseñada motivó la implementación del Programa Premece, durante los meses de abril de 2018 a noviembre 2019. Este programa de política pública tuvo como propósito prevenir la delincuencia de estos menores en situación de calle, a través de tres estrategias: el acompañamiento en calle a través de la parentalidad positiva en calle, actividades educativas basadas en el pensamiento prosocial y la coordinación con agentes clave de la ciudad que interactúan con estos jóvenes. El presente artículo tiene como objetivo explicar el rol del programa Premece como mecanismo de coordinación entre el Área de Menores de Ceuta, los

---

[6] CARVALHO DA SILVA/CASADO PATRICIO/PRADO MANRIQUE, «Territorios transfronterizos y menores en movimiento: Fórmulas innovadoras de protección en Ceuta», en QUIROGA, VIOLETA/ CHAGAS, EVELINE (eds.), *Empuje y audacia. Migración transfronteriza de adolescentes y jóvenes no acompañados/as*, Siglo XXI de España, Barcelona, 2020, pp. 131 ss.

[7] ARCE JIMÉNEZ, «El sistema de protección a la infancia: Entre la condición de menor y de extranjero. Una mirada jurídica», en QUIROGA, VIOLETA/ CHAGAS, EVELINE (eds.) *Empuje y audacia. Migración transfronteriza de adolescentes y jóvenes no acompañados/as*, Siglo XXI de España, Barcelona, 2020, pp. 99 ss.; SUÁREZ-NAVAZ/JIMÉNEZ ÁLVAREZ, «Menores en el campo migratorio transnacional. Los niños del centro (Drari d'sentro)», *Papers*, vol. 96, n.º 1, 2011, pp. 11 ss.

[8] GARCÍA ESPAÑA, «¿Criminalización del inmigrante o protección del menor?», en SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO (ed.), *La integración de los extranjeros: un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 529 ss.; GARCÍA ESPAÑA, «Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 19-15, 2017, pp. 1 ss.

[9] CARVALHO DA SILVA/CASADO PATRICIO/PRADO MANRIQUE, «Territorios transfronterizos y menores en movimiento: Fórmulas innovadoras de protección en Ceuta», en *Empuje y audacia. Migración transfronteriza de adolescentes y jóvenes no acompañados/as*, pp. 131 ss.; FERRER, «Acrobacias fronterizas en Ceuta y Melilla. Explorando la gestión de los perímetros terrestres de la Unión Europea en el continente africano», *Documents d'anàlisi geogàfica*, vol. 51, 2008, pp. 129 ss.; SODDU, «Ceuta y Melilla: gestión fronteriza, derechos humanos y seguridad», en RIBERA I PINYOL, JOSEP/FLORENSA PALAU, SENÉN (eds.), *Med. 2006 : el año 2005 en el espacio Euromediterráneo*, Instituto Europeo del Mediterráneo, IEMed, 2006, pp. 216 ss.

[10] GARCÍA ESPAÑA/CARVALHO DA SILVA/CASADO PATRICIO/PRADO MANRIQUE, *Menores marroquíes en las calles de Ceuta: Una cuestión de políticas públicas*, Observatorio del sistema penal ante la inmigración (OCSPI), Málaga, 2020.

agentes clave involucrados en la protección de estos menores, así como con miembros de la sociedad ceutí.

2. Coordinación de políticas públicas y prevención de la delincuencia

La prevención de la delincuencia es importante porque permite identificar cuáles son los factores relacionados con la comisión de hechos delictivos. A partir de dicha identificación es posible proponer estrategias específicas orientadas a controlar o reducir la incidencia delictiva[11]. En el caso de la población juvenil esta se centra en su protección frente a factores de riesgo, delictivo y victimológico[12]. La implementación de los programas de prevención requiere la intervención de distintos actores y la coordinación entre ellos resulta fundamental para conseguir los objetivos propuestos. En ese sentido, la coordinación es uno de los elementos indispensables que brinda coherencia en el diseño e implementación de las políticas públicas. Se trata de un "proceso que crea sinergia entre los distintos actores involucrados en el campo de la gestión pública"[13]. En tal sentido, se trata de un proceso técnico y político que tiene como propósito concertar visiones y perspectivas entre los diferentes agentes involucrados en la administración de un mismo problema público, con el objetivo último de generar un accionar público integrado. De ahí que la coordinación sea considerada una herramienta útil para integrar tanto los aportes técnicos y especializados, como los prácticos, con la intención de dar soluciones a una problemática específica con relevancia pública[14].

La importancia de la coordinación ha sido abordada desde diferentes perspectivas: las distintas modalidades de coordinación que existen, el perfil de los agentes que intervienen en ella o su utilidad en el ciclo de las políticas públicas[15]. Todas ellas destacan que la coordinación es necesaria para avanzar en una determinada dirección y promover resultados específicos de la acción pública en su conjunto. De esta manera, se trata de evitar avances aislados en distintas áreas o aspectos del problema público[16]. En ese sentido, la falta de acciones coordinadas en programas de política pública puede producir, en primer lugar, duplicidad de esfuerzos. Asimismo, una acción descoordinada puede traducirse en una falta de coherencia o contradicciones entre los objetivos y las estrategias para conseguirlos. Por último, también pueden generarse conflictos entre las unidades y actores encargados de implementar las iniciativas[17]. Estos problemas pueden ocasionar, a su vez, consecuencias negativas tales como: i) el incumplimiento de objetivos, ii) gasto ineficaz de los recursos materiales y personales

---

[11] MEDINA ARIZA, *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, Edisofer, Madrid, 2011.

[12] WELSH/FARRINGTON, «Evidence-based crime prevention», en WELSH, BRANDON/FARRINGTON, DAVID (eds.), *Preventing crime: What works for children, offenders, victims, and places*, Springer, New York, 2007, pp. 1 ss.

[13] REPETTO, *Coordinación de políticas, programas y proyectos sociales*, CIPPEC - UNICEF, Buenos Aires, 2012, p. 39.

[14] REPETTO, *Coordinación de políticas, programas y proyectos sociales*, 2012; SUBIRATS, *Análisis y gestión de políticas públicas*, Ariel, Barcelona, 2008.

[15] DUNN, *Public Policy Analysis: An introduction*, Prentice Hall, New Jersey, 1994; MARTÍNEZ, «La coherencia y la coordinación de las políticas públicas. Aspectos conceptuales y experiencias», en ACUÑA, CARLOS (ed.), *Los desafíos de la coordinación y la integralidad para las políticas y la gestión pública en América latina*, JGMN, Buenos Aires, 2010; SALAZAR VARGAS, «La evaluación y el análisis de políticas públicas», *Revista Ópera*, vol. 9, 2009, pp. 23 ss.; SUBIRATS, *Análisis y gestión de políticas públicas*, 2008.

[16] GARNIER, *Función de coordinación de planes y políticas*, vol. 1, CEPAL, Santiago de Chile, 2000.

[17] CARDOZO, «La coordinación de las políticas en el ámbito público», *Cuadernos unimetanos*, n.º 30, 2012, pp. 62 ss.; MARTÍNEZ, en *Los desafíos de la coordinación y la integralidad para las políticas y la gestión pública en América latina*, 2010.

destinados al programa; iii) pérdida de tiempo y oportunidades de intervención; y iv) desgaste político[18].

La coordinación puede realizarse en distintos planos, en función de las características de la problemática pública que se pretende afrontar, la naturaleza de los organismos o agentes involucrados (públicos o privados), así como por el alcance de la política, plan o programa que la Administración Pública desee implementar[19]. En ese sentido, la coordinación puede ser interna o externa. La primera se refiere a las acciones y estrategias de política pública que se desarrollan desde las instituciones de la Administración. Por su parte, la coordinación externa resalta la interacción entre el gobierno y la sociedad civil para el diseño de la política pública orientada a conseguir un fin determinado[20]. Al respecto, ZAMPICO y MAINES destacan la importancia de "establecer mecanismos de coordinación para la elaboración e implementación de las intervenciones o políticas públicas desarrolladas e implementadas por las distintas entidades que componen el gobierno (coordinación interna), así como políticas gubernamentales destinadas a coordinar la acción de los particulares en la sociedad y mecanismos de coordinación entre los distintos poderes públicos (coordinación externa)"[21]. Por otro lado, desde un punto de vista jerárquico, la coordinación puede ser horizontal, siempre que implique la interacción entre actores del mismo nivel o con la misma capacidad de acción. O puede ser vertical siempre que se requiera la colaboración de agentes de distintos niveles o con capacidad de acción o decisión diferenciada[22].

Los factores determinantes para conseguir acciones coordinadas son, principalmente, tres. En primer lugar, el liderazgo, orientado a impulsar y consolidar los esfuerzos de los agentes participantes con el objetivo de implementar soluciones que requieren acciones colectivas. En segundo lugar, la capacidad de negociación, referida a la predisposición de las partes para generar consenso respecto de opiniones distintas sobre cómo abordar un problema público. Y, en tercer lugar, el trabajo en equipo, que implica la articulación de los aportes de todos los actores involucrados[23].

---

[18] BORJA, «Gobiernos locales, políticas públicas y participación ciudadana», *Revista APORTES para el Estado y la Administración Gubernamental*, vol. 9, n.º 19, 2002, pp. 57 ss.; CALLEJO GALLEGO, «La Evaluación de las Políticas Públicas», en *Apuntes de Política Criminal*, Dikynson, Madrid, 2019, pp. 147 ss; MUÑOZ ARENAS, «Aspectos teóricos y procedimentales de la evaluación de políticas públicas», en NIETO MARTÍN, ADÁN/ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, MARTA/ BECERRA MUÑOZ, JOSÉ (eds.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 25 ss.

[19] BORJA, *Revista APORTES para el Estado y la Administración Gubernamental*, vol. 9, n.º 19, 2002; CALLEJO GALLEGO, «La Evaluación de las Políticas Públicas», en *Apuntes de Política Criminal*; CARDOZO, *Cuadernos unimetanos*, n.º 30, 2012, pp. 62 ss.

[20] ROTH DEUBEL, *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*, 13ª edición, Ediciones Aurora, Bogotá, 2018; SUBIRATS, *Análisis y gestión de políticas públicas*, 2008; TORRES-MELO/SANTANDER, *Introducción a las políticas públicas. Conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía*, IEMP Ediciones, Bogotá, 2013.

[21] Citado en CARDOZO, *Cuadernos unimetanos*, n.º 30, 2012, p. 65.

[22] GARNIER, *Función de coordinación de planes y políticas*, 2000; REPETTO, *Coordinación de políticas, programas y proyectos sociales*, 2012.

[23] BORJA, *Revista APORTES para el Estado y la Administración Gubernamental*, vol. 9, n.º 19, 2002; MARTÍNEZ, en *Los desafíos de la coordinación y la integralidad para las políticas y la gestión pública en América latina*, 2010; TORRES-MELO/SANTANDER, *Introducción a las políticas públicas. Conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía*, 2013.

La importancia de la coordinación también es un elemento esencial para la implementación exitosa de los programas de prevención de la delincuencia[24]. La literatura criminológica identifica distintos criterios a partir de los cuales se pueden clasificar las acciones y estrategias destinadas a prevenir el delito[25]. Uno de esos criterios es el momento de intervención, según el cual la prevención de la delincuencia puede clasificarse en primaria, secundaria y terciaria. Por un lado, la prevención primaria está orientada a la población en general y tiene como objetivo reducir las oportunidades delictivas e impedir su aparición. Por su parte, la prevención secundaria tiene como propósito evitar situaciones de riesgo y vulnerabilidad que fomenten la comisión de delitos. En tal sentido, se focaliza, sobre todo, en reducir aquellos factores del entorno que puedan predisponer a personas expuestas a ellos a incurrir en conductas delictivas. Por último, la prevención terciaria tiene como objetivo disminuir los daños producidos por el delito y evitar que se repita. Sus estrategias se enmarcan en el sistema de justicia penal[26].

La relación entre la coordinación y los distintos tipos de prevención es evidente, ya que genera espacios de diálogo y de acción con los distintos agentes del sistema de control -formal e informal- involucrados. De manera específica, la coordinación se relaciona con la prevención secundaria de la delincuencia en la medida en que fomenta el liderazgo de las administraciones locales para la implementación de acciones efectivas y sostenidas en el tiempo. Al respecto, la literatura especializada en el desarrollo de prácticas locales efectivas de prevención del delito destaca la necesidad de desarrollar una estrategia coordinada de prevención y utilizarla para incentivar el liderazgo y dirección de todos los agentes clave y actores relevantes[27]. Como ejemplo de esta relación tenemos el programa *Community that cares* [Comunidades que se preocupan]. Este programa de prevención comunitaria valora la coordinación entre agentes claves de la comunidad para prevenir la delincuencia juvenil, a partir de la identificación de factores de riesgo y protección. Precisamente, el éxito de su intervención radica en las acciones de coordinación y colaboración interinstitucional entre las diferentes organizaciones involucradas, así como con la sociedad civil[28].

3. Programa Premece: Programa de prevención de la delincuencia de menores extranjeros no acompañados en las calles de Ceuta

En el contexto español, uno de los ejemplos que muestra de forma clara la importante relación entre la coordinación y prevención de la delincuencia fue la implementación de Premece: Programa de prevención de la delincuencia de menores extranjeros no acompañados en las calles

[24] GÓMEZ, «Elementos para la construcción de políticas públicas de seguridad ciudadana», en RIVERA, FREDY (ed.), *Seguridad Multidimensional en América Latina*, Flacso, sede Ecuador, Ministerio de Cultura del Ecuador, Quito, 2008, pp. 369 ss.

[25] ELLIOT/FAGAB, *The prevention of crime*, Wiley-Blackwell, West Sussex, 2017; MEDINA ARIZA, *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, 2011; WELSH/FARRINGTON, en *Preventing crime: What works for children, offenders, victims, and places*, 2007, pp. 1 ss.

[26] GARCÍA ESPAÑA, *Enfoque criminológico de las migraciones*, Editorial Síntesis, Madrid, 2018; MEDINA ARIZA, *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, 2011; REDONDO/GARRIDO, *Principios de Criminología*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

[27] BORJA, *Revista APORTES para el Estado y la Administración Gubernamental*, vol. 9, n.º 19, 2002; GÓMEZ, en *Seguridad Multidimensional en América Latina*, 2008; MEDINA ARIZA, *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, 2011.

[28] HAWKINS/CATALANO, *Investing in your community's youth: An introduction to the Communities That Care system*, Channing Bete Company, South Deerfiled, 2002.

de Ceuta[29]. Este programa de políticas públicas fue posible gracias a la iniciativa del Área de Menores de la ciudad autónoma de Ceuta y al convenio firmado con la Universidad de Málaga. El diseño e implementación de este programa estuvo a cargo del Observatorio Criminológico del Sistema Penal ante la Inmigración (OCSPI)[30], que desarrolló sus actividades durante 18 meses -desde abril de 2018 a julio 2019- en las calles de la ciudad ceutí[31].

El objetivo de Premece fue prevenir la delincuencia de los menores extranjeros en situación de calle en Ceuta. Este programa partía de la hipótesis de que la mejor estrategia para evitar que estos jóvenes cometieran actos delictivos era mediante el enfoque de la prevención secundaria. En tal sentido, se buscaba reducir los factores de riesgo y potenciar aquellos de protección que se encuentren presentes en el contexto social en el que conviven estos adolescentes extranjeros en calle[32].

Diversos autores reconocen los diferentes desafíos, tanto sustantivos como metodológicos, que supone trabajar con jóvenes extranjeros, entre ellos se mencionan el idioma, la localización de esta población, que busca permanecer oculta y a la que suele ser difícil de acceder[33]. Por esta razón, Premece se convirtió en un programa pionero que buscó superar estos desafíos y conseguir que los menores extranjeros abandonaran las calles de Ceuta y se acogieran al sistema de protección o retornasen con su familia, a través de la intervención e investigación. Todo esto con el propósito último de reducir su exposición a factores de riesgo delictivo. Para ello se emplearon estrategias de parentalidad positiva orientadas a fortalecer el autocontrol, así como las habilidades prosociales de los menores que participaron en Premece[34]. Estas estrategias han sido reconocidas por su valía como factor de protección para controlar las conductas antisociales o problemáticas en la población juvenil[35].

El diseño del Programa Premece tuvo tres componentes. El primero fue el equipo de intervención en calle (equipo Drari). Este equipo estuvo integrado por dos educadoras sociales y una psicóloga que se convirtieron en un referente adulto para los menores en situación de calle, logrando establecer una relación de confianza con ellos. Esto se vio facilitado por el empleo de estrategias de parentalidad positiva, así como por el dominio del *dariya* (árabe marroquí) por parte de las integrantes del equipo[36]. Por un lado, adoptaron una actitud de escucha activa frente a las necesidades de los jóvenes, lo que motivó su participación en la toma de decisiones; y, por otro

---

[29] GARCÍA ESPAÑA, *Enfoque criminológico de las migraciones*, 2018.

[30] El OCSPI es uno de los grupos de investigación del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología - Sección Málaga. Más información en: https://ocspi.wordpress.com.

[31] GARCÍA ESPAÑA/CARVALHO DA SILVA/CASADO PATRICIO/PRADO MANRIQUE, *Menores marroquíes en las calles de Ceuta: Una cuestión de políticas públicas*, 2020.

[32] GARCÍA ESPAÑA, *Enfoque criminológico de las migraciones*, 2018, pp. 165-168.

[33] GARCÍA ESPAÑA/CARVALHO DA SILVA, «Assessment of a juvenile delinquency prevention program with foreign unaccompanied minors in street situation», *Kriminologie*, vol. 1, n.º 1, 2019, pp. 49 ss.; MIGLIORINI/RANIA/VARANI, «Unaccompanied Migrant Minors: Trends, Challenges and Well-being», en DESCOTEAUX, LUCAS (ed.), *Immigration and Migration*, Nova Science Publishers, 2019, pp. 99 ss.

[34] GARCÍA ESPAÑA, *Enfoque criminológico de las migraciones*, 2018; GARCÍA ESPAÑA/CARVALHO DA SILVA/CASADO PATRICIO/PRADO MANRIQUE, «Adolescentes marroquíes en calle: Desprotección, delincuencia y victimización», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 19, n.º 1, 2021, pp. 1 ss.

[35] FARRINGTON, «Childhood risk and protective factors for early desisters, late desisters and life-course persistent offender», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 17, 2019, pp. 1 ss.

[36] Variedad dialectal del árabe marroquí que hablan la mayoría de los menores extranjeros que se encuentran en situación de calle en Ceuta.

lado, las educadoras también les establecían límites y pautas de comportamiento. Asimismo, se encargaron de atender aspectos básicos con la finalidad de crear un entorno seguro que facilitara una intervención individualizada con los menores que participaban en las actividades organizadas en el marco del Programa Premece. En tal sentido, el equipo Drari se preocupó de brindarles artículos de higiene, realizar pequeñas curas o comunicar al sistema de protección la necesidad de atención médica que pudieran requerir estos jóvenes. Todo esto permitió, en un segundo momento, generar lazos de confianza entre el equipo Drari y los menores, lo que facilitó una intervención específica e hizo posible, por ejemplo, visibilizar situaciones de riesgo victimológico en la que se encontraban algunos de ellos[37].

El segundo componente fue la realización de actividades en calle, diseñadas a partir de las premisas del programa de pensamiento prosocial, en su versión abreviada (PPS-VCJ). Este programa busca abordar las conductas antisociales mediante el fortalecimiento de habilidades y comportamientos prosociales[38]. En este contexto, el Programa Premece adaptó los presupuestos del PPS-VCJ a la situación de calle de los menores extranjeros en Ceuta y promovió actividades formativas y recreativas. Todas estas iniciativas tuvieron como propósito dotar a los jóvenes de competencias para gestionar sus emociones, así como para llevar un estilo de vida que permita la convivencia social[39].

El tercer componente de Premece se inspiró en el programa Community that Cares. Por tanto, Premece buscó reducir los factores de riesgo y potenciar los de protección que se encuentran presentes en la vida de los jóvenes, con el objetivo último de reducir comportamientos violentos, abuso de drogas o actos delictivos[40]. Para lograr este objetivo resulta indispensable que los agentes clave de la comunidad colaboraran en la ejecución de las actividades realizadas en el marco del programa. De ahí que, la coordinación entre los distintos actores involucrados sea uno de los elementos determinantes para el éxito o el fracaso de la intervención comunitaria.

En este sentido, la implementación de Premece requirió la participación de los agentes clave ceutíes que estuvieran involucrados en la protección y la prevención de la delincuencia de los menores extranjeros no acompañados en situación de calle. Concretamente, Premece tuvo el desafío de interactuar y generar espacios de coordinación con un amplio espectro de agentes clave para conseguir el objetivo del programa. En primer lugar, con aquellos encargados de identificar y registrar a estos menores, así como de trasladarlos al centro de protección, como es el caso de la Policía nacional y de la Policía local, respectivamente. En segundo lugar, con quienes vigilan y controlan que estos menores no ingresen en zonas restringidas o realicen comportamientos temerarios que puedan representar un peligro para su vida, como la Guardia Civil y la Policía portuaria. En tercer lugar, con el sistema de protección ceutí, concretamente, con el centro de protección de menores "La Esperanza", en la medida en que se constituye como

---

[37] GARCÍA ESPAÑA/CARVALHO DA SILVA/CASADO PATRICIO/PRADO MANRIQUE, *Menores marroquíes en las calles de Ceuta: Una cuestión de políticas públicas*, 2020.

[38] GARRIDO/LÓPEZ, *Manual de intervención educativa en readaptación social. Vol. 2: Los programas de pensamiento prosocial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

[39] GARCÍA ESPAÑA/CARVALHO DA SILVA/CASADO PATRICIO/PRADO MANRIQUE, *Menores marroquíes en las calles de Ceuta: Una cuestión de políticas públicas*, 2020.

[40] BROWN/HAWKINS/ARTHUR/BRITNEY/ABBOT, «Effects of Communities That Care on Prevention Services Systems: Findings from the Community Youth Development Study at 1.5 Years», *Prevention Science*, vol. 8, 2007, pp. 180 ss.; HAWKINS/CATALANO, *Investing in your community's youth: An introduction to the Communities That Care system*, 2002.

el recurso de acogida para afrontar la situación de desamparo en la que se encuentran los menores que están en la zona portuaria. En cuarto lugar, con el Fiscal de menores, como garante último de los derechos de estos menores; así como con el sistema de justicia juvenil, que se ocupa de perseguir y sancionar a aquellos jóvenes que hayan cometido alguna infracción con relevancia penal. Finalmente, con la sociedad civil ceutí que también se configura como un agente clave, en la medida en que interactúa con estos menores y/o se preocupa por sus necesidades de atención.

Durante su vigencia (abril 2018-julio 2019) Premece atendió a 229 menores extranjeros en situación de calle. En términos generales, los resultados de Premece apuntan, por un lado, que los menores extranjeros que se encuentran en situación de calle en Ceuta se han sentido más protegidos desde la implementación del programa. Por otro lado, la presencia del equipo Drari en calle ha contribuido a visibilizar situaciones de victimización a las que se ven expuestos estos jóvenes. Asimismo, Premece ha jugado un rol fundamental en mantener cierta convivencia social en las dinámicas de calle. Finalmente, también ha contribuido, mediante todo lo anterior, a reducir las conductas antisociales en la que estos menores puedan verse envueltos[41].

El trabajo desarrollado por Premece no estuvo exento de desafíos. Una de ellas fue el acceder a los jóvenes extranjeros en situación de calle y establecer una relación de confianza con ellos. El hecho de que las integrantes del equipo Drari compartieran características lingüísticas y culturales con estos menores, como el hablar *dariya* y ser musulmanas, facilitó la interacción y la intervención con ellos. Otro de los desafíos fue la movilidad constante de estos jóvenes, que impidió elaborar planes de intervención individualizados a largo plazo. Esta limitación aunada al hecho de trabajar en la calle y no contar con un local obligó a adaptar la intervención con estos jóvenes, procurando ofrecer en cada sesión la mayor cantidad de herramientas para su protección.

4. Metodología

Uno de los elementos que ha contribuido a conseguir los resultados mencionados ha sido la coordinación mantenida entre Premece y los distintos agentes claves encargados de la protección y prevención de la delincuencia de estos menores en situación de calle. Las relaciones de coordinación entre ambos actores se identificaron a partir de una metodología cualitativa. En primer lugar, la recolección de datos se realizó a través de la observación participante realizada por el equipo Drari durante su intervención en calle con los menores. Al terminar su jornada, las educadoras y psicóloga del equipo registraban en los diarios de campo las dinámicas de calle observadas y las interacciones entre los menores y los distintos agentes clave. En segundo lugar, y para conocer la opinión de los agentes clave, se utilizó la entrevista semiestructurada. Se seleccionó una muestra de conveniencia entre los agentes clave que conocían el programa Premece y se realizaron 21 entrevistas atendiendo al principio de saturación de la información, durante septiembre de 2019. Los perfiles de los agentes clave entrevistados se encuentran recogidos en la tabla 1. El equipo Premece intentó entrevistar a personal de la Guardia civil y de la Policía portuaria, pero no se recibió respuesta por parte de dichas instituciones. Las entrevistas

[41] García España/Carvalho da Silva/Casado Patricio/Prado Manrique, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2021.

fueron grabadas, anonimizadas y transcritas en documentos de Word. Se cumplió con recabar el consentimiento informado de las personas entrevistadas[42].

Tabla 1. Perfil de agentes clave entrevistados

Perfil	Entrevistas realizadas
Personal de las Fuerzas y cuerpos de seguridad (Policía nacional y Policía local)	7
Personal del sistema de protección ceutí	5
Vecinos	5
Personal del sistema de justicia juvenil	2
Integrantes de organizaciones del tercer sector	2

Posteriormente, se realizó un análisis cualitativo de contenido y temático de los 690 diarios de campo y de las 21 entrevistas a los agentes clave utilizando el programa Atlas.ti 8[43]. En primer lugar, se elaboró una lista de códigos generales que permitió una aproximación contextual a los datos recogidos en ambas fuentes de datos. Una vez segmentada y codificada la información, se realizó un segundo análisis con la intención de identificar patrones o características comunes de la relación entre Premece y los agentes clave que permitieran asignar códigos más específicos relacionados con la labor de coordinación ejercida por Premece.

5. Premece como mecanismo de coordinación

Por lo que se refiere a los distintos planos de coordinación, desde el inicio de sus labores Premece presentó sus objetivos y se entrevistó con el personal de instituciones tanto de la Administración ceutí, como de la sociedad civil. La coordinación interna se materializó de diferentes maneras. Por ejemplo, se coordinó con el centro de menores el reparto de material de primeros auxilios, así como de ropa y útiles de aseo para los menores que asistían a las actividades deportivas celebradas en el estadio de la ciudad. Asimismo, se coordinó con la policía local a efectos de contar con su apoyo cuando fuese necesario:

> «aquí [en el centro de protección] le lavábamos la ropa y toallas que [los menores] utilizaban para las duchas y les proporcionábamos material de primeros auxilios» (Personal del sistema de protección 01).

> «A las personas del equipo Drari no las conozco personalmente, pero sí tenía conocimiento de las actividades que realizaban a través de Elisa y de Jacqueline [coordinadoras del programa], por diversas reuniones de coordinación que manteníamos. Sobre todo, para darle un apoyo policial, por eso tenía un alto grado de conocimiento de las actividades que desarrollaban y cómo las desarrollaban» (Policía local 02).

Por su parte, a nivel externo, Premece estableció contacto con organizaciones del tercer sector dedicadas a velar por el bienestar e integridad de los menores extranjeros en situación de calle

[42] García España/Carvalho da Silva/Casado Patricio/Prado Manrique, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2021.

[43] Vaismorandi/Turunen/Bondas, «Content analysis and thematic analysis: Implications for conducting a qualitative descriptive study», *Nursing & Health Sciences*, vol. 15, 2013, pp. 398 ss.

en Ceuta. Al respecto, se puede destacar la cesión de una furgoneta por parte de una ONG para que el equipo Drari pudiera realizar rondas por el puerto, así como para almacenar el material utilizado en su labor cotidiana. También se contó con la colaboración de una segunda organización, que cedió su local para la celebración de actividades y de charlas a los adolescentes atendidos por Premece.

> «Por la parte que nos toca hemos tenido un contacto directo, conozco perfectamente el programa, lo que ha venido desarrollando dentro del programa y evidentemente lo que se ha llevado a cabo dentro de nuestras instalaciones (...) por lo tanto estábamos al tanto de cuales eran vuestros objetivos, como se desarrollaba el programa y hemos podido colaborar en la medida de lo posible con vosotras [Premece]» (personal de organización del tercer sector 01).

Por otro lado, el análisis de labor realizada por Premece permite identificar la presencia de factores que facilitaron la coordinación en los distintos espacios institucionales. En primer lugar, Premece adquirió el liderazgo en la construcción de una nueva visión sobre la intervención comunitaria con menores extranjeros no acompañados en situación de calle. La misma que buscaba incorporar al menor en la toma de decisiones sobre su futuro, a la vez que acompañarlo y potenciar sus habilidades prosociales, con el objetivo de abandonar la calle, ya sea ingresando al centro de protección o retornando con su familia en Marruecos.

> «La policía puede hacer lo que puede hacer, pero no puede atender al menor, no le puede dar una atención integral. Ahí [el equipo Drari] que está en calle puede intervenir con ese niño, puede hacer una labor integral» (Policía local 02).

> «Este grupo (...) es un enlace, digamos, entre el sistema de atención y lo que hay en la calle» (Policía Local 03).

En segundo lugar, mostró una gran capacidad de diálogo y negociación, que permitió procesar y articular las distintas visiones de los agentes clave involucrados en relación con: i) las causas de la presencia de estos menores en la calle, ii) los riesgos a los que se encuentran expuestos, y iii) las estrategias de aproximación e intervención con estos jóvenes. Se destaca de manera especial la propuesta de trabajo individualizado con el menor en situación de calle para que este decida ingresar al centro de protección, en lugar de imponerle esta medida sin fomentar que el menor tome la decisión, elemento que garantizaría hasta cierto punto su permanencia en el centro.

> «cuando los he tenido [los informes mensuales de resultados del programa] me ha resultado útil, sobre todo digamos instructivo o me daba la evidencia de lo que había en la calle. Esos informes que periódicamente rendíais al área de menores, donde se hablaba (...) un poco el por qué de ese fenómeno migratorio (...) para intentar entenderlo también desde aquí. Los dos informes a los que tuve acceso fueron muy ilustrativos para entender el fenómeno al que estábamos haciendo frente en la calle» (Policía local 01).

> «Premece tiene un control y un conocimiento de los niños de la calle que nosotros no tenemos. Los niños de la calle se abren a vosotras, yo puedo mirar la ficha de lo datos del muchacho y no aparece nada. La confianza que han tenido los niños con vosotras para contarle su problemática, los que están aquí [en el centro] no lo hacen. Y cada vez que os hemos necesitado las hemos llamado y sin problema ninguno» (Personal del sistema de protección 01).

En tercer lugar, el trabajo en equipo de Premece permitió la planificación de acciones conjuntas y de espacios de colaboración con los agentes clave. Este actuar coordinado facilitó el

intercambio de información que el equipo Drari iba adquiriendo sobre el perfil de los menores y sus dinámicas de interacción, con el objetivo de implementar medidas para su protección. Como resultado de esta labor con algunos agentes clave específicos puede destacarse, por ejemplo, el espacio de diálogo fluido entre el centro de protección y el equipo Drari. Esto permitió que el sistema de protección ceutí conociera casos complejos de menores que requerían algún tipo de atención específica, como medicación o trasladados al centro de salud.

> "Valoro muy bien un episodio en que una educadora del equipo [Drari] acompañó a un menor al hospital. El menor ni siquiera estaba registrado en el centro, ni reseñado, ni tutelado. Por la falta de personal del centro, yo no podía abandonar mi puesto de trabajo por la noche para acompañar al menor. La policía llamó para solicitar que le acompañara y dije que no podía, pero una educadora del equipo [Drari] sí lo hizo" (Personal del sistema de protección 03).

De la misma manera, Premece fomentó la colaboración con las fuerzas y cuerpos de seguridad. Cabe destacar la labor de policías locales que se comprometieron a trabajar en la protección de los menores extranjeros en situación de calle, aproximándose a su realidad y organizando charlas informativas en las que les explicaban sus derechos. Esto generó un espacio de comunicación entre los jóvenes y la policía local, que permitió que los menores se sintieran escuchados por la policía y se animaran a denunciar actos de agresión o amenazas de los que habían sido víctimas. Asimismo, la colaboración con la Policía nacional permitió conocer también hechos delictivos en agravio de los menores, así como fomentar su traslado a la comisaría para ser reseñados en el Registro nacional de menores extranjeros no acompañados del estado español.

> «Hemos tenido varios contactos [con el equipo Drari] en calle y también en la sala de reuniones de la asociación en el puerto (...) Hemos organizado varias reuniones allí con los chicos, varias charlas desde la perspectiva policial, lo que a nosotros nos compete, (...) explicarles cómo funciona el sistema de identificación, lo que es el centro. Nos ofrecimos a acompañar a los [jóvenes] que eran reticentes a ir al centro para que lo vean de primera mano, que vean como es aquello, y que no se queden solo con lo que le cuentan» (Policía local 03).

> «Hemos tenido contacto directo a través del teléfono corporativo del equipo Drari y el de nuestro personal. Hemos estado durante un año y pico (...) en contacto. Ellas [el equipo Drari] nos han avisado cuando les ha hecho falta, cuando había problemas con los menores que habían ido a comisaría y no los habían atendido, o [cuando había] menores que querían subir al centro de manera voluntaria» (Policía local 04).

Por otra parte, desde la prevención terciaria de la delincuencia, la situación de riesgo criminógeno de estos menores en calle hizo necesario interactuar con el sistema de justicia juvenil como agente clave. La coordinación entre el programa Premece, el fiscal de menores y el sistema de justicia juvenil facilitó la localización de los menores sancionados con alguna medida en régimen abierto y se consiguió que el cumplimiento de estas pudiera realizarse en situación de calle, siempre que los menores obedecieran las pautas socioeducativas impuestas por el juez de menores.

> «También he tenido relación con las chicas del equipo de calle porque ellas han hecho posible también que algunos menores que estaban en la calle acudieran a las audiencias en evitación de una detención en caso de no presentación» (Personal del sistema de justicia juvenil 02)
> «Hemos intentado coordinarnos con ellas para garantizar que algunos menores que estaban en la calle pudieran cumplir la medida, en concreto de libertad vigilada, que es la que más se ha impuesto a los chicos que han estado en el puerto. En algunos casos hemos conseguido no solo que cumplieran

> la medida, sino que con el apoyo del equipo ha habido menores que han vuelto al centro [de protección]. Ha habido un par de casos de menores que han ingresado en el centro para cumplir la medida de libertad vigilada y lo han hecho bastante bien» (Personal del sistema de justicia juvenil 03).

Por último, la labor de coordinación realizada por Premece no estuvo exenta de limitaciones. En la fase inicial de implementación del programa, hubo ciertos malentendidos respecto de la naturaleza de la intervención que se realizaría con los menores. Diversos agentes claves no tenían claro cuáles eran las funciones del equipo Drari. Otros pensaban que la labor de Premece contribuiría a cronificar la situación de calle de los jóvenes extranjeros usuarios del programa. Sin embargo, conforme se fue desarrollando el programa y se fueron comunicando los resultados obtenidos, se observó una mayor colaboración por parte de la mayoría de los agentes clave.

> «En principio, había cierta reticencia porque no conocíamos bien en qué iba a consistir el proyecto; pero en el momento en que ya tuvimos la información sobre el mismo, pues nos pusimos a trabajar con ellos» (Policía local 02).

Otra limitación de la coordinación mencionada está relacionada con la frecuencia del diálogo. La comunicación con las instituciones varió en función del rol que cumplía cada agente clave en relación con los menores extranjeros no acompañados en situación de calle y de las necesidades y las actividades realizadas por Premece. En relación con ello, algunos de los entrevistados comentaron la necesidad de mantener reuniones informativas periódicas con todos los agentes clave involucrados para fomentar mayores acciones de colaboración, así como intercambiar información.

> «No hemos tenido tantas [reuniones] con todos los que estábamos [involucrados] en esto: medio abierto, policía, y eso es importante. A lo mejor sentarnos todos [y mantener] reuniones periódicas» (Personal del sistema de protección 02).

> «Yo creo que podríamos establecer unas reuniones periódicas, intercambiar impresiones con las educadoras [del equipo Drari] sobre todo para que exista una mayor colaboración. Aproximarnos como profesionales» (Personal del sistema de justicia juvenil 01).

6. Consideraciones finales

La coordinación de políticas públicas es necesaria para afrontar un problema público de manera eficaz. Asimismo, resulta imprescindible cuando el entorno que requiere la atención pública está lleno de incertidumbres y cambios. De manera concreta, la coordinación también se configura como un elemento clave en la implementación de las acciones y estrategias orientadas a la prevención de la delincuencia.

Todo esto guarda relación con la realidad de la ciudad de Ceuta. La presencia de menores extranjeros no acompañados en situación de calle, expuestos a riesgos criminógenos y victimológicos, constituye un asunto de atención prioritaria para el Área de menores de la ciudad autónoma y para la sociedad ceutí. Con la intención de abordar esta situación se implementó el Programa Premece, con el objetivo de prevenir la delincuencia de estos jóvenes a través de su protección.

Los resultados expuestos muestran que el Programa Premece cumplió un rol de coordinación importante, ya que se convirtió en un mecanismo de coordinación del sistema de protección

ceutí, tanto a nivel interno como externo. Por un lado, se encargó de dialogar y emprender acciones conjuntas con las distintas entidades de la Administración local involucradas en la protección y en la prevención de la delincuencia de menores extranjeros en situación de calle. Por otro lado, también dialogó y colaboró con instituciones de la sociedad civil. Todo ello permitió que Premece se convirtiera en una extensión de la Administración local ceutí para la gestión de la protección de los menores extranjeros no acompañados en situación de calle.

Gracias al liderazgo de Premece, así como al trabajo en equipo y a su capacidad de negociación, se generó un espacio de coordinación entre y con los distintos agentes clave mencionados. Esto redundó en la introducción de una nueva manera de intervención comunitaria para prevenir la delincuencia y garantizar la protección de los adolescentes extranjeros que deambulan por la zona del puerto ceutí. En ese sentido, propició el acercamiento de los agentes claves a la realidad de estos jóvenes, empezando a cambiar la perspectiva de control y persecución del delito por una de atención y protección.

Ahora bien, la labor de coordinación desarrollada por Premece no estuvo exenta de desafíos. Durante los primeros meses de implementación del programa, los agentes clave tuvieron una percepción errónea del rol de Premece y de su propuesta de intervención. Se pensó que la presencia del equipo Drari contribuiría a mantener la presencia de los menores extranjeros en la calle. No obstante, la divulgación de los resultados del programa mostró lo contrario. Otro desafío está relacionado con la periodicidad de las reuniones informativas o de coordinación con los agentes clave. Si bien se mantuvo una comunicación fluida con los distintos agentes clave de manera independiente, se percibe la necesidad de realizar reuniones conjuntas con todos los actores involucrados, con el objetivo de potenciar el intercambio de información sobre la situación de los jóvenes que permanecen en las zonas aledañas al puerto ceutí.

Finalmente, la experiencia del programa Premece muestra la necesidad de seguir fortaleciendo los mecanismos de coordinación intrainstitucionales para lograr una implementación efectiva de las acciones dirigidas a proteger a los menores extranjeros en situación de calle. De esta manera se podrá contribuir de forma más eficaz a la prevención secundaria de la delincuencia.

7. Bibliografía

ARCE JIMÉNEZ, Elena, «El sistema de protección a la infancia: Entre la condición de menor y de extranjero. Una mirada jurídica», en QUIROGA, VIOLETA/ CHAGAS, EVELINE (eds.), *Empuje y audacia. Migración transfronteriza de adolescentes y jóvenes no acompañados/as*, Siglo XXI de España, Barcelona, 2020, pp. 99 ss.

BORJA, Jordi., «Gobiernos locales, políticas públicas y participación ciudadana», *Revista APORTES para el Estado y la Administración Gubernamental*, vol. 9, n.º 19, 2002, pp. 57 ss.

BROWN, Eric; HAWKINS, J. David; ARTHUR, Michael, BRITNEY, John, ABBOT, Robert, «Effects of Communities That Care on Prevention Services Systems: Findings from the Community Youth Development Study at 1.5 Years», *Prevention Science*, vol. 8, 2007, pp. 180 ss.

CALLEJO GALLEGO, Javier, «La Evaluación de las Políticas Públicas», en *Apuntes de Política Criminal*, Dikynson, Madrid, 2019, pp. 147 ss.

CARDOZO, Ramón, «La coordinación de las políticas en el ámbito público», *Cuadernos unimetanos*, n.º 30, 2012, pp. 62 ss.

CARVALHO DA SILVA, Jacqueline; CASADO PATRICIO, Elena; PRADO MANRIQUE, Bertha, «Territorios transfronterizos y menores en movimiento: Fórmulas innovadoras de protección en Ceuta», en Violeta Quiroga, Eveline Chagas (eds.) *Empuje y audacia. Migración transfronteriza de adolescentes y jóvenes no acompañados/as*, Siglo XXI de España, Barcelona, 2020, pp. 131 ss.

DUNN, Bill, *Public Policy Analysis: An introduction*, Prentice Hall, New Jersey, 1994.

ELLIOT, Delbert; FAGAB, Abigail, *The prevention of crime*, Wiley-Blackwell, West Sussex, 2017.

FARRINGTON, David P., «Childhood risk and protective factors for early desisters, late desisters and life-course persistent offender», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 17, 2019, pp. 1 ss.

FERRER, Xavier, «Acrobacias fronterizas en Ceuta y Melilla. Explorando la gestión de los perímetros terrestres de la Unión Europea en el continente africano», *Documents d'anàlisi geogàfica*, vol. 51, 2008, pp. 129 ss.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al gobierno de S.M. 2021*, Fiscalía General del Estado, 2021.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa, «¿Criminalización del inmigrante o protección del menor?», en SIXTO SÁNCHEZ, LORENZO (ed.) *La integración de los extranjeros: un análisis transversal desde Andalucía*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 529 ss.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa, «Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 19-15, 2017, pp. 1 ss.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa, *Enfoque criminológico de las migraciones*, Editorial Síntesis, Madrid, 2018.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa; CARVALHO DA SILVA, Jacqueline, «Challenges for the protection of unaccompanied foreign minors in the streets of Ceuta», FES, Valencia, 2019. https://hdl.handle.net/10630/17937.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa; CARVALHO DA SILVA, Jacqueline; CASADO PATRICIO, Elena; PRADO MANRIQUE, Bertha., «Adolescentes marroquíes en calle: Desprotección, delincuencia y victimización», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 19, n.º 1, 2021, pp. 1 ss. https://doi.org/10.46381/reic.v19i1.567

GARCÍA ESPAÑA, Elisa; CARVALHO DA SILVA, Jacqueline; CASADO PATRICIO, Elena; PRADO MANRIQUE, Bertha, *Menores marroquíes en las calles de Ceuta: Una cuestión de políticas públicas*, Observatorio del sistema penal ante la inmigración (OCSPI), Málaga, 2020.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa; CARVALHO DA SILVA, Jacqueline, «Assessment of a juvenile delinquency prevention program with foreign unaccompanied minors in street situation», *Kriminologie*, vol. 1, n.º 1, 2019, pp. 49 ss.

GARNIER, Leonardo, *Función de coordinación de planes y políticas*, vol. 1, CEPAL, Santiago de Chile, 2000.

GARRIDO, Vicente.; LÓPEZ, María José, *Manual de intervención educativa en readaptación social. Vol. 2: Los programas de pensamiento prosocial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GIMENO-MONTERDE, Chabier; GÓMEZ-QUINTERO, Juan David; AGUERRI, Jesús, «Unaccompanied young people and transition to adulthood: Challenges for childcare services», *Children and Youth Services Review*, vol. 121, 2020.

GÓMEZ, Claudia, «Elementos para la construcción de políticas públicas de seguridad ciudadana», en RIVERA, FREDY (ed.), *Seguridad Multidimensional en América Latina*, Flacso, sede Ecuador, Ministerio de Cultura del Ecuador, Quito, 2008, pp. 369 ss.

HAWKINS, David; CATALANO, Richard, *Investing in your community's youth: An introduction to the Communities That Care system*, Channing Bete Company, South Deerfiled, 2002.

MARCO, Elisabet, «Menores extranjeros no acompañados en el sistema de protección», en NAVARRO, JOSÉ/ MESTRE, MARÍA (eds.), *El marco global de atención al menor: prácticas basadas en la evidencia, reflexiones y experiencias de éxito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 211 ss.

MARTÍNEZ, Roberto, «La coherencia y la coordinación de las políticas públicas. Aspectos conceptuales y experiencias», en ACUÑA, CARLOS (ed.), *Los desafíos de la coordinación y la integralidad para las políticas y la gestión pública en América latina*, JGMN, Buenos Aires, 2010.

MCAULIFFE, Marie; TRIANDAFYLLIDOU, Anna, *World Migration Report 2022*, International Organization for Migration (OIM), Geneva, 2021.

MEDINA ARIZA, Juan José, *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, Edisofer, Madrid, 2011.

MIGLIORINI, Laura; RANIA, Nadia; VARANI, Nicoletta., «Unaccompanied Migrant Minors: Trends, Challenges and Well-being», en DESCOTEAUX, LUCAS (ed.), *Immigration and Migration*, Nova Science Publishers, 2019, pp. 99 ss.

MUÑOZ ARENAS, Alberto, «Aspectos teóricos y procedimentales de la evaluación de políticas públicas», en NIETO MARTÍN, ADÁN/ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, MARTA/ BECERRA MUÑOZ, JOSÉ (eds.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 25 ss.

ORTIZ VIDAL, María, «Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia", *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º 41, 2021, pp. 1 ss.

PERAZZO, Catalina; ZUPPIROLI, Jennifer, *Los más solos. Los fallos en el sistema de acogida, protección e integración de los menores migrantes no acompañados que llegan a España*, Save the Children - España, 2018.

REDONDO, Santiago; GARRIDO, Vicente, *Principios de Criminología*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

REPETTO, Fabián, *Coordinación de políticas, programas y proyectos sociales*, CIPPEC - UNICEF, Buenos Aires, 2012.

ROTH DEUBEL, André, *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*, 13ª edición, Ediciones Aurora, Bogotá, 2018.

SALAZAR VARGAS, Carlos, «La evaluación y el análisis de políticas públicas», *Revista Ópera*, vol. 9, 2009, pp. 23 ss.

SODDU, Pietro, «Ceuta y Melilla: gestión fronteriza, derechos humanos y seguridad», en RIBERA I PINYOL, JOSEP/ FLORENSA PALAU, SENÉN (eds.), *Med. 2006: el año 2005 en el espacio Euromediterráneo*, Instituto Europeo del Mediterráneo, IEMed, 2006, pp. 216 ss.

SUÁREZ-NAVAZ, Liliana; JIMÉNEZ ÁLVAREZ, Mercedes, «Menores en el campo migratorio transnacional. Los niños del centro (Drari d'sentro)», *Papers*, vol. 96, n.º 1, 2011, pp. 11 ss.

SUBIRATS, Joan, *Análisis y gestión de políticas públicas*, Ariel, Barcelona, 2008.

TORRES-MELO, Jaime; SANTANDER, Jairo, *Introducción a las políticas públicas. Conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía*, IEMP Ediciones, Bogotá, 2013.

UNICEF, *A child is a child. Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation*, UNICEF, New York, 2017.

UNICEF; OIM, *Harrowing Journeys. Children and youth on the move across the Mediterranean Sea, at risk of trafficking and exploitation*, UNICEF - OIM, 2017.

VAISMORANDI, Motjaba; TURUNEN, Hannele; BONDAS, Terese, «Content analysis and thematic analysis: Implications for conducting a qualitative descriptive study», *Nursing & Health Sciences*, vol. 15, 2013, pp. 398 ss.

WELSH, Brandon; FARRINGTON, David, «Evidence-based crime prevention», en WELSH, BRANDON/ FARRINGTON, DAVID (eds.), *Preventing crime: What works for children, offenders, victims, and places*, Springer, New York, 2007, pp. 1 ss.

InDret
4.2022

Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho

Gabriel Doménech Pascual
Universitat de València
-

Sumario

-

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado en su sentencia de 28 de junio de 2022 que la legislación española reguladora de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños derivados de leyes contrarias al Derecho de la Unión no respeta en varios puntos el principio de efectividad. La necesidad de revisar y modificar dicha legislación ofrece una buena oportunidad de repensar la regulación de la responsabilidad civil del Estado por los daños causados por normas contrarias a Derecho. Tras analizar el origen, la evolución histórica y los notables defectos de esta regulación, el presente trabajo señala los pilares fundamentales sobre los que debería asentarse el futuro régimen jurídico de la referida responsabilidad.

Abstract

-

The Court of Justice of the European Union has held, in its judgment of 28 June 2022, that several Spanish legal rules governing the State's liability for damages caused by breaches of European Union Law attributable to the legislature violate the so-called principle of effectiveness. The need to review and amend the current Spanish legislation on this issue offers an excellent opportunity to rethink the regulation of the State's liability for damages caused by unlawful legal rules overall. After analyzing the origin, the evolution, and the shortcomings of this legislation, this paper analyzes the fundamental principles on which the future legal regime of the said liability should be based.

***Title*:** *Rethinking State's liability for unlawful legislation*

-

Palabras clave: responsabilidad patrimonial del Estado, responsabilidad civil extracontractual, Derecho de la Unión Europea, responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho, principios de efectividad y equivalencia.

***Keywords*:** *state liability, tort law, European Union law, state liability for losses caused by breaches of EU law attributable to the national legislature, principles of equivalence and effectiveness.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i4.06

-

InDret

4.2022

Recepción
13/09/2022
-
Aceptación
10/10/2022
-

Índice

-

1. *Introducción*
2. *Antecedentes*
   - 2.1. La jurisprudencia inicial del Tribunal Supremo
   - 2.2. Críticas
   - 2.3. Modulaciones jurisprudenciales
     - a. El Estado no responde cuando la sentencia anulatoria declara consolidadas ciertas situaciones nacidas al amparo de la ley inconstitucional
     - b. Daños causados por reglamentos ilegales
     - c. Daños causados por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea
   - 2.4. La regulación establecida en las Leyes 39 y 40/2015
   - 2.5. Modulaciones jurisprudenciales
     - a. Leyes autoaplicativas favorables
     - b. Concepto amplio de «recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño»
     - c. Interpretación laxa del requisito de que se haya invocado que la norma en cuestión es contraria a Derecho
     - d. No necesidad de una previa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
     - e. Suspensión del plazo de un año para exigir la responsabilidad
     - f. Momento de la producción del daño
   - 2.6. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022
     - a. Vulneración del principio de efectividad
     - b. No vulneración del principio de equivalencia
3. *Pilares de una nueva regulación*
   - 3.1. Minimizar los costes sociales de las normas contrarias a Derecho
   - 3.2. Articulación eficiente de las acciones de tutela de los derechos lesionados
     - a. Tipos de acciones y posibilidades de coordinarlas
     - b. La acción resarcitoria opcional e independiente que el Tribunal Supremo se inventa en 2000
     - c. La acción resarcitoria subsidiaria e independiente que el legislador español consagra en 2015
     - d. La regla dominante en el Derecho español, el Derecho de la Unión europea y el Derecho comparado: la acción resarcitoria es subsidiaria y dependiente de las acciones que pueden utilizarse frente a la aplicación de la norma cuestionada
     - e. La tutela restitutoria es en principio preferible a la resarcitoria
     - f. La tutela plena e inmediata frente a las situaciones y los actos nacidos de la aplicación de la norma contraria a Derecho es siempre preferible a una ulterior tutela resarcitoria
     - g. Coherencia con los preceptos que disponen la conservación de ciertas situaciones nacidas de la aplicación de normas contrarias a Derecho
     - h. El carácter subsidiario y dependiente de la ulterior acción resarcitoria induce al perjudicado a escoger el tipo de tutela socialmente más eficiente
     - i. La revisión de situaciones firmes es siempre preferible a la responsabilidad patrimonial por los daños derivados de éstas
     - j. Agregación, tramitación y resolución eficiente de los litigios masivos resultantes

k. ¿De verdad es una carga desproporcionada para los afectados impugnar las situaciones y los actos originados en la aplicación de una norma contraria a Derecho? ¿De verdad genera una «litigiosidad desproporcionada»?
l. La regulación debería ser sustancialmente la misma para todas las normas contrarias a Derecho

3.3. Requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho
a. Los requisitos deberían ser sustancialmente los mismos para todas las normas contrarias a Derecho
b. Responsabilidad objetiva o por negligencia
b.1. Las razones invocadas por los tribunales
b.2. Influencia sobre los niveles de cuidado y actividad de los implicados: teoría económica estándar
b.3. Influencia sobre la conducta de los agentes públicos
b.4. La responsabilidad objetiva puede no inducir un nivel óptimo de activad pública
b.5. La responsabilidad objetiva propicia, bajo ciertas condiciones, que los agentes públicos tomen precauciones inadecuadas
b.6. Influencia sobre la conducta de los potenciales perjudicados
b.7. Beneficios informacionales de la responsabilidad por negligencia
b.8. Fundamento jurídico-positivo de la aplicación de la doctrina del margen de tolerancia a la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales
b.9. Responsabilidad y restitución
c. Violación de una norma que confiere derechos a los particulares afectados
d. Relación de causalidad

4. Conclusiones
5. Propuesta de lege ferenda
6. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

La historia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas españolas por los daños derivados de normas contrarias a Derecho está repleta de despropósitos, incoherencias y paradojas.

El despropósito principal y originario lo cometió el Tribunal Supremo en el año 2000, al consagrar en unos términos exageradamente generosos la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños derivados de una ley inconstitucional: publicada la sentencia que declara su invalidez, los interesados tienen un año para reclamar del Estado el resarcimiento de los daños que la ley les ocasionó, aunque ya haya prescrito el plazo para impugnar las situaciones o los actos nacidos de su aplicación, o a pesar de los hayan impugnado y obtenido una resolución desestimatoria firme.

La relevancia práctica de esta doctrina es inmensa. Es relativamente frecuente que una ley cause perjuicios a miles o incluso millones de personas antes de ser declarada inconstitucional. Además, los argumentos ofrecidos por el Tribunal Supremo para justificar dicha solución son naturalmente aplicables a los casos de daños ocasionados por reglamentos ilegales o normas contrarias al Derecho de la Unión Europea (en adelante, UE).

Esta jurisprudencia ha recibido fuertes aplausos (en su mayoría, de tributaristas), pero también severas críticas (en su mayoría, de otros iuspublicistas). Es posible que en esta llamativa división de opiniones por gremios[1] haya influido el hecho de que la mayor parte de los numerosísimos casos donde se exige esta responsabilidad, que pone en juego ingentes cantidades de dinero, ha sido llevada a los tribunales por abogados especializados en Derecho tributario. En una «ciencia» jurídica tan orientada hacia la abogacía y, por ello, tan expuesta a los sesgos crematísticos como la española[2], éste ha podido ser un factor relevante.

Quizás como consecuencia de esta división de opiniones, el Tribunal Supremo moduló luego su doctrina inicial con el objeto de restringir su alcance, pero sin abandonarla del todo. El Tribunal excluyó su aplicación a los reglamentos ilegales, a las normas contrarias al Derecho de la UE y a los casos en los que la sentencia que anula una ley inconstitucional declara explícitamente la conservación de algunas situaciones nacidas a su amparo. Para ello, el Tribunal Supremo tuvo que incurrir en flagrantes contradicciones e inconsistencias.

Tan es así que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) declaró en 2010 que la diferencia que nuestro Tribunal Supremo hacía entre las acciones de responsabilidad que traían su causa de una ley inconstitucional y las acciones análogas derivadas de una norma contraria al Derecho de la Unión carecía de justificación y constituía una vulneración de éste.

---

* El presente trabajo tiene su origen en una ponencia presentada el 14 de julio de 2022 en el seminario «Responsabilidad patrimonial del Estado legislador: un nuevo reto impuesto desde Europa», organizado por el Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional de la Universidad Complutense de Madrid. Agradezco a la Directora del Instituto, la profesora Marien Aguilera Morales, la invitación, que me permitió conocer las enriquecedoras opiniones de los otros ponentes (los profesores Germán Fernández Farreres y Carmen Muñoz García) y asistentes (en particular, del profesor Ricardo Alonso García).

[1] Advertida por LITAGO LLEDÓ, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia tributaria: razones de su crisis actual y perspectivas de futuro», *Nueva Fiscalidad*, 1/2022, p. 95.

[2] Vid. ALFARO, «Sesgos crematísticos en la investigación jurídica», *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2016.

El siguiente gran despropósito lo cometió el legislador español en 2015, al restringir todavía más la referida responsabilidad, pero sin abandonar totalmente la solución establecida por el Tribunal Supremo. La regulación se diseñó con una increíble torpeza, ignorando reglas reiteradamente afirmadas por el TJUE, como, por ejemplo, la de que no es necesario que este tribunal haya declarado la incompatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario para que nazca la obligación del Estado de resarcir los daños causados por ella.

Y el 28 de junio de 2022 se produce la gran paradoja. El TJUE considera que algunos preceptos de la regulación pergeñada por el legislador español vulneran el Derecho de la Unión, por hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil que, *en algunos casos*, el Estado resarza los daños causados por una ley contraria a este Derecho. Y ello a pesar de que (1) prácticamente todos los defectos que el TJUE le achaca a la legislación española habían sido «corregidos» por la interpretación que de ésta había hecho el Tribunal Supremo; y de que, (2) en líneas generales, nuestro Derecho todavía reconoce esta responsabilidad con una gran generosidad, en supuestos donde –salvo error mío– ningún país de la Unión Europea la admite con carácter general.

Parece claro que este revés judicial obliga al legislador español a regular de nuevo la responsabilidad de las Administraciones públicas por daños derivados de leyes contrarias al Derecho de la UE. Parece obvio también que es momento de hacer de la necesidad virtud. El legislador debería aprovechar la oportunidad para revisar y reformar profundamente la normativa aplicable en esta materia a fin de dejar definitivamente atrás los despropósitos, las inconsistencias y los varapalos judiciales de los últimos veintidós años. Tras hacer un repaso de lo acontecido en la materia durante estas dos décadas, el presente trabajo pretende poner de manifiesto las grandes líneas maestras a las que debería ajustarse dicha nueva regulación.

2. Antecedentes

2.1. La jurisprudencia inicial del Tribunal Supremo

La responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la aplicación de una ley contraria a Derecho es una creación de origen jurisprudencial (aunque tal vez fuera más exacto decir abogacil[3]). El Tribunal Supremo la alumbra en una serie de sentencias iniciada en el año 2000 y relativa a la llamada «tasa complementaria sobre el juego». El precepto legal que estableció este tributo fue declarado inconstitucional en 1996, cuando ya había transcurrido el plazo de prescripción para que los afectados solicitaran la devolución de los ingresos indebidos. Parecía, pues, que tanto los contribuyentes que no habían instado la devolución como los que, tras instarla, habían recibido resoluciones administrativas o judiciales denegatorias firmes ya no podrían lograr la restitución de las cantidades pagadas.

Sin embargo, muchos de ellos lo consiguieron mediante una acción de responsabilidad patrimonial formulada contra el Estado. El Tribunal Supremo declaró que los ciudadanos afectados por la aplicación de una ley luego declarada inconstitucional todavía podían exigir de la Administración, en el plazo de un año desde la publicación oficial de la sentencia constitucional anulatoria, el resarcimiento de los perjuicios que la aplicación de la ley inconstitucional les causó, aunque en su día no hubieran ejercido las acciones dirigidas al

[3] Vid. SEGÚ VILLUENDAS, «Inconstitucionalidad de la Ley 5/1990. Responsabilidad del Estado Legislador», *La Ley*, 1997, t. I, pp. 2073-2078.

restablecimiento de sus derechos lesionados por la ley, o aunque las hubieran ejercido y hubieran obtenido una resolución administrativa o judicial desestimatoria firme[4]. El Alto Tribunal aducía los siguientes argumentos:

1º. El daño sufrido por los recurrentes era antijurídico, toda vez que el precepto legal en cuya aplicación padecieron un decremento patrimonial luego fue declarado inconstitucional[5].

2º. La acción de responsabilidad es distinta e independiente respecto de la de revisión. La circunstancia de que los actos dictados al amparo de la ley inconstitucional hubiesen adquirido firmeza y siguiesen produciendo efectos jurídicos no quitaba que los perjuicios causados por la aplicación de esa ley fuesen antijurídicos y, por lo tanto, resarcibles. Y viceversa: «*el resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos*»[6].

3º. «*No puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional*»[7]. Para sostener esa afirmación, el Tribunal Supremo esgrime que: (i) «*la Ley… goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo*»; (ii) «*los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad*»; y (iii) obligarles a agotar todas las instancias para defenderse contra una ley inconstitucional generaría una «*situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable*»[8].

4º. El plazo para exigir la reparación de los daños causados por la ley no empieza a correr hasta que no se publique oficialmente la sentencia que declara su inconstitucionalidad, pues sólo a partir de entonces los afectados pueden «*tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción*»[9].

5º. El principio de seguridad jurídica no impone un deber de soportar estos daños. Este principio puede justificar la conservación de algunos actos dictados en aplicación de la ley

---

[4] Vid., entre otras muchas, las SSTS (Cont.-adm.) de 29 de febrero de 2000 (ES:TS:2000:1574); 13 de junio de 2000 (ES:TS:2000:4836); y 15 de julio de 2000 (ES:TS:2000:5880).

[5] STS (Cont.-adm.) de 29 de febrero de 2000 (ES:TS:2000:1574).

[6] STS (Cont.-adm.) de 29 de febrero de 2000 (ES:TS:2000:1574).

[7] STS (Cont.-adm.) de 13 de junio de 2000 (ES:TS:2000:4836). En sentido similar, M. C. ALONSO GARCÍA, en ALONSO GARCÍA/MARTÍN DELGADO, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 108, 176 y 177; SÁNCHEZ PEDROCHE, «Próxima condena del TJUE al Reino de España por irresponsabilidad de su Estado legislador (o el permanente deseo de huida del derecho)», *Revista de Contabilidad y Tributación,* 469, 2022, p. 56; IBÁÑEZ GARCÍA, «¿Es negligente el ciudadano que no cuestiona la constitucionalidad de una ley o la contravención por la misma del Derecho europeo? De nuevo sobre el principio de fiabilidad del sistema legal y el grado de pericia exigible al sufrido contribuyente», *Diario La Ley*, 10118, 2022.

[8] STS (Cont.-adm.) de 13 de junio de 2000 (ES:TS:2000:4836). En sentido similar, entre otros, ESEVERRI, *La devolución de ingresos indebidos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 257; MORENO QUIRÓS, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: análisis desde la perspectiva tributaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 117 y 118.

[9] STS (Cont.-adm.) de 13 de junio de 2000 (ES:TS:2000:4836).

inconstitucional, pero no la exoneración del Estado por los daños y perjuicios originados por su actuación legislativa[10].

2.2. Críticas

Esta jurisprudencia recibió comentarios favorables[11], pero también duras críticas por parte de varios autores[12] y magistrados del propio Tribunal Supremo[13]. Yo mismo manifesté lo siguiente:

1º. Resulta contradictorio sostener que la resolución por la que se dispuso cierta transferencia patrimonial es firme, inimpugnable, obligatoria y sigue produciendo efectos jurídicos y, a la vez, afirmar la antijuridicidad de esta transferencia. Si la resolución es jurídicamente inatacable,

---

[10] STS (Cont.-adm.) de 13 de junio de 2000 (ES:TS:2000:4836).

[11] Vid., entre otros, GALÁN VIOQUE, «La indemnización de los daños y perjuicios producidos por una ley inconstitucional: ¿Una rebelión del Tribunal Supremo frente al Tribunal Constitucional?», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 41, 2001, pp. 155-187; GUTIÉRREZ DE GANDARILLA GRAJALES, «Los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley fiscal y la responsabilidad del Estado regulador», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, 224, 2001, pp. 113-153; CHECA GONZÁLEZ, «Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una ley», *Cuestiones Constitucionales*, 12, 2005, pp. 131-157; MARTÍN QUERALT, «La ejecución de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: las peticiones de devolución y las acciones de resarcimiento», *Estudios de Derecho Judicial*, 143, 2007, pp. 289-332; MORENO FERNÁNDEZ, *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009; SIMÓN ACOSTA, «Los fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia tributaria», en *Dal Diritto Financiario al Diritto Tributario. Studi in onore di Andrea Amatucci*, Temis, Bogotá, 2011, vol. V, pp. 281-284; CALVO VÉRGEZ, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la vulneración del ordenamiento jurídico comunitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; ESEVERRI, *La devolución de ingresos indebidos*, pp. 243-277; MORENO QUIRÓS, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador.* Según ESCOBAR ROCA, «Responsabilidad patrimonial por inconstitucionalidad del estado de alarma (o cómo tomarse, de una vez por todas, el Estado constitucional de Derecho en serio)», *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 4, 2020, p. 14, esta jurisprudencia es «*valiente e ingeniosa*»; detrás de su lógica «*se encuentra la justicia material o, más exactamente, la necesidad de dotar de mayor eficacia a la misma Constitución*».

[12] Vid. DOMÉNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 110, 2001, pp. 269-299; ÍDEM, «Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de un reglamento», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 22, 2003, pp. 577-596; ÍDEM, «La responsabilidad patrimonial de la Administración por leyes declaradas inconstitucionales: las contradicciones del Tribunal Supremo», *Impuestos*, 11, 2005, pp. 13-28; MARTÍN REBOLLO, «Responsabilidad patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 556, 2002; M. C. ALONSO GARCÍA, «La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, 157, 2002, pp. 215-240; ÍDEM, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en QUINTANA, Tomás y CASARES, Ana Belén (dirs.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, t. I, pp. 522 y 523); MESTRE DELGADO, «La responsabilidad patrimonial del legislador», *Revista General de Derecho Administrativo*, 7, 2004; GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional», *Revista de Administración Pública*, 166, 2005, pp. 99-147; SESMA SÁNCHEZ, «La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por infracción del derecho comunitario. Comentario a la STS de 17 de septiembre de 2010», *Diario La Ley*, 7553, 2011; CAYÓN GALIARDO, «La responsabilidad patrimonial derivada de Leyes que vulneran el Derecho comunitario. Un planteamiento nuevo en la STS de 17 de septiembre de 2010», *Revista Técnica Tributaria*, 93, 2011, pp. 20-21; RUIZ LÓPEZ, «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en el Derecho español», *Diario La Ley*, 8152, 2013; GONZÁLEZ ALONSO, «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho Europeo o la Constitución. Un análisis comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 2016, pp. 381-429.

[13] Vid. el voto particular de Agustín PUENTE PRIETO a la STS (Cont.-adm.) de 21 de junio de 2004 (ES:TS:2004:4315), luego reiterado en numerosas sentencias, y los votos particulares a la STS (Cont.-adm.) de 2 de junio de 2010 (ES:TS:2010:3898) de Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (al que se adhieren Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y Eduardo ESPÍN TEMPLADO), Manuel MARTÍN TIMÓN (al que se adhiere Emilio FRÍAS PONCE), Octavio Juan HERRERO PINA (al que se adhiere María del Pilar TESO GAMELLA), y Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (al que se adhieren Ángel AGUALLO AVILÉS, María Isabel PERELLÓ DOMÉNECH y Eduardo ESPÍN TEMPLADO).

entonces la transferencia dispuesta expresa y directamente por ella debe ser soportada por la persona a cuyo cargo se hizo. El efecto jurídico de la resolución no es otro que el de prestar cobertura a determinados ingresos. Si un acto goza del respaldo del Derecho, entonces los ingresos hechos en su virtud deben considerarse debidos. No cabe calificar como antijurídico un decremento patrimonial explícitamente impuesto por un acto obligatorio e inimpugnable.

2º. Las acciones de revisión y las de responsabilidad no son totalmente ajenas e independientes la una de la otra. El ordenamiento jurídico pone a disposición de las personas perjudicadas acciones que les permiten impugnar los actos dictados en aplicación de la ley inconstitucional, restablecer sus derechos y resarcir los perjuicios que éstos les han causado. A las víctimas se les puede exigir que traten de mitigar diligentemente, mediante tales acciones, los daños sufridos. Si no las ejercitan, las víctimas no pueden pretender luego obtener mediante una acción de responsabilidad lo mismo que pudieron haber reclamado y obtenido antes a través de aquéllas: el pleno resarcimiento de los perjuicios sufridos.

Por otro lado, no cabe pretender mediante una acción de responsabilidad ulterior que se tome una medida que dejaría sin efecto jurídico práctico una resolución judicial o administrativa firme e inatacable, que puso fin a un procedimiento de impugnación en el que, conviene subrayarlo, es posible formular una pretensión resarcitoria.

3º. La jurisprudencia criticada frustra la consecución del resultado práctico perseguido por los artículos 161.1.a) de la Constitución española y 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) que, en aras de la seguridad jurídica, disponen la conservación de ciertos actos y situaciones nacidos al amparo de una norma legal inconstitucional. Dicha jurisprudencia supone por ello una seria amenaza para otro de los objetivos buscados por tales disposiciones: el de evitar que el Tribunal Constitucional, a la vista de las demoledoras consecuencias prácticas que podría tener una sentencia anulatoria, se resista de manera consciente o inconsciente a declarar la inconstitucionalidad de leyes en realidad contrarias a la Constitución, con el fin de evitar tales consecuencias.

4º. Recurrir los actos que aplicaron la ley inconstitucional no constituye una carga desproporcionada para los afectados. Aunque carezcan de legitimación para recurrir directamente las leyes, éstos siempre pueden impugnar tales actos, si consideran que lesionan sus derechos e intereses legítimos. La «presunción de validez» de las normas legales no constituye obstáculo alguno para que los jueces ordinarios protejan los derechos de los ciudadanos injustamente lesionados por ellas. Todos los órganos jurisdiccionales, sin excepción, deben examinar la conformidad con la Constitución de las normas que han de aplicar. Y si consideran que una ley, de cuya validez depende el fallo que van a adoptar, vulnera la Constitución, no están simplemente facultados, sino obligados a elevar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

5º. El argumento de que imponer a los ciudadanos la carga de impugnar los actos dictados en aplicación de la ley inconstitucional fomenta una «litigiosidad desproporcionada» es falaz. Si los ciudadanos pretenden la tutela de sus derechos frente a una ley inconstitucional, no les quedará más remedio que reclamar en vía administrativa y, en su caso, litigar ante los tribunales. Así son las cosas tanto si ejercen las acciones de impugnación contra los actos dictados en aplicación de la ley como si utilizan la ulterior acción de responsabilidad que la jurisprudencia criticada admite.

En el primer caso, las reclamaciones y los litigios se plantearán antes de la anulación de la norma; en el segundo, después.

Es más, dicha jurisprudencia propicia seguramente un aumento de la litigiosidad, ya que es probable que detrás de cada anulación de una ley se levante una segunda ola de reclamaciones y litigios que se añada a la primera ola de los entablados antes de su anulación. Además, los pleitos de responsabilidad patrimonial a los que da lugar la jurisprudencia en cuestión tienen una peculiaridad que los hace especialmente indeseables: se concentran en los órganos superiores del orden jurisdiccional contencioso-administrativo –sobre todo, en el Tribunal Supremo–, lo que propicia su saturación y los distrae del cumplimiento de la que es seguramente su más importante función: la formación de jurisprudencia.

2.3. Modulaciones jurisprudenciales

Es probable que el Tribunal Supremo no midiera inicialmente las indigeribles consecuencias prácticas que se derivaban de la doctrina expuesta. Seguramente por ello ésta fue objeto de ulteriores rectificaciones encaminadas a restringir su alcance.

a. El Estado no responde cuando la sentencia anulatoria declara consolidadas ciertas situaciones nacidas al amparo de la ley inconstitucional

Es relativamente frecuente que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la conservación de algunos de los efectos de las leyes que anula. En muchas sentencias declara, por ejemplo, que, por exigencia del principio de seguridad jurídica, únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la anulación aquellas que, a la fecha de publicación de la sentencia, no hayan adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre ellas[14].

El Tribunal Supremo ha estimado que tales declaraciones constitucionales vedan no sólo las acciones de revisión de los correspondientes actos y sentencias, sino también las ulteriores acciones de responsabilidad por los daños ocasionados, pues «*entenderlo de otro modo desnaturalizaría la decisión del Tribunal Constitucional*»[15].

La argumentación resulta sorprendente, pues la mayoría de los referidos pronunciamientos del Tribunal Constitucional reproducen lo establecido en el artículo 40.1 LOTC respecto de la imposibilidad de «*revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes… inconstitucionales*». No se explica por qué se atribuye una consecuencia jurídica de tanta relevancia al hecho de que el Tribunal Constitucional repita lo que ya se establece en la LOTC. Tampoco se explica por qué el Tribunal Supremo no ve incompatibilidad entre su jurisprudencia y el artículo 40.1 LOTC. Si admitir las referidas acciones

[14] Vid. RUIZ ALMENDRAL, «Los efectos variables de las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas tributarias y la imprevisibilidad de sus consecuencias», *Nueva Fiscalidad,* 2/2021, pp. 73-109.

[15] Vid. las SSTS (Cont.-adm.) de 1 de julio de 2003 (ES:TS:2003:4614); 8 de julio de 2003 (ES:TS:2003:4821 y ES:TS:2003:4830); 18 de septiembre de 2003 (ES:TS:2003:5560); 2 de febrero de 2004 (ES:TS:2004:552); 14 de junio de 2004 (ES:TS:2004:4069); 25 de febrero de 2011 (ES:TS:2011:1032); 27 de mayo de 2011 (ES:TS:2011:3183); y 11 de octubre de 2016 (ES:TS:2016:4498 y ES:TS:2016:4499). Sobre esta jurisprudencia, vid. DOMÉNECH PASCUAL, *Impuestos,* 11, 2005; y ESCOBAR ROCA, *RRCCS*, 4, 2020, pp. 18-27, quien estima que el Tribunal Supremo se ha apartado en alguna ocasión de ella.

de responsabilidad «desnaturalizaría» la decisión del Tribunal Constitucional y ésta es un trasunto del artículo 40.1 LOTC, ha de concluirse que admitir dichas acciones «desnaturalizaría» también lo dispuesto en este precepto legal.

La argumentación contradice ostensiblemente una de las razones medulares en las que se basaba la jurisprudencia original del Tribunal Supremo: la de que las acciones de revisión y responsabilidad son independientes entre sí. Si el resarcimiento de los perjuicios causados por la ley inconstitucional no afectaba ni privaba de efectos a las situaciones firmes surgidas de su aplicación, ¿por qué ahora se estima que ese resarcimiento sí desnaturaliza la firmeza de tales situaciones? Si el hecho de que los actos dictados al amparo de la ley inconstitucional hubiesen adquirido firmeza no impedía que los daños causados por su aplicación fuesen antijurídicos y resarcibles, ¿por qué ahora esa firmeza sí impide considerarlos como tales?

Por lo demás, esta jurisprudencia ha tenido una consecuencia práctica cuestionable. Al hacer depender de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional la conservación *efectiva* de las situaciones patrimoniales firmes nacidas al amparo de leyes inconstitucionales, dicha jurisprudencia convierte a este Tribunal en el único garante de esa conservación. Sólo si éste lo dispone explícitamente, quedarán *realmente* consolidados los efectos cuya firmeza establecen los artículos 161.1.a) CE y 40.1 LOTC en aras de la seguridad jurídica y la economía procesal. Dicho de otra manera, sólo si este órgano jurisdiccional considera oportuno guardar silencio en este punto podrán los perjudicados por una ley inconstitucional reclamar del Estado el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por los actos firmes dictados en su aplicación[16]. Es probable que esto haya empujado al Tribunal Constitucional a incrementar considerablemente el número de tales pronunciamientos durante las dos últimas décadas, a la vista de las explosivas consecuencias que para aquellos principios jurídicos tendría su silencio[17].

Pues bien, cabe poner en duda la conveniencia de que el Tribunal Constitucional monopolice o asuma un papel demasiado activo en la determinación de los perjuicios causados por una ley inconstitucional que no han de ser resarcidos por el Estado, solución a la que conduce la referida jurisprudencia[18]. Este Tribunal no siempre dispone de la información necesaria para juzgar adecuadamente y en abstracto sobre la suerte que han de correr las situaciones nacidas al amparo de las disposiciones anuladas. Cabe pensar que, en muchos casos, los tribunales ordinarios están mejor situados para efectuar ese juicio, a la vista de las concretas circunstancias de cada caso y de los preceptos de la Constitución y la LOTC.

b. Daños causados por reglamentos ilegales

La STS (Cont.-adm.) de 21 de septiembre de 2010 (ES:TS:2010:4650) extiende la doctrina de la responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales a un caso en el que el actor había efectuado ciertos ingresos tributarios en virtud de un reglamento seis años antes de que éste fuera anulado. El Tribunal argumenta que: (1º) el plazo de prescripción de cuatro años

---

[16] DOMÉNECH PASCUAL, *Impuestos*, 11, 2005, pp. 27 y 28; GONZÁLEZ ALONSO, *REDC*, 106, 2016, p. 391.

[17] Así lo advirtió tempranamente MESTRE DELGADO, *RGDA*, 7, 2004, p. 29.

[18] Según ESCOBAR ROCA, *RRCCS*, 4, 2020, esta solución «*abre las puertas a un decisionismo del Tribunal Constitucional e implica una usurpación de funciones en toda regla*» (p. 16); compete a los tribunales ordinarios y no al Tribunal Constitucional decidir los casos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (p. 19). Vid., también, GONZÁLEZ ALONSO, *REDC*, 106, 2016, p. 421; RUIZ ALMENDRAL, *Nueva Fiscalidad,* 2/2021.

establecido para exigir la devolución de esos ingresos no opera cuando se ejerce la acción de responsabilidad con posterioridad a la anulación del reglamento; (2º) «*que un pago no pueda ser impugnado como ingreso indebido por haber expirado el plazo legalmente previsto para ello no significa, por sí sólo, que ese mismo pago no pueda constituir un daño indemnizable*»; y (3º) «*la recurrente no pudo ejercer su pretensión indemnizatoria con anterioridad* [a la fecha en que la sentencia que anuló el reglamento] *fue publicada y pudo ser conocida*».

Este último argumento es, desde luego, rechazable. Antes de que se publicara dicha sentencia, el recurrente podía haber obtenido la plena tutela de sus derechos y, en particular, la devolución de los ingresos indebidos a través del procedimiento legalmente previsto. Los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de las correspondientes pretensiones de devolución están sin duda alguna obligados a inaplicar los reglamentos que consideren ilegales, aunque éstos todavía no hayan sido anulados con efectos generales[19]. Y, en mi opinión, tal obligación alcanza también a los órganos administrativos[20].

De todos modos, esta sentencia constituye un «accidente aislado»[21]. Tanto antes como después de ella, el Tribunal Supremo ha rechazado extender a los reglamentos ilegales su jurisprudencia relativa a los daños causados por leyes inconstitucionales[22]. A su juicio, «*la firmeza de los actos dictados en aplicación de* [la disposición reglamentaria posteriormente anulada] *hace estéril la acción de reclamación patrimonial ejercitada al no existir un perjuicio antijurídico que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*»[23]. Para llegar a esta conclusión se esgrimen los siguientes argumentos:

1º. El artículo 73 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) limita los efectos de la declaración de nulidad «*tan sólo a los actos o sentencias que no hayan adquirido firmeza*». En virtud de este precepto, los pagos firmes realizados por la recurrente no pueden verse afectados por la declaración de nulidad del reglamento considerado. Y «*los términos taxativos del precepto impiden incluso que se pueda hacer una declaración de nulidad implícita, a los efectos de la concurrencia de la responsabilidad*»[24].

2º. Con «*esa regulación limitativa del derecho de resarcimiento que impone el legislador... se pretende salvaguardar el principio de seguridad jurídica*»[25].

---

[19] Vid. el art. 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

[20] DOMÉNECH PASCUAL, «La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, 155, 2001, pp. 59-106.

[21] Aunque cabría entender que la STS (Cont.-adm.) de 1 de marzo de 2022 (ES:TS:2022:816) afirma, de manera incidental, la misma doctrina, en un caso muy singular.

[22] Vid., entre otras, las SSTS (Cont.-adm.) de 13 de mayo de 1981 (ES:TS:1981:384) y 15 de junio de 1996 (ES:TS:1996:3675). En la doctrina, en sentido favorable a la extensión, GALÁN VIOQUE, «La anulación de un plan urbanístico como fuente de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 46, 2002, pp. 191-226. En contra, DOMÉNECH PASCUAL, *RArAP*, 22, 2003.

[23] STS (Cont.-adm.) de 24 de mayo de 2005 (ES:TS:2005:3340).

[24] SSTS (Cont.-adm.) de 23 de junio de 2022 (ES:TS:2022:2640) y 27 de junio de 20022 (ES:TS:2022:2708).

[25] SSTS (Cont.-adm.) de 23 de junio de 2022 (ES:TS:2022:2640) y 27 de junio de 20022 (ES:TS:2022:2708).

3º. La responsabilidad por leyes inconstitucionales y la responsabilidad por reglamentos ilegales son instituciones *«bien distintas»*[26]. La diferencia estribaría, por un lado, en que los afectados pueden impugnar directa e indirectamente las disposiciones reglamentarias ante los tribunales, y obtener con ello «*de manera inmediata un pronunciamiento sobre su legalidad y el restablecimiento de la situación jurídica individualizada, incluida la indemnización de los daños y perjuicios causados*». Por otro lado, «*si bien la declaración de nulidad de la disposición general tiene efectos erga omnes, ello no alcanza a los actos firmes y consentidos dictados a su amparo (art. 102.4 Ley 30/92 y 73 LJCA), de manera que el administrado afectado tiene el deber jurídico de soportar las consecuencias derivadas de tal actuación administrativa que no resulta revisable ni afectada por aquella apreciación de ilegalidad de la norma que le sirve de amparo*»[27].

Estos argumentos son muy endebles, por las siguientes razones:

1ª. El artículo 73 LJCA viene a establecer para los reglamentos una regulación muy similar a la que el artículo 40.1 LOTC prevé para las leyes. No se comprende, en consecuencia, por qué los «términos taxativos» del artículo 73 LJCA impiden que el Estado responda patrimonialmente por los pagos firmes efectuados en virtud de un reglamento posteriormente anulado y, en cambio, los términos equivalentes del artículo 40.1 LOTC no impiden que el Estado responda por los pagos firmes efectuados en virtud de una ley ulteriormente anulada.
2ª. Tampoco se comprende por qué el principio de seguridad jurídica justifica que se excluya el resarcimiento de los daños causados por los pagos firmes efectuados en virtud de un reglamento ilegal y, en cambio, no justifica que se excluya el resarcimiento de los daños causados por los pagos firmes efectuados en virtud de una ley inconstitucional.
3ª. Las diferencias entre el control judicial de los reglamentos y el de las leyes son menos significativas de lo que el Tribunal Supremo afirma.
Debe subrayarse, en primer lugar, que también las leyes pueden ser impugnadas indirectamente. Los ciudadanos afectados por una norma de rango legal pueden recurrir ante los tribunales ordinarios los actos dictados en su aplicación, aduciendo para ello que la norma aplicada es contraria a la Constitución[28]. A través de este «recurso indirecto» contra las leyes inconstitucionales, los afectados tienen la posibilidad de obtener un pronunciamiento sobre la ilicitud de los referidos actos, el reconocimiento y restablecimiento de sus derechos y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. En este punto no hay diferencias significativas entre reglamentos y leyes. Cuando se cuestiona indirectamente la conformidad con la Constitución de una ley, el procedimiento es más complejo y lleva seguramente más tiempo que cuando se impugna un reglamento, pues en el primer caso es necesario elevar una cuestión de inconstitucionalidad y esperar a que ésta sea estimada. Pero en ambos casos el afectado puede obtener la plena tutela judicial de sus derechos lesionados por una norma inválida. Otra cosa es que los tribunales que le toquen en suerte cometan un error y consideren que la norma indirectamente impugnada es conforme a Derecho. Pero este riesgo es el mismo para leyes y reglamentos.

En segundo lugar, debe notarse que, frecuentemente, los afectados por un reglamento ilegal tampoco tienen la posibilidad de impugnarlo directamente. Así ocurre cuando se han

[26] SSTS (Cont.-adm.) de 24 de mayo de 2005 (ES:TS:2005:3340), 17 de junio de 2005 (ES:TS:2005:3961), 12 de julio de 2005 (ES:TS:2005:4712), 23 de junio de 2022 (ES:TS:2022:2640) y 27 de junio de 20022 (ES:TS:2022:2708).

[27] STS (Cont.-adm.) de 14 de noviembre de 2006 (ES:TS:2006:6827).

[28] STS (Cont.-adm.) de 31 de enero de 2017 (ES:TS:2017:221).

incorporado al círculo de sus destinatarios después de que haya transcurrido el plazo de dos meses, contados desde el día siguiente al de su publicación, establecido para interponer el recurso directo.

En tercer lugar, en muchas ocasiones, los afectados muy difícilmente tienen *de facto* la posibilidad de recurrir directamente un reglamento, habida cuenta de la brevedad de aquel plazo de dos meses y de que los reglamentos no se notifican personalmente a todos sus destinatarios. Es muy improbable, por ello, que en esos dos meses los interesados sean capaces de detectar, comprender y recurrir preventivamente, antes de que se les apliquen, todos los reglamentos que lesionan sus derechos. Lo habitual es que los ciudadanos tengan conocimiento de las normas reglamentarias ilegales que les afectan y puedan impugnarlas efectivamente cuando éstas se les aplican individualmente, por lo general a través de actos administrativos que sí hay que notificarles.

c. Daños causados por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea

El Tribunal Supremo también se resistió inicialmente a indemnizar los daños por leyes contrarias al Derecho comunitario cuando habían prescrito los plazos para ejercer las acciones de impugnación contra los actos dictados en su aplicación o cuando los interesados habían utilizado los correspondientes medios de impugnación, pero habían obtenido una resolución administrativa o judicial desestimatoria firme[29]. Para justificar que su doctrina sobre la responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales no era trasladable a estos supuestos, el Tribunal da tres argumentos:

1º. La vulneración de legislación europea por una ley nacional «*es directamente invocable ante los tribunales españoles*». En estos casos, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de las leyes inconstitucionales, el afectado «*sí* [es] *titular de la acción por invocar la contradicción entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento comunitario, que* [debe] *ser aplicado directamente por los tribunales nacionales incluso aun cuando no hubiese sido invocado expresamente*».

2º. La acción de responsabilidad se formula después de que el TJUE haya apreciado la infracción de la normativa comunitaria al resolver una cuestión prejudicial, «*que no acarrea per se la desaparición* ex tunc *de la norma del ordenamiento jurídico, al contrario de lo que ocurre con una sentencia de inconstitucionalidad, ello con independencia de que los efectos de la nulidad de la ley inconstitucional normalmente sean* ex nunc *correspondiendo al Tribunal apreciar su alcance en cada caso*».

3º. Con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, para que surja la responsabilidad patrimonial de un Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión han de concurrir tres requisitos: que la infracción sea suficientemente caracterizada; que se haya infringido una norma que confiere derechos a los particulares; y que exista un nexo de causalidad directo entre la ley en cuestión y el resultado dañoso producido. Este último requisito no concurre si el daño trae causa de un acto administrativo dictado en aplicación de esa ley.

Los tres argumentos son muy discutibles[30], por las siguientes razones:

---

[29] SSTS (Cont.-adm.) de 29 de enero de 2004 (ES:TS:2004:442) y 24 mayo de 2005 (ES:TS:2005:3321).

[30] En sentido similar, R. ALONSO GARCÍA, «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario», *Cuadernos de Derecho Local*, 19, 2009, pp. 181-184.

1ª. Como ya hemos visto, los afectados por una ley inconstitucional también pueden recurrirla indirectamente e invocar su inconstitucionalidad ante los tribunales. Y éstos también deben inaplicarla, si bien para ello han de elevar antes una cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional y esperar a que ésta sea estimada. Nótese además que, en ocasiones, los tribunales ordinarios también pueden o incluso deben elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE antes de inaplicar la norma nacional contraria al Derecho de la Unión.

2ª. Los efectos jurídicos en el tiempo de las sentencias del Tribunal Constitucional y del TJUE que declaran la invalidez de una ley son en realidad muy semejantes. En ambos casos, esa declaración suele tener una eficacia jurídica retroactiva limitada; no impide que se conserven algunas situaciones jurídicas nacidas al amparo de la ley en cuestión.

3ª. El Tribunal Supremo no explica por qué somete una acción de responsabilidad basada en el Derecho de la UE a condiciones más restrictivas que las previstas para acciones análogas basadas en el Derecho interno. Esa diferencia podría constituir una vulneración del llamado principio de equivalencia, que prohíbe que las acciones basadas en una violación del Derecho de la Unión se sometan a un régimen procesal menos favorable para sus titulares que las acciones análogas basadas en la infracción del Derecho interno.

De hecho, la STJUE de 26 de enero de 2010 (*Transportes Urbanos*, C-118/08)[31] considera que ambos casos son similares y merecen el mismo tratamiento en virtud del referido principio de equivalencia. A estos efectos es irrelevante la única diferencia existente entre ambos, consistente en que unas infracciones lo son de la Constitución y las otras del ordenamiento comunitario.

Seguidamente, el Tribunal Supremo se decantó por extender a las leyes contrarias al Derecho de la UE su jurisprudencia relativa a las leyes declaradas inconstitucionales[32], a pesar de que también podía haber optado por «igualar por abajo», es decir, por extender a los daños causados por leyes inconstitucionales la regla que venía aplicando a las leyes contrarias al Derecho de la Unión[33]. De este modo consagró la responsabilidad del Estado legislador con una extraordinaria amplitud, sin equivalente en el Derecho comparado. Como advirtió SESMA SÁNCHEZ, «*ningún país de nuestro entorno* [había] *sido tan generoso ni* [había] *llegado tan lejos en la imputación de responsabilidad al Estado por actos dictados al amparo de una norma "ilegal" (sea por inconstitucionalidad o por infracción del derecho comunitario)*»[34].

---

[31] Sobre esta Sentencia y la posterior reacción del Tribunal Supremo, vid. M. C. ALONSO GARCÍA, «La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador: reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de enero de 2010», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 12, 2010, pp. 74-81; PLAZA, «Member States Liability for Legislative Injustice. National Procedural Autonomy and the Principle of Equivalence. Going too far in *Transportes Urbanos*», *Review of European Administrative Law*, 3:2, 2010, pp. 27-51; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «"Igualar por abajo". La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, 38, 2011, pp. 141-171.

[32] STS (Cont.-adm.) de 17 de septiembre de 2010 (ES:TS:2010:4976). A favor de esta solución, entre otros, MARTÍNEZ MUÑOZ, «La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho Comunitario después de la STJCE de 26 de enero de 2010», *Crónica Tributaria*, 3, 2010, p. 49; SÁNCHEZ PEDROCHE, «IVA, violación del derecho de la UE y responsabilidad patrimonial del estado», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, 2011, pp. 123-140.

[33] Como postulaba, por ejemplo, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *REDE*, 38, 2011.

[34] SESMA SÁNCHEZ, *Diario La Ley*, 7553, 2011. También CAYÓN GALIARDO, *RTT*, 93, 2011, pp. 20-21, se mostró crítico con el resultado y señaló la necesidad de «repensar» la doctrina del Tribunal Supremo en este punto.

La extensión se hizo, no obstante, con un importante matiz, con el que se reducía su alcance. El Tribunal Supremo consideró aplicables a la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias al Derecho de la Unión los referidos requisitos consagrados por la jurisprudencia del TJUE: (1º) que se haya producido una infracción suficientemente caracterizada de (2º) una norma que confiere derechos a los particulares y (3º) que exista una relación de causalidad directa entre dicha infracción y el daño sufrido por la víctima[35]. En la medida en que no era necesario que esta tríada concurriera para declarar la responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales, resultaba dudoso que tal diferencia fuera compatible con el principio de equivalencia[36].

2.4. La regulación establecida en las Leyes 39 y 40/2015

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), introducen en nuestro ordenamiento jurídico la primera regulación de la responsabilidad civil de las Administraciones públicas por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho de la UE.

En ambos supuestos, para que nazca el deber de indemnizar, deben concurrir los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: que la aplicación de la ley haya ocasionado una lesión que «*el particular no tenga el deber jurídico de soportar*»; y que el daño alegado sea «*efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas*» (art. 32.3.II LRJSP). También en ambos casos, la responsabilidad queda sujeta a otros tres requisitos:

1º. La víctima debe haber «*obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad* [o la infracción del Derecho de la UE] *posteriormente declarada*» (arts. 32.4 y 32.5.I LRJSP).

2º. Sólo «*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*» (art. 34.1.II LRJSP). Con este último inciso se da a entender, pues, que dicho plazo puede reducirse todavía más, hasta desaparecer incluso, si el Tribunal Constitucional o el TJUE declaran como consolidadas ciertas situaciones nacidas en aplicación de la ley en cuestión. Cabe estimar que este inciso viene a dar un espaldarazo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ya se había pronunciado en este sentido[37].

3º. «*El derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el "Boletín Oficial del Estado" o en el "Diario Oficial de la Unión Europea", según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea*» (art. 67.1.III LPAC).

---

[35] SSTS (Cont.-adm.) de 18 de enero de 2012 (ES:TS:2012:266), 28 de febrero de 2012 (ES:TS:2012:1245), y 12 de junio de 2012 (ES:TS:2012:4131).

[36] Vid. COBREROS MENDAZONA, «La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista de Administración Pública*, 196, 2015, pp. 11-59.

[37] Vid. *supra*, 2.3.a.

Finalmente, y siguiendo la estela del Tribunal Supremo, el legislador sujeta la responsabilidad por leyes contrarias al Derecho a la Unión Europea a tres requisitos adicionales: (1º) que se infrinja una norma europea que tenga «*por objeto conferir derechos a los particulares»;* (2º) que esa infracción sea «*suficientemente caracterizada*»; y (3º) que exista una «*relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares*».

Esta regulación ha sido duramente criticada. Se le ha reprochado que vulnera tanto el principio de *equivalencia*, al sujetar las acciones de responsabilidad basadas en una infracción del Derecho de la Unión a unas condiciones sustantivas más estrictas que las previstas para las acciones análogas basadas en una violación de la Constitución[38], como el principio de *efectividad*, al hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil que los perjudicados puedan obtener la tutela efectiva de sus derechos[39].

2.5. Modulaciones jurisprudenciales

El Tribunal Supremo ha interpretado estos requisitos en un sentido muy laxo y favorable a la exigencia de la responsabilidad patrimonial del Estado[40].

---

[38] GALÁN VIOQUE, «A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador», *Documentación Administrativa*, 2, 2015; GUICHOT REINA, «La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad», *Revista Española de Derecho Europeo*, 60, 2016, pp. 49-101; M. C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea*, p. 170; IRANZO CEREZO, «La dudosa compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad de la regulación de la responsabilidad por incumplimiento del derecho de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 205, 2020, pp. 201-226; LEIVA LÓPEZ, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea», *Revista Catalana de Dret Públic,* 63, 2021, pp. 193 y 194. Según COBREROS MENDAZONA (*RAP*, 196, 2015; y «La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial», *Revista de Administración Pública*, 200, 2016, pp. 315-339), esta diferencia no vulnera el principio de equivalencia, pero sí la regla, afirmada en alguna ocasión por el TJUE, según la cual la norma interna prevalece sobre la de la Unión Europea cuando la primera sujeta la responsabilidad del Estado a requisitos de fondo menos restrictivos que los previstos para casos análogos por la segunda.

[39] Vid., entre otros, GUICHOT REINA, *REDE*, 60, 2016; CAMPOS MARTÍNEZ, «La incidencia del artículo 32 de la Ley 40/2015 sobre la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en materia tributaria. ¿Crónica de una muerte anunciada?», *Nueva Fiscalidad*, 5/2016, pp. 121-176; CALATAYUD PRATS, «La responsabilidad del estado legislador tributario», *Quincena Fiscal*, 12/2016, pp. 95-128; ESEVERRI, *La devolución de ingresos indebidos*, pp. 253-268; M. C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea*, pp. 176, 177 y 221; IRANZO CEREZO, *REDA*, 205, 2020; LEIVA LÓPEZ, *RCDP,* 63, 2021, pp. 193 y 194; SÁNCHEZ PEDROCHE, *RCT,* 469, 2022. Según GARCÍA DE LA ROSA, «La responsabilidad patrimonial del estado legislador por declaración de inconstitucionalidad de las leyes en la ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 191, 2018, pp. 249-271, la regulación «*impone condiciones excesivamente rigurosas, que… despiertan dudas acerca de su compatibilidad con los principios constitucionales de responsabilidad y proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de igualdad ante la ley*». A favor de la nueva regulación, GONZÁLEZ ALONSO, *REDC*, 106, 2016; MORET MILLÁS/GATÓO JIMÉNEZ DE LA IGLESIA, «La responsabilidad del Estado legislador: antecedentes y situación tras la reforma de 2015», *Revista de las Cortes Generales*, 100-101-102, 2017, pp. 7-46.

[40] Sobre esta jurisprudencia, vid. LEIVA LÓPEZ, *RCDP,* 63, 2021; M. C. ALONSO GARCÍA, «El Supremo "alivia" la carga procesal del lesionado y determina el momento de la aparición del daño en la acción de responsabilidad patrimonial contra el legislador», *Revista Vasca de Administración Pública*, 120, 2021, quien concluye que, a pesar de la interpretación efectuada por el TS, la regulación de la responsabilidad patrimonial del legislador «*sigue siendo excesivamente compleja y onerosa para la mayor parte de los damnificados…* [y] *continúa sin satisfacer los parámetros constitucionales que requiere el principio de responsabilidad patrimonial y la efectividad de* [su] *derecho* [a obtener una indemnización]» (pp. 206 y 207).

a. Leyes autoaplicativas favorables

La STS (Cont.-adm.) de 27 de octubre de 2020 (ES:TS:2020:3324) enjuicia un caso en el que el Tribunal Constitucional había anulado, por falta de la extraordinaria y urgente necesidad para dictarlo, un decreto-ley que había reconocido a cierta empresa un derecho de cobro frente al Estado, derecho que luego había sido enajenado a las empresas actoras.

El Tribunal Supremo advierte que la regulación contenida en el artículo 32 LRJSP «*no ha contemplado el supuesto de leyes de carácter autoaplicativo que son declaradas inconstitucionales*» y, en particular, el caso en que «*la propia Ley genera un derecho en favor de los ciudadanos… y posteriormente esa ley es declarada inconstitucional, dejando ineficaz, por nulidad, el derecho que había originado*». El Tribunal señala que, en estos casos, el requisito de haber obtenido una sentencia firme desestimatoria contra la actuación administrativa que ocasionó el daño en aplicación de la ley inconstitucional y haber invocado su inconstitucionalidad es de imposible cumplimiento, pues aquí el daño no lo causó un acto administrativo. Además, no es razonable esperar que alguien impugne la aplicación de una ley que le favorece.

Por todo ello, el Tribunal interpreta el referido precepto conforme con el principio de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 CE. Y concluye que «*en aquellos supuestos en los que… la declaración de inconstitucionalidad* [o violación del Derecho de la UE] *se predique de una norma con rango de ley de aplicación directa, sin previa actividad administrativa, y reconociendo derechos favorables a los ciudadanos, no pueden exigirse los requisitos del artículo 32.4º* [o art. 32.5º LRJSP] *por ser de imposible cumplimiento*».

b. Concepto amplio de «recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño»

El Tribunal también ha interpretado en sentido muy amplio esta expresión, a la que se refieren los artículos 32.4 y 32.5.I LRJSP. A su juicio,

> «*ha de entenderse que los mecanismos que permiten dar por cumplido el requisito estipulado en* [estos preceptos], *a efectos de instar válidamente la acción de responsabilidad patrimonial prevista en* [ellos] *comprenden todas aquellas formas de impugnación que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con el acto administrativo cuestionando la constitucionalidad de la norma aplicada y, de otra, den lugar al control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional. Y que entre estas formas de impugnación se encuentra la solicitud de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho por responder a la aplicación de una norma que resulta inconstitucional y el correspondiente recurso jurisdiccional, interpuesto contra la resolución administrativa que desestimó un procedimiento de revisión por nulidad de pleno derecho, promovido contra la actuación que ocasionó el daño*»[41].

[41] SSTS (Cont.-adm.) de 14 de septiembre de 2020 (ES:TS:2020:2922), 5 de octubre de 2020 (ES:TS:2020:3311), 7 de octubre de 2020 (ES:TS:2020:3313) y 19 de octubre de 2020 (ES:TS:2020:3391).

c. Interpretación laxa del requisito de que se haya invocado que la norma en cuestión es contraria a Derecho

El Tribunal Supremo ha declarado incidentalmente que esta invocación «*podrá hacerse en cualquiera de las instancias administrativas o jurisdiccionales que la impugnación comporta*». Y, además, no hace falta que la infracción sea alegada por el perjudicado; «*nada impide que sea el mismo Tribunal o incluso el mismo órgano administrativo que conozca de las impugnaciones el que la suscite*»[42].

d. No necesidad de una previa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal Supremo ha advertido que, si bien el artículo 32.6 LRJSP parece condicionar la responsabilidad del Estado por los daños causados por leyes contrarias al Derecho de la UE a que una sentencia del TJUE haya declarado la infracción, también es cierto que «*no se impone esa exclusividad en el precepto de manera expresa y parece que al fijar el mencionado plazo, lo que hace el Legislador es acoger la hipótesis más normal*». Y añade incidentalmente que la infracción del Derecho de la Unión «*puede ser también declarada por los Tribunales nacionales, posibilidad que no es admisible en el supuesto de esta responsabilidad por una ley inconstitucional*»[43].

e. Suspensión del plazo de un año para exigir la responsabilidad

Según el Tribunal Supremo, cuando la sentencia firme desestimatoria que, según el artículo 32 LRJSP, debe haber obtenido la víctima se dicta después de transcurrido el plazo de un año desde la publicación oficial de la sentencia del TJUE por la que se declara la correspondiente infracción, este plazo debe computarse no desde dicha publicación –como prevé el art. 67.1.III LPAC–, sino desde que aquella sentencia desestimatoria adquirió firmeza. Para justificar esta solución, el Tribunal señala que «*en otro caso, el derecho de resarcimiento quedaría ineficaz y, además, siendo esa firmeza presupuesto del ejercicio del mismo, dicha interpretación es acorde a la romanista doctrina de la "actio nata" que rige en materia de prescripción*»[44].

f. Momento de la producción del daño

Recordemos que el artículo 34.1.II LRSJP dispone que sólo «*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*».

A juicio del Tribunal Supremo, «*el momento en el que se entiende que se ha producido un daño indemnizable por responsabilidad patrimonial del Estado legislador*» no es aquel en el que se aplica inicialmente la norma contraria a Derecho, sino uno posterior: el de la fecha en que se dicta y

[42] STS (Cont.-adm.) de 18 de noviembre de 2020 (ES:TS:2020:3936).

[43] STS (Cont.-adm.) de 18 de noviembre de 2020 (ES:TS:2020:3936).

[44] STS (Cont.-adm.) de 18 de noviembre de 2020 (ES:TS:2020:3936).

notifica *«la sentencia firme desestimatoria de un recurso, en cualquier instancia, contra la actuación administrativa que ocasionó el daño»*[45].

2.6. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022

Esta sentencia[46] estima parcialmente un recurso de incumplimiento interpuesto contra el Reino de España por la Comisión Europea, que alegaba que varios de los requisitos a los que la LRJSP y la LPAC sujetan la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias al Derecho de la UE vulneran los principios de efectividad y equivalencia.

a. Vulneración del principio de efectividad

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia del TJUE, este principio exige que los requisitos procesales establecidos por las legislaciones nacionales para exigir responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados por infracciones del Derecho de la UE no pueden articularse de manera que hagan *«en la práctica imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los particulares»* este Derecho (§ 59 de la Sentencia).

El Reino de España esgrimía fundamentalmente dos argumentos para defender que nuestro ordenamiento jurídico sí permite a los particulares lesionados por una ley contraria al Derecho de la UE obtener la tutela de sus derechos. El primero es que la regulación cuestionada constituye una «*cláusula de cierre del sistema jurídico español*», a la que sólo se recurre con carácter residual o final para obtener el resarcimiento de los daños causados por la aplicación de una ley contraria al Derecho de la UE. En este sistema hay otros procedimientos y cauces mediante los cuales los afectados pueden obtener el pleno restablecimiento de sus derechos en tales casos. Considerado en su conjunto, nuestro Derecho satisface en esta materia las exigencias del principio de efectividad (§§ 37-52). El segundo argumento es que el Tribunal Supremo español –como hemos comprobado– ha interpretado de manera flexible varios de los requisitos establecidos en la LRJSP y la LAPC para exigir la referida responsabilidad del Estado (§§ 80, 121, 131 y 137).

El TJUE, sin embargo, estima que, a la vista de la información aportada en el proceso, no puede afirmarse que dicho sistema permita a los particulares obtener siempre y en todo caso el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción legislativa del Derecho de la Unión (§§ 62-82). Además, la referida jurisprudencia del Tribunal Supremo no garantiza con la certeza requerida que el sistema español satisfaga las exigencias del principio de efectividad (§ 81). Así las cosas, el TJUE considera que vulneran este principio:

1º. El «*requisito de que exista una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada*».

---

[45] STS (Cont.-adm.) de 25 de junio de 2020 (ES:TS:2020:2353). Vid., también, la STS (Cont.-adm.) de 14 de septiembre de 2020 (ES:TS:2020:2922)

[46] *Comisión Europea c. Reino de España*, C-278/20, comentada por GÓMEZ LIGÜERRE, «Legislador legislado (en parte)», *InDret*, 3/2022; GARCÍA MORENO, «¿Es necesaria una acción directa de responsabilidad contra el Estado ejercitable ante un juez? Análisis de la STJUE sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», *Carta Tributaria*, 88, 2022; y, en un sentido muy crítico, por FERNÁNDEZ FARRERES, «Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (As. C-278/20)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 221, 2022.

Este requisito es palmariamente contrario al Derecho de la Unión. El TJUE ya había declarado en varias ocasiones que «*supeditar la reparación, por un Estado miembro, del daño que haya causado a un particular al infringir el Derecho de la Unión a la exigencia de una declaración previa, por parte del Tribunal de Justicia, de un incumplimiento del Derecho de la Unión imputable a dicho Estado miembro es contrario al principio de efectividad*» (§ 104).

2º. El «*requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, sin establecer ninguna excepción para los supuestos en los que el daño deriva directamente de un acto u omisión del legislador, contrarios al Derecho de la Unión, cuando no exista una actuación administrativa impugnable*».

Nótese que el TJUE no declara que el requisito de haber impugnado la actuación administrativa que ocasionó el daño y obtenido una sentencia desestimatoria firme sea en sí mismo contrario al principio de efectividad. Lo que considera contrario a este principio es que la legislación española no haya previsto una excepción para los casos de leyes autoaplicativas u omisiones legislativas, en los que no existe una actuación administrativa impugnable dictada en aplicación de la ley[47].

3º. El sometimiento de la acción de responsabilidad a un «*plazo de prescripción de un año desde la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la sentencia del Tribunal de Justicia que declare el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada, sin abarcar aquellos supuestos en los que no exista tal sentencia*».

El TJUE tampoco declara que supeditar el ejercicio de la acción de responsabilidad a un plazo de prescripción de un año sea contrario al principio de efectividad. Lo que dice es que resulta incompatible con este principio que tal plazo empiece a contarse siempre desde que se publica la sentencia del TJUE que declara la infracción legislativa del Derecho de la Unión y no se haya previsto una excepción para los casos en los que no exista esta sentencia.

4º. El «*requisito de que solo son indemnizables los daños producidos en los cinco años anteriores a la fecha de dicha publicación, salvo que la sentencia disponga otra cosa*».

El TJUE advierte que dado que la responsabilidad del Estado «*no puede estar subordinada, sin vulnerar el principio de efectividad, al requisito de que exista una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado un incumplimiento del Derecho de la Unión por parte del Estado miembro de que se trate… la publicación de tal sentencia en el Diario Oficial tampoco puede constituir, sin vulnerar ese mismo principio, el único punto de partida posible del plazo de prescripción de la acción que tiene por objeto exigir la responsabilidad patrimonial de dicho legislador por las infracciones del Derecho de la Unión que le sean imputables*» (§ 159).

b. No vulneración del principio de equivalencia

Recordemos que el artículo 33.5 LRJSP subordina la responsabilidad patrimonial del Estado por la vulneración del Derecho de la Unión a tres requisitos *sustantivos* que no han de concurrir para que surja la responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales.

---

[47] Vid. algunos ejemplos de daños ocasionados por la aplicación no administrativa de una ley contraria al Derecho de la Unión en M. C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea*, pp. 61-74; MUÑOZ GARCÍA, *Responsabilidad extracontractual del Estado frente a los particulares por incumplimiento judicial del Derecho Europeo. Una tutela indirecta del consumidor frente a las cláusulas abusivas*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 203-235.

De acuerdo con una interpretación estricta, el principio de equivalencia sólo exige que el *régimen procesal* establecido por los legisladores nacionales no sea menos favorable que el previsto respecto de acciones análogas basadas en el Derecho interno. Sin embargo, la referida Sentencia de 28 de junio de 2022 señala que el TJUE «*ha precisado en numerosas ocasiones que son tanto los requisitos de forma como los de fondo establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños causados por los Estados miembros como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión los que, en particular, no pueden ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de carácter interno*» (§ 184). Ahora bien –aclara el TJUE–, «*esta precisión se refiere siempre a requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños una vez que el derecho a ser resarcido haya nacido sobre la base del Derecho de la Unión*» (§ 184).

Por todo ello, el TJUE considera que la legislación española enjuiciada no vulnera el principio de equivalencia, en la medida en que el derecho a ser resarcido con arreglo al Derecho de la Unión sólo nace si concurren los tres requisitos citados[48].

3. Pilares de una nueva regulación

3.1. Minimizar los costes sociales de las normas contrarias a Derecho

El legislador debería analizar rigurosamente los efectos que respecto de los intereses legítimos en juego pueden tener las distintas reglas aplicables en esta materia, y escoger aquellas que maximicen la satisfacción efectiva del conjunto de tales intereses. Dicho con otras palabras, debería establecer las reglas que minimicen el conjunto de los costes sociales derivados de la posibilidad de que los poderes públicos adopten normas contrarias a Derecho. Entre estos costes destacan los siguientes:

1º. *Costes directos*. Esta expresión designa el daño o la pérdida de utilidad que la infracción provoca de manera inmediata a determinadas personas. Piénsese, por ejemplo, en el sobreprecio que han de pagar los consumidores de un producto como consecuencia de la prohibición ilegal de importarlo.

2º. *Costes de prevención*. Este término designa los costes de las actividades dirigidas a prevenir daños causados por una norma contraria a Derecho. Con este fin, las autoridades competentes pueden elevar su nivel de cuidado o reducir su nivel de actividad normativa. Es decir, pueden tomar costosas precauciones encaminadas a reducir el riesgo de aprobar una norma ilegal y dañosa (v. gr., recabar informes de órganos consultivos, elaborar memorias de análisis de impacto normativo, dar audiencia a las personas afectadas, etc.). O simplemente pueden no aprobar ciertas normas, lo que igualmente entraña costes.

Las potenciales víctimas también tienen la posibilidad de adoptar medidas costosas dirigidas a prevenir o mitigar los daños ocasionados por una norma antijurídica. Por ejemplo, con el objeto de evitar pagar un impuesto en aplicación de un reglamento ilegal, un particular puede

[48] Vid. la crítica de IGLESIAS SÁNCHEZ, «The narrow(er) scope of equivalence (and effectiveness) in State liability actions: what if I told you that they are not real principles (Commission v Spain (C-278/20))», *EU Law Live*, 20 de julio de 2022.

recabar el asesoramiento de un experto en Derecho tributario o abstenerse de realizar la actividad socialmente valiosa que ese impuesto grava.

3º. *Costes de gestión*. Estos son los costes que implica tramitar los procedimientos (v. gr., de revisión, devolución de ingresos indebidos, exigencia de responsabilidad, etc.) que hay que llevar a cabo para aplicar las reglas que se establezcan en esta materia. Tanto el Estado como los perjudicados necesitan destinar una nada desdeñable cantidad de recursos a la realización de las actividades en las que consisten estos procedimientos.

El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por normas contrarias a Derecho puede reducir (o incrementar) esos costes a través de al menos cuatro vías:

1ª. Puede proporcionar *incentivos a los agentes públicos* para que adopten medidas encaminadas a reducir la probabilidad y la gravedad de tales daños (v. gr., para que observen ciertos trámites antes de aprobar una norma con el fin de garantizar su legalidad o se abstengan de aprobar normas cuya legalidad es muy discutible).

2ª. Puede suministrar *incentivos a las potenciales víctimas* para que adopten medidas dirigidas a prevenir y mitigar los daños en cuestión y se abstengan de realizar actividades socialmente disvaliosas.

3ª. Puede generar *información* acerca de qué medidas de precaución debe adoptar el Estado para minimizar el riesgo de aprobar una norma contraria a Derecho.

4ª. Puede contener reglas sustantivas y procesales tendentes a reducir los *costes de los procedimientos* dirigidos a tutelar los derechos afectados.

3.2. Articulación eficiente de las acciones de tutela de los derechos lesionados

a. Tipos de acciones y posibilidades de coordinarlas

Los ciudadanos tienen a su disposición varios remedios o acciones para obtener la tutela de sus derechos lesionados por una norma contraria al ordenamiento jurídico. En particular, pueden pretender:

1º. En algunos casos, la anulación –declaración de invalidez con efectos generales y definitivos– de la correspondiente norma[49].

2º. La declaración de que los actos de aplicación de la norma son contrarios a Derecho, porque ésta lo es igualmente[50]. Tales actos pueden ser administrativos, judiciales o incluso privados (sería el caso, por ejemplo, de las autoliquidaciones tributarias).

3º. La adopción de las medidas cautelares necesarias para asegurar la efectividad de las resoluciones que se dicten en los procedimientos de impugnación de la norma o de sus actos de aplicación.

[49] Art. 25 LJCA.

[50] Vid., especialmente, los arts. 31.1 y 26 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA).

4º. El «reconocimiento de una situación jurídica individualizada» y la adopción de las medidas adecuadas para su «pleno restablecimiento»[51] y «conservación»[52]. Estas medidas proporcionan al afectado lo que podríamos denominar la tutela «restitutoria» de sus derechos.

5º. Una indemnización por los daños y perjuicios causados por los actos de aplicación de la norma[53], lo que podríamos denominar «tutela resarcitoria» o «acción de responsabilidad».

Estos remedios pueden ser coordinados de diversas maneras. El legislador ha previsto expresamente la posibilidad de formular, simultánea o sucesivamente, diversos tipos de pretensiones de tutela en relación con una misma actuación. Por ejemplo, el artículo 31 LJCA dispone que el demandante, en un recurso contencioso-administrativo, puede pretender: que se declare que un acto o disposición no es conforme a Derecho; el reconocimiento de una situación jurídica individualizada; la adopción de medidas adecuadas para su pleno restablecimiento; y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

El artículo 34 LJCA deja claro que todas esas pretensiones son acumulables en un proceso si se deducen en relación con un mismo acto, disposición o actuación, o se refieren a varios actos, disposiciones o actuaciones cuando unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa.

De la lectura conjunta de los artículos 31 y 34 LJCA y del artículo 67.1.II LPAC se desprende, asimismo, que esas pretensiones pueden ser coordinadas al menos de dos maneras. El actor puede formularlas simultáneamente en la demanda o presentar primero las pretensiones declarativas y restitutorias y, si éstas tienen éxito, interponer después una solicitud resarcitoria, dentro del año posterior a la notificación de la resolución anulatoria.

b. La acción resarcitoria opcional e independiente que el Tribunal Supremo se inventa en 2000

El Tribunal Supremo abre en su jurisprudencia sobre la tasa complementaria sobre el juego otra posibilidad de coordinación de acciones que no estaba prevista específicamente por la legislación a la sazón vigente. Recordemos: los ciudadanos perjudicados por la aplicación de una ley inconstitucional pueden exigir de la Administración, en el plazo de un año desde la publicación oficial de la sentencia anulatoria, el resarcimiento de los perjuicios que la aplicación de esa norma les ha causado, aunque no hayan agotado previamente los remedios dirigidos al pleno restablecimiento de sus derechos lesionados por esa aplicación, o aunque los hayan agotado sin éxito y hayan recibido una resolución desestimatoria firme.

Esta acción de responsabilidad civil tiene dos importantes rasgos. El primero es que da a los perjudicados por la aplicación de la norma cuestionada una suerte de «segunda oportunidad». Les permite obtener algo –neutralizar los perjuicios ocasionados por esa aplicación– que hubieran podido alcanzar antes, si hubieran ejercido las acciones –declarativas, restitutorias y resarcitorias– legalmente previstas contra los actos de aplicación de la norma y los órganos competentes hubieran resuelto los correspondientes procedimientos conforme a Derecho. Se

[51] En palabras del art. 31.2 LJCA.

[52] En palabras del art. 55.1.c) LOTC.

[53] Art. 31.2 *in fine* LJCA.

trata, pues, de un remedio *alternativo u opcional*. Los afectados pueden optar entre: utilizar sólo los remedios jurídicos disponibles contra esos actos; utilizar sólo el remedio resarcitorio posterior; o utilizar sucesivamente ambos.

En segundo lugar, esta acción de responsabilidad es totalmente *independiente* de las acciones dirigidas contra los actos de aplicación de la norma cuestionada. El resultado de aquélla no viene condicionado en modo alguno por el de éstas. El hecho de que el procedimiento dirigido contra uno de esos actos haya terminado con una resolución firme por la que se declara que tanto ese acto como la norma aplicada son conformes a Derecho no impide en modo alguno que el órgano que conoce de la ulterior acción resarcitoria declare lo contrario.

c. La acción resarcitoria subsidiaria e independiente que el legislador español consagra en 2015

El artículo 32 LRJSP configura con un carácter subsidiario e independiente la acción de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los daños derivados de leyes contrarias a Derecho. La acción es subsidiaria en el sentido de que los particulares perjudicados sólo pueden ejercitarla si antes han recurrido las actuaciones administrativas de aplicación de la ley y han obtenido una sentencia firme desestimatoria. Y es independiente en la medida en que el hecho de que en esta sentencia firme se considerara que la ley aplicada se ajustaba al ordenamiento jurídico no impide que, posteriormente, el órgano que conoce de la acción de responsabilidad declare lo contrario.

Salvo error mío, tanto esta acción como la que el Tribunal Supremo se inventó en el año 2000 carecen de equivalente en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE.

d. La regla dominante en el Derecho español, el Derecho de la Unión europea y el Derecho comparado: la acción resarcitoria es subsidiaria y dependiente de las acciones que pueden utilizarse frente a la aplicación de la norma cuestionada

Según esta regla, los perjudicados por la aplicación de una norma contraria a Derecho no pueden exigir de la Administración el resarcimiento de los perjuicios que ésta les ha causado, si en su día no utilizaron los remedios jurídicos disponibles para lograr el pleno restablecimiento de sus derechos lesionados por dicha aplicación o los utilizaron y obtuvieron una resolución desestimatoria firme, aunque luego se haya declarado la invalidez de la norma.

El remedio resarcitorio posterior es, por lo tanto, subsidiario y dependiente de las acciones declarativas, restitutorias y resarcitorias que cabe ejercer contra la aplicación de la norma contraria a Derecho. Es subsidiario porque los perjudicados sólo pueden utilizarlo en el caso de que estas acciones no ofrezcan la posibilidad de lograr la tutela plena y efectiva de sus derechos. Si los afectados hubieran podido alcanzar este objetivo mediante dichas acciones y, pese a ello, no las ejercitaron, luego no pueden exigir el resarcimiento de los perjuicios sufridos mediante una ulterior acción de responsabilidad.

Y es dependiente porque el resultado de esta posterior acción de responsabilidad está en función del resultado de las previas acciones declarativas, restitutorias y resarcitorias dirigidas contra los actos de aplicación de la norma considerada. Si, al conocer de estas acciones, un órgano administrativo o jurisdiccional declara, mediante resolución firme, que la norma cuestionada y

su aplicación son conformes a Derecho y, por consiguiente, el perjuicio ocasionado no es antijurídico, no ha lugar a una ulterior responsabilidad.

El Tribunal Supremo español ha aplicado esta regla a: las leyes inconstitucionales, cuando la sentencia que las anula declara consolidadas las situaciones y los actos firmes originados en su aplicación[54]; las leyes contrarias al Derecho de la UE, hasta el giro jurisprudencial provocado por la STJUE *Transportes Urbanos*[55]; y los reglamentos ilegales, con alguna excepción muy puntual[56]. Y también la ha aplicado, inexplicablemente, a otros supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador[57], en flagrante contradicción con lo declarado en sentencias coetáneas.

Ésta es también la regla que se aplica en nuestro Derecho, con carácter general, a los actos administrativos inválidos. Si el particular lesionado en sus derechos por una resolución administrativa ilegal renuncia a impugnarla, luego no puede exigir una indemnización por los perjuicios que ésta le ha ocasionado[58]: «*la pretensión de indemnización viene condicionada a que se obtenga una declaración de no conformidad a Derecho de los actos recurridos*»[59].

El mismo modelo rige también, hasta donde conozco, en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno[60] y, desde luego, en el Derecho de la UE.

En el Derecho alemán, por ejemplo, el parágrafo 839.III del Código Civil dispone respecto de la responsabilidad civil extracontractual del Estado que «*la obligación de indemnizar no nacerá si el perjudicado se ha abstenido, con dolo o culpa, de evitar el daño mediante el ejercicio de una acción jurídica*». Este precepto consagra expresamente una de las más importantes manifestaciones del «principio de prevalencia de la tutela jurídica primaria» (*Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes)*[61].

La doctrina y la jurisprudencia alemanas entienden que dicha regla es, asimismo, una manifestación del deber general que el parágrafo 254 del Código Civil impone a las víctimas de un daño de adoptar medidas razonables dirigidas a mitigarlo. Pero también se ha señalado que cuenta con un fundamento constitucional, en la medida en que puede derivarse de los principios de tutela judicial efectiva y legalidad (o Estado de Derecho). La inexistencia de aquella regla socavaría el principio de legalidad, al propiciar que se consolidaran situaciones contrarias al ordenamiento jurídico a cambio de un precio (la indemnización). Dicha prevalencia protege también los plazos de impugnación de las resoluciones administrativas y su firmeza, que serían burlados si no existiera la limitación de la responsabilidad patrimonial impuesta por el referido

---

[54] Vid. *supra*, 2.3.a).

[55] Vid. *supra*, 23.c).

[56] Vid. *supra*, 2.3.b).

[57] SSTS (Cont.-adm.) de 22 de septiembre de 2014 (ES:TS:2014:3716) y 14 de noviembre de 2019 (ES:TS:2019:3639).

[58] STS (Cont.-adm.) de 18 de septiembre de 1995 (RJ Aranzadi 6731).

[59] STS (Cont.-adm.) de 2 de octubre de 2000 (ES:TS:2000:6970).

[60] Vid. algunas referencias en WATTEL, «National Procedural Autonomy and Effectiveness of EC Law: Challenge the Charge, File for Restitution, Sue for Damages?», *Legal Issues of Economic Integration*, 35(2), 2008, pp. 109-132.

[61] Vid., por todos, ROHLFING, *Amtshaftung*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2015, pp. 435-444; ACKER, «Vorrang des Primärrechtsschutzes: Analyse und Bewertung dieses Grundsatzes im Staatshaftungsrecht», *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, 21:22, 2021, pp. 641-646.

principio. Además, cabe estimar que el ciudadano se beneficia también de la tutela primaria, pues ésta le coloca en la situación que le corresponde conforme a Derecho. En definitiva, la prevalencia de la tutela jurídica primaria pone tanto al Estado como al ciudadano en una situación mejor que aquella en la que ambos se encontrarían si tal prevalencia no existiera.

En la misma línea, en relación con los daños ocasionados por actos de las Instituciones europeas contrarios al Derecho comunitario, el TJUE ha dejado sentado en numerosas ocasiones que: «*El Tribunal no puede, por medio de un recurso de responsabilidad, adoptar medidas que aniquilarían los efectos jurídicos de una decisión que no ha sido anulada*»[62]. No cabe estimar un recurso de responsabilidad que «*tiende al pago de una suma cuyo montante se corresponde exactamente con el de los derechos pagados por el recurrente en ejecución de una decisión individual y en el que, por lo tanto, el recurso de responsabilidad tiende, en realidad, a la retirada de esa decisión individual*»[63]. Si el perjudicado ha podido evitar el perjuicio atacando en tiempo hábil los actos de que se trata y no lo ha hecho, luego no puede reparar esta omisión y procurarse un nuevo recurso por la vía de una demanda de responsabilidad[64].

El Abogado General POIARES MADURO[65] invocaba precisamente esta jurisprudencia para argumentar que la regla del agotamiento previo de los recursos que el Tribunal Supremo español aplicaba inicialmente a los daños causados por leyes contrarias al Derecho de la Unión *no* era contraria al principio de efectividad:

> «*Se desprende de un principio general común a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros[66] que la determinación del perjuicio indemnizable por el juez nacional puede realizarse en función de la diligencia razonable manifestada por la persona perjudicada para limitar el alcance del perjuicio, es decir, el ejercicio, por parte de ésta, en tiempo oportuno de todas las acciones que en Derecho le correspondían para evitar el perjuicio o limitar su alcance*[67].
>
> *Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado, por un lado, que la admisibilidad de un recurso de responsabilidad extracontractual de la Comunidad puede someterse al agotamiento de las vías de recurso internas abiertas para obtener la anulación de la medida nacional origen del perjuicio, siempre que estas vías de recurso nacionales conduzcan a la reparación del daño alegado[68]; y, por otro lado, que el recurso de indemnización interpuesto contra la Comunidad es inadmisible cuando tiene por objeto la misma ilegalidad y persigue los mismos fines pecuniarios que el recurso de anulación del acto de la institución que causa el perjuicio y que la persona afectada ha omitido*

---

[62] STJUE de 15 de julio de 1963 (*Plaumann*, 25/62).

[63] STJUE de 26 de febrero de 1986 (*Krohn*, 175/84).

[64] STJUE de 12 de diciembre de 1967 (*Collignon*, 4/67). *Vid.*, también, las SSTJUE de 15 de diciembre de 1966 (*Schreckenberg*, 59/65) y 12 de noviembre de 1981 (*Birke*, 543/79) y el Auto del TJUE de 26 de octubre de 1995 (*Pevasa e Inpesca,* 199 y 200/94 P).

[65] Conclusiones de 9 de julio de 2009 (*Transportes urbanos*, C-118/08, § 20).

[66] Cita la STJUE de 19 de mayo de 1992 (*Mulder y otros/Consejo y Comisión*, C-104/89 y C-37/90, § 33).

[67] Cita las SSTJUE de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du Pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, §§ 84 y 85); 8 de marzo de 2001 (*Metallgesellschaft y otros*, C-397/98 y C-410/98, § 101); 13 de marzo de 2007 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, §§ 124) y 24 de marzo de 2009 (*Danske Slagterier*, C-445/06, §§ 60 a 62).

[68] Cita las SSTJUE de 26 de febrero de 1986 (*Krohn Import-Export/Comisión*, 175/84, § 27; 29 de septiembre de 1987 (*De Boer Buizen/Consejo y Comisión*, 81/86, § 9); y 30 de mayo de 1989 (*Roquette Frères/Comisión*, 20/88, § 15).

> *interponer en tiempo útil*[69]*. Ello es así, en ambos casos, si el importe de la indemnización reclamada corresponde al importe de la cantidad que la autoridad nacional o comunitaria ha percibido al infringir el Derecho comunitario. De este modo, el Tribunal de Justicia opone de alguna manera al recurso de indemnización una excepción de recurso paralelo, en la medida en que el recurso de recuperación de las cantidades abonadas indebidamente –es decir, si se prefiere, el recurso de anulación de la medida impositiva nacional o comunitaria ante la autoridad nacional o comunitaria– haya permitido reparar el perjuicio de manera adecuada*[70] *y en que el recurso de indemnización encubre en realidad una acción de recuperación de cantidades abonadas indebidamente*».

Y así lo ha confirmado posteriormente el TJUE. La aplicación de esta regla a la responsabilidad de los Estados miembros por los daños ocasionados por infracciones legislativas del Derecho de la Unión no es contraria al principio de efectividad[71].

La sentencia *Danske Slagterier*[72], por ejemplo, resuelve una cuestión prejudicial formulada en relación con un caso en el que una empresa reclamaba al Estado alemán el resarcimiento de los daños que le había ocasionado la aplicación de una ley que luego se declaró contraria al Derecho de la Unión. El TJUE afirma la compatibilidad con el Derecho de la Unión –y, en particular, con el principio de efectividad– de la regulación alemana considerada y, en especial, de:

> 1º. «*La fijación de plazos de recursos razonables de carácter preclusivo* [a los efectos de exigir dicha responsabilidad], *en interés de la seguridad jurídica, que protege tanto al contribuyente como a la Administración interesados*». «*A este respecto, un plazo nacional de preclusión de tres años parece razonable*» (§ 32).
>
> 2º. Que ese plazo comience a correr a partir de la fecha en que se producen las primeras consecuencias perjudiciales de la infracción, incluso si esta fecha es anterior a la adaptación correcta del Derecho interno al Derecho de la Unión (§ 56).
>
> 3º. Que ese plazo no se interrumpa ni suspenda por el hecho de que se haya interpuesto un recurso por incumplimiento ante el TJUE (§ 39).
>
> 4º. «*La aplicación de una norma nacional* [el parágrafo 839.III del Código Civil alemán, arriba citado] *que establece que un particular no puede obtener la reparación de un perjuicio que no ha evitado, deliberada o negligentemente, ejerciendo una acción judicial, siempre cuando el ejercicio de dicha acción judicial sea razonablemente exigible al perjudicado*» (§§ 58-62). A estos efectos, «*la elevada probabilidad de que una acción judicial dé lugar a una petición de decisión prejudicial*» ante el TJUE o «*el hecho de que esté pendiente un procedimiento por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia no pueden, por sí solos, constituir un motivo suficiente para afirmar que no es razonable exigir que se ejerza* [dicha] *acción*» (§§ 65-69).

La sentencia *Kantarev* declara que el Derecho de la Unión «*no se opone a una normativa nacional* [búlgara] *que supedita el derecho de los particulares a obtener una indemnización a la anulación*

---

[69] Cita las SSTJUE de 12 de noviembre de 1981 (*Birke/Comisión y Consejo*, 543/79, § 28); 12 de noviembre de 1981 (*Bruckner/Comisión y Consejo, 799/79*, § 19); y 14 de septiembre de 1999 (*Comisión/AssiDomän Kraft Products y otros*, C-310/97 P, § 59), y el Auto TSJUE de 26 de octubre de 1995 (*Pevasa e Inpesca/Comisión*, C-199/94 P y C-200/94 P, §§ 26-28).

[70] Cita la STJUE de 18 de enero de 2001 (*Stockholm Lindöpark*, C-150/99, § 35).

[71] Vid. WATTEL, *LIEI*, 35(2), 2008, pp. 109-132.

[72] STJUE de 24 de marzo de 2009 (*Danske Slagterier*, C-445/06).

previa del acto que originó el daño, siempre que este requisito sea razonablemente exigible a la persona perjudicada»[73].

En fin, tanto la solución que el Tribunal Supremo español consagra en su jurisprudencia relativa a la tasa complementaria del juego como la acción de responsabilidad que luego configuran los artículos 32.4 y 32.5 LRJSP constituyen sendas anomalías no sólo en el contexto del Derecho comparado y del Derecho de la UE, sino incluso también en el seno del propio ordenamiento jurídico español.

e. La tutela restitutoria es en principio preferible a la resarcitoria

La tutela restitutoria permite a las víctimas de una actuación pública ilegal restablecer y salvaguardar sus derechos que han sido lesionados o amenazados por ella. Les permite colocarse en la posición amparada por éstos, en la que estarían si dicha actuación no hubiera tenido lugar. Este tipo de tutela elimina la situación contraria a Derecho.

Por lo general, esta tutela es socialmente más beneficiosa –eficiente– que la resarcitoria[74], en virtud de la cual el Estado otorga a la víctima una compensación con la que se pretende dejarla indemne, es decir, que esta persona recupere el nivel de utilidad que hubiera disfrutado si no hubiera sufrido el daño antijurídico. Esta es la conclusión a la que claramente se llega tras comparar sus respectivos costes y beneficios. Para ilustrar esta comparación utilizaré dos ejemplos: (1) el de un reglamento que permite construir ciertas edificaciones en lugares donde está legalmente prohibido; y (2) el de una ley que prohíbe la actividad de ciertos empresarios, lo que favorece injustificadamente a sus competidores.

Costes de procedimiento. Cabe pensar que estos costes son, por lo general, mayores en el caso de la tutela resarcitoria. La razón es sencilla. Identificar cuál es la actividad que ha de llevarse a cabo para restablecer los derechos lesionados (v. gr., eliminar una prohibición inconstitucional) suele ser más fácil que averiguar si concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado y cuantificar los daños sufridos por la víctima a fin de resarcirlos. Nótese que, para obtener una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de una norma ilegal, no basta acreditar que ésta es contraria a Derecho. También hay que probar que los daños son reales, individualizados y antijurídicos, y que han sido causados por la aplicación de esa norma. En muchos casos, hay que demostrar además que la infracción cometida es «suficientemente caracterizada», a la vista de diversas circunstancias que no siempre es fácil apreciar[75]. Y, finalmente, si concurren los requisitos de la responsabilidad, hay que cuantificar los daños a fin de precisar el importe de la indemnización. La necesidad de resolver estas cuestiones, a veces muy complejas, hace que el procedimiento de tutela resarcitoria sea, por regla general, más complicado y costoso que el de tutela restitutoria.

Costes directos de las medidas restitutorias o resarcitorias. Tanto la compensación otorgada a las víctimas de los daños como las medidas de restablecimiento de sus derechos tienen un coste de oportunidad. Con frecuencia, el de las medidas restitutorias es menor. Así ocurre cuando la

[73] STJUE de 4 de octubre de 2018 (*Kantarev*, C571/16, §§ 139-146).

[74] En sentido similar, respecto del Derecho de la contratación pública, DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 81.

[75] STJUE de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, § 55-57).

norma inválida no ha llegado a desencadenar un cambio de la realidad física y, por lo tanto, no es necesario «devolver las cosas» a su estado conforme a Derecho. Imaginemos que en el ejemplo 1 no se llegaron a construir las edificaciones ilegales: restablecer la legalidad conculcada es aquí sumamente sencillo y barato, pues no se necesita demoler edificación alguna. Basta con declarar la invalidez de la norma que permitía las edificaciones.

En ocasiones, sin embargo, los costes de restablecimiento son muy elevados, hasta el punto de justificar incluso el mantenimiento de una situación fáctica ilegal. Ésta es la razón que subyace normalmente en los casos de «imposibilidad material o legal» de ejecutar una sentencia contencioso-administrativa, en los que el cumplimiento de las medidas de restablecimiento de la legalidad impuestas por la sentencia se sustituye, excepcionalmente, por una indemnización[76]. El carácter excepcional con la que el legislador contempla esta posibilidad constituye, por cierto, un claro indicio de que, por regla general, la tutela restitutoria es superior y preferible a la resarcitoria.

Beneficios directos. Los beneficios inmediatos –independientes de la conducta de las personas potencialmente implicadas en casos futuros– de la tutela restitutoria son siempre iguales o superiores a los de la tutela resarcitoria. La explicación es sencilla. La tutela restitutoria evita que se produzca o siga produciéndose un daño, mientras que la resarcitoria normalmente no elimina el daño social causado y, muchas veces, ni siquiera compensa totalmente el perjuicio sufrido por las víctimas. Téngase en cuenta que: (1º) estas personas pueden haber sufrido daños morales, que por definición el dinero no permite compensar[77]; (2º) la actuación ilegal puede haber causado perjuicios a personas distintas de las que obtienen una indemnización; adviértase que, en el ejemplo 2, es muy probable que la prohibición perjudicara, además de a los empresarios que la sufrieron directamente, a sus clientes y proveedores; pero lo normal es que sólo los primeros reclamen y reciban una compensación; (3º) la indemnización no elimina el daño social causado, sino que simplemente endosa su coste al sujeto que la satisface[78].

Prevención de futuras conductas indeseables. El remedio jurídico utilizado contra una actuación ilegal puede tener no sólo efectos directos en el caso considerado, sino también en casos futuros, al incentivar conductas socialmente valiosas o disvaliosas.

La aplicación de una norma ilegal puede producir típicamente dos consecuencias: conferir un beneficio «injusto» o «inmerecido» a determinadas personas y causar un perjuicio igualmente «injusto» a otras. Si no son neutralizados, ambos resultados incentivan que las personas que se hallan en una situación similar a la de los beneficiados (perjudicados) realicen actividades socialmente disvaliosas con el fin de obtener (evitar) los correspondientes beneficios (perjuicios). Pensemos en el ejemplo 2. El «enriquecimiento injusto» obtenido por un *lobby* como consecuencia de la aplicación de una norma ilegal, que se aprobó de resultas de las presiones ejercidas por éste sobre la autoridad artífice de la norma, propicia que, en el futuro, este y otros *lobbies* presionen para que los poderes públicos impongan regulaciones parecidas. Y el perjuicio sufrido por los empresarios a los que perjudica dicha regulación puede propiciar que, en

[76] Art. 105.2 LJCA. Vid., por todos, GÓMEZ-FERRER RINCÓN, La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo, Civitas, Madrid, 2008.

[77] Vid., por ejemplo, GÓMEZ POMAR, «Daño moral», *InDret*, 1/2000, p. 1.

[78] Como señala DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, p. 42, «decidir que un daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otro».

situaciones análogas, las potenciales víctimas traten de ejercer una presión similar sobre los poderes públicos con el objeto evitar perjuicios parecidos.

A la hora de eliminar estos perniciosos incentivos, la tutela restitutoria resulta preferible, en la medida en que enerva ambos efectos –«mata dos pájaros de un tiro»–, mientras que la resarcitoria no necesariamente neutraliza el segundo, sino sólo el primero. El único caso en el que ambos tipos de tutela son equivalentes en este punto es aquel en el que la persona que ha de pagar la indemnización es la misma que la que se enriqueció injustamente, y sólo si la magnitud del enriquecimiento es igual a la del daño.

f. La tutela plena e inmediata frente a las situaciones y los actos nacidos de la aplicación de la norma contraria a Derecho es siempre preferible a una ulterior tutela resarcitoria

Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 24.1 y 106.1 CE, los afectados en sus derechos por cualquier acto administrativo dictado en aplicación de una norma legal o reglamentaria tienen la posibilidad de impugnarlo inmediatamente ante los Tribunales y recabar de ellos su tutela plena y efectiva. Cuentan para ello con todo un arsenal de pretensiones cautelares, declarativas, restitutorias y resarcitorias, que la LJCA pone a su disposición.

Nuestro ordenamiento jurídico también ofrece a los ciudadanos la posibilidad de impugnar inmediatamente y recabar la plena tutela judicial efectiva de sus derechos frente a determinadas situaciones creadas por la aplicación no administrativa de una norma legal o reglamentaria. El supuesto de mayor relevancia práctica es, seguramente, es el de los pagos realizados en virtud de una autoliquidación tributaria. En este y otros casos, el particular afectado, que considera que la situación resultante vulnera sus derechos, puede impugnarla ante la Administración y, si no tiene éxito en vía administrativa, ante los Tribunales[79]. Para ello cuenta con las mismas pretensiones cautelares, declarativas, restitutorias y resarcitorias previstas en la LJCA.

Es evidente que, *ceteris paribus*, esta tutela inmediata y plena frente a la aplicación de una norma jurídica contraria a Derecho satisface mejor todos los intereses públicos y privados en juego que una tutela resarcitoria posterior como la que se inventa el Tribunal Supremo en su jurisprudencia sobre la tasa complementaria sobre el juego. Y ello no sólo porque, como ya hemos visto, el restablecimiento de la legalidad conculcada es casi siempre preferible al resarcimiento de los daños ocasionados, sino también por otras dos razones, al menos.

En primer lugar, dicha tutela inmediata y plena comprende la posibilidad de exigir y obtener una compensación económica por los daños sufridos, en los casos en los que el restablecimiento de la legalidad no sea posible o no baste para dejar indemne al particular. Es decir, la acción resarcitoria posterior no permite obtener a la víctima nada que ésta no hubiera podido obtener anteriormente, a través del referido conjunto de acciones ejercitables inmediatamente contra los actos dictados en aplicación de la ley.

[79] Vid. los arts. 32 y 221 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, así como los arts. 14-20 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa. Vid., por todos, ESEVERRI, *La devolución de ingresos indebidos*.

En segundo lugar, la ulterior tutela resarcitoria tiene lugar casi siempre después de que hayan transcurrido ampliamente los plazos previstos para recabar la tutela plena e inmediata frente a los actos y situaciones surgidos de la aplicación de la correspondiente norma contraria a Derecho. Esto conlleva cuando menos tres efectos negativos.

1º. *Supone un menoscabo para la seguridad jurídica*, tanto mayor cuanto más tiempo ha transcurrido desde que se aplicó la norma en cuestión y mayor es el número de personas que solicitan el resarcimiento. Cuanto más amplio sea el lapso existente entre el momento en el que comenzaron a producirse los daños resarcibles y el momento en el que se obliga a una entidad pública a resarcirlos, mayor será tendencialmente el número de afectados con derecho al resarcimiento y, por lo tanto, mayores serán las dificultades financieras que éste causa a la entidad pública responsable.

2º. *Eleva los costes del procedimiento* que hay que llevar a cabo para tutelar los derechos de los afectados: cuanto más tiempo haya transcurrido desde la aplicación de la norma, más difícil y costoso será determinar si concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado y cuantificar los daños.

3º. *Debilita considerablemente la eficacia preventiva de la responsabilidad patrimonial del Estado*. Una de las funciones más importantes de la responsabilidad civil extracontractual –si no la que más– es la de prevenir daños: incentivar que los potenciales causantes de accidentes tomen medidas de precaución eficientes dirigidas a reducir su probabilidad y la gravedad de los daños resultantes. Para que la responsabilidad cumpla esta función, la indemnización ha de tener un coste para la persona que ha provocado el daño.

Uno de los grandes problemas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es que, frecuentemente, la indemnización que éstas han de satisfacer tiene un coste muy escaso para los agentes públicos que ocasionaron los daños correspondientes[80]. Muchas veces, el coste es, en el mejor de los casos, sólo político. Desde luego, así ocurre cuando la lesión tiene su origen en una ley o un reglamento contrarios a Derecho. Los artífices de la norma inválida no pagan las indemnizaciones de su bolsillo. Como mucho responderán ante la ciudadanía en las próximas elecciones. Las condenas de responsabilidad civil conllevan para ellos sólo un coste político de oportunidad: las cantidades empleadas en indemnizar a las víctimas y en gestionar los correspondientes litigios ya no pueden ser utilizadas para sufragar proyectos más rentables electoralmente[81].

Pues bien, cuanto mayor es el lapso existente entre el momento en el que se causan los daños y el momento en el que se indemniza, más fácil resulta que la autoridad que los originó haya dejado ya de desempeñar las funciones públicas en cuyo ejercicio se produjeron aquéllos o incluso haya abandonado la política y, por lo tanto, menor es el coste político que tenga que sobrellevar como consecuencia de la indemnización.

La responsabilidad patrimonial del Estado configurada por el Tribunal Supremo español en su jurisprudencia sobre la tasa complementaria sobre el juego tiene por ello una muy débil eficacia preventiva, en la medida en que retrasa considerablemente el momento en el que la Administración paga la indemnización. Desde este punto de vista, resulta preferible que el

[80] Vid. DOMÉNECH PASCUAL, «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública*, 180, 2009, pp. 103-159.

[81] Vid. ROSENTHAL, «A Theory of Governmental Damages Liability: Torts, Constitutional Torts, and Takings», *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 9, 2007, pp. 797-870.

restablecimiento de los derechos causados a los particulares y, cuando proceda, su indemnización se produzcan en un momento anterior, con ocasión de la impugnación de los actos dictados en aplicación de la norma contraria a Derecho.

g. Coherencia con los preceptos que disponen la conservación de ciertas situaciones nacidas de la aplicación de normas contrarias a Derecho

Admitir una acción de responsabilidad opcional e independiente de las acciones con las que se puede obtener la plena tutela judicial frente a las situaciones y los actos originados en la aplicación de una norma contraria a Derecho supone dejar sin efecto práctico, en mayor o menor medida, los preceptos constitucionales y legislativos que, en aras de la seguridad jurídica y la economía procesal, disponen la conservación de algunos de esos actos y situaciones (arts. 161.1.a) CE, 40.1 LOTC, 73 LJCA y 106.4 LPAC)[82].

Los costes de procedimiento y para la seguridad jurídica que se derivan de reconocer esa acción de responsabilidad no son menores que los que supondría revisar tales situaciones firmes. Que el Estado pague a los contribuyentes ciertas cantidades cuando ya ha transcurrido el plazo fijado para instar su devolución tiene exactamente el mismo coste para la seguridad jurídica cuando el pago se hace en concepto de «devolución de ingresos indebidos» que cuando se hace en concepto de «indemnización por los daños sufridos». La «etiqueta» no cambia las cosas en este punto: el resultado práctico es idéntico en ambos casos[83]. Y, obviamente, los beneficios sociales derivados del pago tampoco son en el segundo caso mayores que en el primero.

Admitir semejante acción de responsabilidad es, por consiguiente, incoherente con la ponderación de todos los intereses legítimos en juego en virtud de la cual el constituyente y el legislador han dispuesto la conservación de ciertos actos y situaciones originados en la aplicación de una norma contraria a Derecho. Supone algo así como «hacerse trampas al solitario».

Resulta tan contradictorio como admitir que la empresa que recibió una ayuda en virtud de una norma contraria al Derecho de la UE y que luego se vio obligada a devolverla en virtud de una resolución firme pueda solicitar y obtener ulteriormente del Estado una compensación equivalente al monto de la ayuda más los correspondientes intereses por los daños que la norma le ocasionó[84]. De hecho, esta posibilidad ha sido descartada por el Tribunal Supremo español[85]. Declarar en estos casos semejante responsabilidad del Estado privaría de efecto a la recuperación de las ayudas ilegales dispuesta previamente por las autoridades competentes[86].

---

[82] DOMÉNECH PASCUAL, *REDA*, 110, 2001; M. C. ALONSO GARCÍA, *RAP*, 157, 2002; GARCÍA DE ENTERRÍA, *RAP*, 166, 2005; WATTEL, *LIEI*, 35(2), 2008.

[83] WATTEL, *LIEI*, 35(2), 2008, pp. 114 y 124.

[84] Así lo advierte WATTEL, *LIEI*, 35(2), 2008, pp. 124 y 125.

[85] STS (Cont.-adm.) de 5 de septiembre de 2018 (ES:TS:2018:3097).

[86] RODRÍGUEZ PONTÓN, «Ayudas de Estado ilegales, obligación de recuperación y reclamación patrimonial: la reaparición del caso de las vacaciones fiscales vascas», *Revista de Administración Pública*, 2008, 2019, p. 320. Algunos autores, no obstante, consideran procedente esa responsabilidad (vid., por ejemplo, DE JUAN CASADEVALL, «La responsabilidad patrimonial del estado-legislador en casos de recuperación de ayudas fiscales selectivas», *Revista Española de Derecho Financiero*, 168, 2015, pp. 159-180). Otros autores también consideran que el Estado debería responder, pero sólo de los gastos e inversiones realizados por el particular confiando en la apariencia de validez de la ayuda. Vid. PÉREZ BERNABEU, «La responsabilidad patrimonial del legislador en el ámbito tributario»,

h. El carácter subsidiario y dependiente de la ulterior acción resarcitoria induce al perjudicado a escoger el tipo de tutela socialmente más eficiente

Por todo lo expuesto, resulta justificado que la acción dirigida a exigir responsabilidad por los daños derivados de una norma contraria a Derecho tenga un carácter subsidiario y dependiente respecto de las acciones que permiten obtener la plena tutela efectiva frente a los actos dictados en aplicación de esa norma que directamente causaron los daños. No cabe exigir y obtener a través de la acción de responsabilidad ulterior lo que pudo haberse obtenido previamente a través de aquellas acciones. Si los perjudicados pudieron ejercitar unas acciones que les daban la posibilidad de lograr el restablecimiento de sus derechos y quedar indemnes y, pese a ello, no las ejercitaron, luego no pueden exigir el resarcimiento de los perjuicios sufridos.

Esta regla incentiva, obviamente, que los perjudicados utilicen para recabar la protección de sus derechos el medio que permite satisfacer mejor este objetivo con menos costes para el conjunto de la ciudadanía: aquellas acciones previas, en lugar de la acción resarcitoria posterior.

i. La revisión de situaciones firmes es siempre preferible a la responsabilidad patrimonial por los daños derivados de éstas

Supongamos, con todo, que los particulares no han impugnado las situaciones y los actos originados en la aplicación de la norma en cuestión o que los han impugnado, pero los órganos competentes consideran erróneamente que ésta no es contraria a Derecho y desestiman sus pretensiones mediante una resolución, ora administrativa ora judicial, que deviene firme. De acuerdo con la jurisprudencia relativa a la tasa complementaria del juego, los perjudicados pueden exigir en estos casos el resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la norma ulteriormente anulada, a pesar de la firmeza de las situaciones correspondientes.

Esta solución es ineficiente, pues siempre hay una alternativa más ventajosa, que garantiza como mínimo la misma tutela resarcitoria de los derechos afectados y, además, permite adoptar otras medidas que, por lo general, protegen mejor y más eficientemente esos derechos.

Las resoluciones y situaciones firmes son en principio inatacables, aunque excepcionalmente pueden ser objeto de revisión bajo ciertas condiciones, si, por ejemplo, incurren en infracciones especialmente graves y manifiestas del ordenamiento jurídico[87]. En estos casos, el órgano que resuelve el procedimiento de revisión puede declarar la invalidez de la situación o el acto revisado y adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la plena y efectiva protección de los derechos afectados, entre las que se encuentra el restablecimiento de la legalidad conculcada y

Quincena Fiscal, 3/2016; CAMPOS MARTÍNEZ, «La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador por la recuperación de las ayudas de estado declaradas ilegales e incompatibles con el Derecho de la Unión Europea», *Quincena Fiscal*, 13/2017, pp. 41-84; GARCÍA ÁLVAREZ, «Estado de Derecho y recuperación de ayudas de estado: la irrelevancia de la cosa juzgada», en PAREJO/VIDA (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, vol. 1, p. 1140.

[87] Desde la perspectiva del Derecho de la UE, vid. SARRIÓN ESTEVE, «Apuntes sobre la autoridad de la *res iudicata* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 65, 2021, pp. 133-160.

el resarcimiento de los daños sufridos por las víctimas de la infracción[88]. Es decir, esta revisión asegura la misma tutela resarcitoria afirmada por la referida jurisprudencia y, además, permite adoptar otras medidas que por lo general son más eficientes. Los beneficios de la revisión son siempre iguales o superiores a los de la sola tutela resarcitoria.

De ahí que en los casos en los que la revisión extraordinaria de estas situaciones firmes no está justificada, porque sus beneficios esperados exceden de sus costes –de procedimiento y para la seguridad jurídica–, la responsabilidad patrimonial del Estado todavía lo estará menos. De ahí que nos parezca profundamente errada la solución contemplada en los artículos 32.4 y 32.5 LRJSP, en el artículo 292 LOPJ y en la STJUE *Köbler*,[89] según la cual el Estado debe resarcir los daños causados por ciertos errores cometidos en sentencias firmes, aun cuando éstos puedan ser eventualmente revisados y rectificados[90].

j. Agregación, tramitación y resolución eficiente de los litigios masivos resultantes

Los pleitos en los que se plantea la responsabilidad patrimonial de una Administración por los daños causados por una norma contraria a Derecho suelen ser muy numerosos, como consecuencia de los efectos jurídicos generales que las normas tienen. Y con frecuencia son también muy parecidos entre sí. Actualmente, en el sistema jurídico español, estos litigios se están tramitando y resolviendo de la peor manera posible: descoordinadamente y con una enorme lentitud.

La *descoordinación* provoca que: (1º) los costes de procedimiento resultantes sean mucho mayores de lo que podrían ser si los litigios se coordinaran de cierta manera (v. gr., se agregaran y resolvieran en un solo procedimiento); y (2º) se dicten numerosas resoluciones administrativas y judiciales contradictorias en casos sustancialmente iguales; lo cual a su vez engendra desigualdades entre los justiciables, una gran inseguridad jurídica, un incremento de la litigiosidad y un deterioro de la confianza de los ciudadanos en el sistema jurídico.

La *lentitud* con la que se llega a una sentencia que declara con efectos generales y definitivos la invalidez de la norma en cuestión: (1º) amplifica los problemas que acaban de exponerse, al propiciar que aumente el número de casos en los que se aplica dicha norma; (2º) dificulta y hace más costosa la corrección de las situaciones antijurídicas creadas por la aplicación de la norma; por ejemplo, tiende a incrementar el número de resoluciones dictadas a su amparo que devienen firmes y, en principio, inimpugnables; y (3º) debilita la eficacia preventiva de las resoluciones que restablecen los derechos de los afectados y, en su caso, resarcen los perjuicios ocasionados, por las razones expuestas anteriormente[91].

Como ya hemos visto, la solución afirmada por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia sobre la tasa complementaria sobre el juego, lejos de reducir esta «litigiosidad desmesurada», la incrementa, pues permite que después de cada anulación judicial de una norma se levante una

---

[88] Vid., por ejemplo, el art. 106.4 LPAC.

[89] STJUE de 30 de septiembre de 2003 (*Köbler*, C-224/01).

[90] Vid. DOMÉNECH PASCUAL, «El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial», *Revista de Administración Pública*, 199, 2016, pp. 171-212.

[91] Vid. *supra*, 3.2.e.

segunda ola de reclamaciones y litigios, que se añaden a los que se entablaron antes de la anulación. Además, estos pleitos de «segunda ola» se concentran en los tribunales superiores del orden jurisdiccional contencioso-administrativo –sobre todo, en el Tribunal Supremo–, lo que provoca su saturación y los distrae de cumplir la que es seguramente su más importante función: crear jurisprudencia a través de la resolución de casos de *singular* trascendencia. No tiene mucho sentido que una buena parte de la muy limitada capacidad del tribunal más «valioso» de nuestro poder judicial se consuma en la resolución de cientos o incluso miles de pleitos clónicos[92].

Los mecanismos de coordinación y agregación de pleitos previstos en nuestro ordenamiento jurídico (acumulación[93], «pleitos testigo»[94], extensión de efectos de sentencias[95], etc.) han fracasado estrepitosamente a la hora de posibilitar una gestión eficiente de estos casos de litigación masiva. Seguramente porque ni los jueces ni los abogados tienen, en líneas generales, los alicientes necesarios para utilizarlos[96]. Creo, por ello, que debieran explorarse otras posibilidades, tales como: la eliminación de los incentivos económicos que los jueces tiene para no emplearlos (v. gr., la resolución en una sola sentencia de X pleitos acumulados debería computar a efectos estadísticos y de retribuciones judiciales variables como la resolución de X pleitos independientes, y no de sólo uno); la introducción de acciones de clase; la suspensión de los plazos establecidos para impugnar los actos dictados en aplicación de una norma, cuando está pendiente de resolución un procedimiento judicial que puede terminar con la anulación de ésta, etc.

También deberían adoptarse medidas dirigidas a reducir el tiempo de tramitación de los pleitos en los que se cuestiona la conformidad a Derecho de una norma y, especialmente, de aquellos que pueden finalizar con una sentencia anulatoria, que declare su invalidez con efectos definitivos y generales. Por poner algunos ejemplos:

1º. Si se estima que los órganos administrativos no pueden, *de iure* o *de facto*, revisar la conformidad a Derecho de ciertas normas e inaplicarlas si consideran que son disconformes, habría que eliminar la necesidad de recurrir los actos dictados en su aplicación ante dichos órganos antes de acudir a los Tribunales. La obligación de interponer semejante recurso administrativo inútil, que no permite obtener la protección de los derechos afectados, constituye una limitación desproporcionada del derecho a la tutela judicial efectiva[97].

El Tribunal Supremo ha declarado en este sentido que «*cuando se discute exclusivamente la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que dan cobertura a los actos de aplicación de los tributos y restantes ingresos de Derecho Público de las Entidades locales, cuestión respecto de la que éstas carecen de competencia para pronunciarse o para proponerla a quien tiene competencia*

[92] Nótese que, sólo para atender los «recursos referentes a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador» relativas al llamado «céntimo sanitario», se tuvo que dedicar íntegramente una de las Secciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Vid. el Acuerdo de 23 de noviembre de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (BOE núm. 300, de 11 de diciembre de 2017).

[93] Arts. 32-39 LJCA.

[94] Art. 37 LJCA.

[95] Arts. 110 y 111 LJCA.

[96] En relación con los jueces, vid. DOMÉNECH PASCUAL, Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones, Civitas, Madrid, 2009.

[97] DOMÉNECH PASCUAL, «El principio de presunción de validez», en SANTAMARÍA PASTOR (ed.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1052-1053.

para ello, quedando constreñidas a aplicar la norma legal de que se trate, no resulta obligatorio interponer, como presupuesto de procedibilidad del ulterior recurso contencioso-administrativo, el correspondiente recurso administrativo previsto como preceptivo»[98].

Una doctrina análoga podría predicarse de las pretensiones basadas exclusivamente en la ilegalidad de un reglamento, si se estima que los órganos administrativos no pueden inaplicar por su propia autoridad los reglamentos que consideren inválidos[99].

El Tribunal Supremo, sin embargo, también ha declarado que: "*En los casos en los que, de conformidad con la normativa tributaria, la vía económico-administrativa resulte procedente, será necesario agotarla aun cuando la decisión sobre el fondo del asunto pueda depender, exclusivamente, de la interpretación del Derecho de la Unión Europea, al corresponder a los tribunales económico-administrativos, garantizar su correcta aplicación en los términos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*»[100].

Esta diferencia obedece a que, según la reiterada jurisprudencia del TJUE, las autoridades administrativas sí pueden y deben inaplicar cualquier norma nacional que consideren contraria al Derecho de la UE[101]. Ahora bien, si por las razones que sean resulta suficientemente improbable que, *de facto*, el órgano administrativo encargado de resolver un recurso administrativo cumpla con este deber, supeditar el acceso a los tribunales a la interposición de ese recurso puede llegar a suponer una restricción desproporcionada del derecho a la tutela judicial efectiva[102].

2º. El legislador debería adoptar medidas para asegurar la prioridad y la celeridad de la tramitación de los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad.

3º. Debería eliminarse la prohibición de que las cuestiones de inconstitucionalidad se presenten antes de que quede concluso el correspondiente procedimiento[103]. Al igual que ocurre con las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE, los jueces deberían poder elevarlas tan pronto como estimen que, para emitir su fallo, resulta necesario que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la conformidad con la Constitución de la norma legal correspondiente, una vez estén en condiciones de formular la cuestión en los términos legalmente establecidos y después de escuchar a las partes[104].

---

[98] STS (Cont.-adm.) de 21 de mayo de 2018 (ES:TS:2018:2054).

[99] Vid. el ATS (Cont.-adm.) de 20 de abril de 2022 (ES:TS:2022:5754A).

[100] STS (Cont.-adm.) de 16 de noviembre de 2021 (ES:TS:2021:4371).

[101] Vid., por todas, la STJUE de 22 de junio de 1989 (*Fratelli Costanzo*, C-103/88); así como COBREROS MENDAZONA, «La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración», *Revista Vasca de Administración Pública*, 103, 2015, pp. 171-207; GALÁN GALÁN, *Primacía europea y administración pública. La obligación administrativa de inaplicación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

[102] En general, sobre la necesidad de reformar la vía económico-administrativa para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, vid. MARTÍNEZ MUÑOZ, «Una reflexión sobre la supeditación del recurso judicial al agotamiento previo de la vía económico-administrativa», *Nueva Fiscalidad*, 2/2018, pp. 200-204.

[103] Art. 35.2 LOTC.

[104] Vid. los apartados 12 y 13 de las Recomendaciones [hechas por el TJUE] a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C 380/01).

k. ¿De verdad es una carga desproporcionada para los afectados impugnar las situaciones y los actos originados en la aplicación de una norma contraria a Derecho? ¿De verdad genera una «litigiosidad desproporcionada»?

Uno de los argumentos medulares sobre los que descansa la jurisprudencia sobre la tasa complementaria sobre el juego es que «*no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional*»[105]. Para sostener esa afirmación, el Tribunal Supremo esgrime otros tres argumentos[106]: (1º) la ley «*goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo*»[107]; (2º) «*los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad*»; y (3º) obligarles a agotar todas las instancias para defenderse contra una ley generaría una «*situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable*»[108].

Esta argumentación es rechazable, por las siguientes razones:

1ª. El Tribunal Supremo la utiliza de manera notablemente *inconsistente*. En alguna sentencia afirma que, hasta que no se publica oficialmente la sentencia que anula un reglamento, a los afectados por su aplicación les resulta prácticamente imposible obtener el resarcimiento de los perjuicios que ésta les ha ocasionado. Sin embargo, en otras muchas sentencias estima que, a través de la impugnación de los reglamentos y sus actos de aplicación, los afectados sí pueden obtener «*de manera inmediata un pronunciamiento sobre su legalidad y el restablecimiento de la situación jurídica individualizada, incluida la indemnización de los daños y perjuicios causados*», por lo que sí tienen el deber jurídico de soportar los perjuicios derivados de las situaciones que han devenido firmes porque no han sido impugnadas en tiempo y forma.

Inicialmente, el Tribunal Supremo consideraba que sí era razonable imponer a los particulares la carga de recurrir los actos de aplicación de una ley contraria al Derecho de la UE, porque éste es directamente invocable ante los tribunales españoles e inmediatamente aplicable por ellos[109]. Posteriormente, pasó a estimar que había que aplicar a estos casos la referida doctrina relativa a las leyes inconstitucionales, con arreglo a la cual dicha carga es irrazonable[110].

El Tribunal Supremo también ha estimado que no ha lugar a la responsabilidad del Estado por los daños causados por situaciones y resoluciones firmes originadas en la aplicación de una ley

---

[105] STS (Cont.-adm.) de 13 de junio de 2000 (ES:TS:2000:4836). En sentido similar, M. C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea*, pp. 108, 176 y 177; SÁNCHEZ PEDROCHE, *RCT,* 469, 2022, p. 56; IBÁÑEZ GARCÍA, *Diario La Ley*, 10118, 2022.

[106] STS (Cont.-adm.) de 13 de junio de 2000 (ES:TS:2000:4836).

[107] Según la STS (Cont.-adm.) de 18 de noviembre de 2020 (ES:TS:2020:3936), *«no es un deber de los ciudadanos vigilar la aplicación del Derecho Europeo por nuestro Poderes Legislativos, sino todo lo contrario, el ciudadano tiene la legitima confianza de que cuando cualquiera de nuestros órganos parlamentarios, o incluso las Administraciones públicas cuando se trata de norma reglamentaria, promulga una norma, debe presumir que la misma es, entre otras condiciones, acorde a la superior norma comunitaria».*

[108] En sentido similar, entre otros, ESEVERRI, La devolución de ingresos indebidos, p. 257; MORENO QUIRÓS, La responsabilidad patrimonial del Estado legislador, pp. 117 y 118.

[109] Vid. *supra*, 2.3.c.

[110] STS (Cont.-adm.) de 17 de septiembre de 2010 (ES:TS:2010:4976).

cuando el Tribunal Constitucional declaró explícitamente que éstas debían considerarse consolidadas. Parece que hay que entender, pues, que en estos casos la carga de impugnar estas situaciones sí es razonable.

Y, en fin, el Tribunal ha dejado de considerar que dicha carga es irrazonable, respecto de las leyes contrarias a la Constitución o al Derecho comunitario, cuando los artículos 32.4 y 32.5 LRJSP la han previsto explícitamente[111].

2ª. La presunción de validez que cabe atribuir a las leyes y que el artículo 39.1 LPAC confiere explícitamente a los actos administrativos en modo alguno significa o justifica que no se les pueda imponer a los ciudadanos la carga de impugnar estos u otros actos dictados en aplicación de aquéllas, a fin de evitar o neutralizar los perjuicios que tal aplicación pueda ocasionarles. Es justamente al revés. Como han señalado nuestros más altos tribunales, «*el principio de presunción de validez del* [hoy art. 39.1 LPAC] *significa únicamente que ha de entenderse transferida al destinatario de la resolución la carga de impugnar los actos de la Administración, para evitar que esa presunción de ser conforme a Derecho los convierta en inmunes ante la pasividad que supone el transcurso de los plazos impugnatorios*»[112]; la presunción de legalidad «*simplemente comporta la carga de recurrir en sede judicial*»[113].

Y lo mismo vale para los actos privados, como las autoliquidaciones tributarias, máxime cuando el legislador ha previsto un procedimiento específico para impugnarlos. Como advierte WATTEL:

> «*No es "excesivamente difícil" para un contribuyente provocar una resolución recurrible o adoptar una posición en su declaración o autoliquidación de impuestos que cuestione el Derecho nacional… El hecho de que (i) la Administración tributaria pueda con certeza no estar de acuerdo con esa posición, y (ii) el Derecho nacional no contemple esa posición no son relevantes, ya que nada impide al contribuyente* [pretender la inaplicación de] *la legislación nacional que considere contraria al Derecho comunitario*»[114].

3ª. La doctrina de la «carga irrazonable» contradice la jurisprudencia del TJUE, así como las soluciones a las que se ha llegado en otros países de nuestro entorno. Recordemos especialmente lo declarado en la STJUE *Danske Slagterier*[115], antes citada[116], donde viene a declararse, entre otras cosas, que supeditar la tutela de los derechos lesionados por una norma a que el afectado agote los recursos contra los actos dictados en su aplicación no hace prácticamente imposible ni excesivamente difícil esa tutela, ni siquiera cuando es muy probable que el tribunal que conoce del caso eleve una cuestión prejudicial (ante el TJUE, pero lo mismo vale para el Tribunal Constitucional).

4ª. La regla del agotamiento previo de los remedios jurídicos no incrementa la litigiosidad, sino que la reduce. Insistimos de nuevo en este punto. La solución que seguramente tiende a

---

[111] STS (Cont.-adm.) de 14 de noviembre de 2019 (ES:TS:2019:3639).

[112] STS (Cont.-adm.) de 12 de febrero de 2009 (ES:TS:2009:704).

[113] STC 76/1990, de 26 de abril.

[114] WATTEL, *LIEI*, 35(2), 2008, p. 131.

[115] STJUE de 24 de marzo de 2009 (*Danske Slagterier*, C-445/06).

[116] Vid. *supra*, 3.2.d.

aumentar el número total de litigios es la afirmada por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia sobre la tasa complementaria del juego, al permitir que después de cada anulación judicial de una norma se produzca una segunda tanda de reclamaciones y pleitos, que se añaden a los que se entablaron antes de la anulación. Además, estos pleitos masivos de «segunda ola» se concentran en los tribunales superiores del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que los congestiona enormemente y mengua su capacidad de cumplir la que probablemente es su principal función: la formación de jurisprudencia.

5ª. Según hemos visto, la mejor manera de proteger los derechos lesionados por una norma contraria al ordenamiento jurídico es darles a los afectados la posibilidad de impugnar de manera inmediata cualesquiera situaciones y actos nacidos de la aplicación de esa norma y recabar frente a ellos la plena tutela –cautelar, declarativa, restitutoria y resarcitoria– de tales derechos. Si se considera que las vías administrativas y judiciales previstas en la actualidad por la legislación española a estos efectos son siempre excesivamente onerosas y no garantizan la tutela judicial efectiva de los derechos afectados, lo que habría que hacer es revisarlas y mejorarlas, pero no contemplar la posibilidad de sustituirlas con carácter general por un remedio resarcitorio intrínsecamente inferior, que satisface peor todos los intereses legítimos implicados. Por otro lado, si el Tribunal Supremo considera que la utilización de esas vías constituye siempre una carga irrazonable para los particulares, que dificulta desproporcionadamente la tutela judicial efectiva de sus derechos, lo que tendría que hacer es elevar una cuestión de inconstitucionalidad por la vulneración del artículo 24.1 CE.

l. La regulación debería ser sustancialmente la misma para todas las normas contrarias a Derecho

Ninguna razón convincente hay para hacer aquí diferencias significativas en función de la naturaleza –legal o reglamentaria– de la norma contraria a Derecho de que se trate[117] o del ordenamiento jurídico –constitucional o de la UE– vulnerado[118]. Los argumentos que el Tribunal Supremo ha ido esgrimiendo para tratar de justificar el sometimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado a regímenes jurídicos radicalmente distintos dependiendo de si los daños fueron causados por leyes inconstitucionales, leyes contrarias al Derecho de la UE o reglamentos ilegales son inaceptables[119].

El argumento de que el principio de seguridad jurídica no impone un deber de soportar los daños causados por una –resolución administrativa o sentencia firme dictada al amparo de una– ley inconstitucional, pero sí los ocasionados por una –resolución administrativa o sentencia firme dictada al amparo de una– norma reglamentaria ilegal es ridículo. Ambos casos son prácticamente idénticos en este punto[120]. El menoscabo que dicho principio sufre cuando se priva de efectos prácticos a una resolución firme dictada en aplicación de una norma es el mismo con independencia de cuál sea la naturaleza, legal o reglamentaria, de la norma.

---

[117] Vid., en este sentido, el voto particular de Manuel MARTÍN TIMÓN a la STS (Cont.-adm.) de 2 de junio de 2010 (ES:TS:2010:3898).

[118] Vid. la STJUE de 26 de enero de 2010 (*Transportes Urbanos*, C-118/08).

[119] Vid. *supra*, 2.1, 2.3.b y 2.3.c.

[120] Vid. *supra*, 2.1 y 2.3.b.

También resulta grotescamente inconsistente afirmar que el artículo 40.1 LOTC no se opone a que los particulares puedan obtener una indemnización por los daños causados por las sentencias firmes dictadas en aplicación de una ley, mientras que el artículo 73 LJCA (que prácticamente establece lo mismo que el art. 40.1 LOTC) sí se opone a que los particulares afectados obtengan una indemnización por los daños ocasionados por las sentencias o los actos administrativos firmes dictados al amparo de un reglamento. ¿Por qué en un caso la acción de responsabilidad es totalmente independiente de la acción de impugnación y de la firmeza de las correspondientes resoluciones mientras que en el otro caso no lo es?

Las diferencias existentes entre los procedimientos de control judicial de reglamentos, leyes inconstitucionales y leyes contrarias al Derecho de la UE no son tantas ni tan relevantes como a veces se afirma[121]. Y ninguna de ellas justifica que en algunos casos la acción de responsabilidad se configure con carácter opcional e independiente respecto de las acciones dirigidas a impugnar los actos dictados en aplicación de la norma, mientras que en otros casos aquella acción tenga un carácter subsidiario y dependiente de éstas. En los tres supuestos, los afectados tienen a su disposición vías muy parecidas para obtener la plena tutela judicial efectiva frente a dichos actos.

Recordemos que la STJUE *Transportes Urbanos*[122] no apreció razón alguna para tratar de manera tan distinta reclamaciones de responsabilidad patrimonial que «*tienen exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado*» (§ 36). La diferencia consistente en que en un caso se vulnera el Derecho de la UE y en el otro la Constitución no justifica que sólo en el primero se exija el agotamiento previo de los recursos contra el acto lesivo. El razonamiento que hace el TJUE vale igualmente para los daños causados por la aplicación de un reglamento. También aquí la reclamación de responsabilidad tiene exactamente aquel mismo objeto.

3.3. Requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho

a. Los requisitos deberían ser sustancialmente los mismos para todas las normas contrarias a Derecho

El artículo 32.5 LRJSP somete la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por leyes contrarias al Derecho de la UE a requisitos sustantivos más estrictos que los previstos para los daños ocasionados por leyes inconstitucionales. Con independencia de si esta diferencia de régimen jurídico es compatible o no con aquel Derecho –ya hemos visto que según el TJUE sí lo es–, no parece que esté justificada[123]. No se adivina por qué razón los requisitos materiales de la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho deban ser distintos en función de la naturaleza de la norma infringida o infractora[124].

---

[121] Nos remitimos a lo dicho *supra*, 2.3.b y 2.3.c.

[122] STJUE de 26 de enero de 2010 (*Transportes Urbanos*, C-118/08). En contra, GONZÁLEZ ALONSO, *REDC*, 106, 2016, pp. 410-417.

[123] En sentido similar, M. C. ALONSO GARCÍA, La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea, p. 169.

[124] A favor de extender los tres requisitos previstos en el art. 32.5 LRJSP a otros supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración y, en particular, a los derivados de planes urbanísticos nulos, ORDÓÑEZ SOLÍS,

b. Responsabilidad objetiva o por negligencia

Hasta la fecha, en España, la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de leyes inconstitucionales ha sido aplicada con un carácter objetivo. Para que el Estado responda, no se requiere que la inconstitucionalidad sea cualificada o fruto de una negligencia.

Ello contrasta con la regla que el TJUE aplica a los daños causados por la Unión Europea o sus Estados miembros y que el artículo 32.5.b) LRJSP recoge. Para que en estos supuestos nazca la responsabilidad se requiere que la infracción sea «suficientemente caracterizada», lo que puede entenderse en el sentido de que ésta obedece a una negligencia, a una inexcusable falta de cuidado.

En otros ordenamientos jurídicos europeos, se aplica una regla similar. En Bélgica, por ejemplo, el Tribunal de Casación deja sentado en 2006 que el Estado debe resarcir, conforme al régimen común de responsabilidad por culpa [*faute*] establecido en el artículo 1382 del Código civil, los daños ocasionados al legislar[125]. Más tarde, en 2010, aclara que el hecho de que el Tribunal Constitucional haya declarado inconstitucional una ley «*no implica todavía que se haya establecido que el legislador ha cometido una falta en el sentido*» de este precepto. Para hacer responder al Estado «*por haber adoptado una ley que incurre en una falta*» [*législation fautive*], el juez ha de «*examinar si el Estado ha actuado como lo haría un legislador normalmente prudente y diligente*»[126].

También los Tribunales contencioso-administrativos españoles aplican una regla parecida a los daños causados por actos administrativos ilegales. Conforme a la llamada «doctrina del margen de tolerancia», el particular tiene el deber de soportar el daño causado por un acto ilegal cuando éste es el resultado de una interpretación razonable y razonada del ordenamiento jurídico[127].

«La responsabilidad patrimonial por la nulidad de los planes urbanísticos en clave judicial», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 309, 2016, pp. 51-54.

[125] Sentencia de la *Cour de cassation* de 28 de septiembre de 2006 (C.02.0570.F).

[126] Sentencia de la *Cour de cassation* de 10 de septiembre de 2010 (F.09.0042.N). Vid., al respecto, DUBUISSON/VAN DROOGHENBROECK, «Responsabilité de l'État-legislateur: la derniére pièce du puzzle?», *Journal des Tribunaux*, 6457, 2010, pp. 801-808; BOUHON, «La responsabilité civile pour la faute du législateur», *Journal des Tribunaux,* 2020, pp. 745-749.

[127] Vid., entre otras muchas, las SSTS (Cont.-adm.) de 5 de febrero de 1996 (ES:TS:1996:661), 20 de febrero de 2012 (ES:TS:2012:1221) y 19 de junio de 2018 (ES:TS:2018:2316). Sobre esta jurisprudencia, en sentido favorable, si bien con matices, DOMÉNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, 183, 2010, pp. 179-231; ÍDEM, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales», en prensa. En contra, entre otros, MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Cizur Menor; ÍDEM, «El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 213, 2020, pp. 69-91; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?», *Revista de Administración Pública*, 205, 2018, pp. 221-237; ÍDEM, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por actos administrativos anulados por sentencia firme», *Revista de Administración Pública*, 217, 2022, pp. 191-208; ALONSO MAS, «La responsabilidad patrimonial derivada de la nulidad del planeamiento urbanístico», *Revista General de Derecho Administrativo*, 52, 2019; BLANQUER CRIADO, *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; ESCOBAR ROCA, *RRCCS*, 4, 2020, p. 28.

Para que la Administración responda, la ilegalidad cometida ha de ser el fruto de una inexcusable falta de cuidado o, como dice alguna sentencia, de una «*flagrante desatención normativa*»[128].

No se aprecia por qué razón el Estado debe responder objetivamente cuando el legislador infringe la Constitución y, en cambio, por culpa cuando éste viola el Derecho de la UE o cuando es la Administración la que comete cualquier infracción del ordenamiento jurídico. A mi juicio, hay buenas razones para aplicar en los tres casos una regla de responsabilidad por negligencia.

b.1. Las razones invocadas por los tribunales

La necesidad de evitar el efecto inhibidor que la responsabilidad por la mera ilegalidad tendría sobre el ejercicio de las funciones públicas dirigidas a salvaguardar los intereses generales ha sido el principal argumento utilizado por los tribunales de la Unión Europea para justificar la aplicación del requisito de la «infracción suficientemente caracterizada».

> El ejercicio de la función legislativa «*no debe verse obstaculizado por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares*»[129]. «*La exigencia de una violación suficientemente caracterizada… pretende… evitar que el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las empresas interesadas menoscabe la capacidad de la institución de que se trate de ejercer plenamente sus competencias en el interés general… sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables*»[130].

Las razones aducidas por el Tribunal Supremo para justificar la «doctrina del margen de tolerancia» son similares. La aplicación de una regla de responsabilidad objetiva podría inhibir el ejercicio por parte de las autoridades administrativas de sus potestades dirigidas a proteger los intereses públicos: podría «*generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones*»[131].

Estas razones coinciden sustancialmente con las presentadas por Juan Antonio XIOL RÍOS, en su voto particular a la STC 148/2021, para defender la limitación de la responsabilidad patrimonial del Estado por la anulación de la norma con rango de ley por la que se declaró el estado de alarma y se tomaron medidas que trataban de evitar la propagación del virus causante de la Covid-19 con el fin de salvaguardar la vida y la salud de la población[132].

> «*Ante esta situación de incertidumbre, que afectaba no solo a la situación sanitaria creada por la pandemia, sino también a la determinación del procedimiento jurídico que debía seguirse para*

[128] STS de 10 de junio de 1986 (ES:TS:1986:3220).

[129] STJCE de 25 de mayo de 1978 (*HNL y otros*, 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, § 5).

[130] STG de 3 de marzo de 2010 (*Artegodan*, T-429/05, § 55). Vid., también, la STPI de 9 de septiembre de 2008 (*MyTravel Group*, T-212/03, § 42).

[131] STS (Cont.-adm.) de 5 de febrero de 1996 (ES:TS:1996:661).

[132] Vid. DOMÉNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por las medidas adoptadas en un estado de alarma declarado inconstitucional», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 102, 2021, pp. 52-66.

establecer las previsiones adecuadas para afrontarla, puede considerase constitucionalmente justificado que la nulidad no afecte a los actos o situaciones jurídicas creadas al amparo de la norma declarada inconstitucional. Lo contrario podría provocar que las autoridades sanitarias en situaciones de incertidumbre no adopten las medidas que consideren más adecuadas por las consecuencias que podría tener el error en la elección de la vía jurídica correcta».

b.2. Influencia sobre los niveles de cuidado y actividad de los implicados: teoría económica estándar

La probabilidad de que se produzca un accidente depende fundamentalmente de dos factores: de los *niveles de cuidado* adoptados por los potenciales causantes y víctimas y de sus *niveles de actividad*. Por ejemplo, cuanto menos cuidado lleven en la tramitación de ciertos planes urbanísticos sus promotores privados y las autoridades encargadas de aprobarlos y mayor sea el número de procedimientos de planeamiento en los que estén involucrados todos ellos, más probable es que dichas autoridades cometan alguna ilegalidad al decidir sobre su aprobación.

Bajo determinadas condiciones, cabe pensar que tanto la responsabilidad objetiva como la responsabilidad por negligencia, en combinación con otra regla que excluya la responsabilidad si el causante actuó diligentemente y la víctima incurrió en una negligencia, crean en principio los incentivos adecuados para que las personas implicadas adopten el nivel de cuidado exigible. Aplicar un canon u otro resulta irrelevante a estos efectos[133].

En cambio, ambas reglas influyen de diversa manera sobre los referidos niveles de actividad[134]. En un régimen de responsabilidad por culpa, las víctimas soportan el llamado «riesgo residual», es decir, el riesgo de sufrir un accidente a pesar de que todas las personas implicadas llevan el cuidado exigible. Son las víctimas las que cargan con el coste derivado de que ellas o los potenciales causantes incrementen su nivel de actividad (manteniendo su comportamiento diligente). Esta regla encarecerá, por lo tanto, la actividad de las eventuales víctimas. Les dará incentivos para no aumentarla por encima del punto en el que los costes sociales del aumento superan a los beneficios que éste les reporta, pues, en principio, dichos costes y beneficios recaen íntegramente sobre ellas. Por otro lado, propiciará que los potenciales causantes eleven su volumen de actividad por encima del que sería socialmente deseable, pues los beneficios derivados del aumento recaen en principio sobre ellos, mientras que los costes son soportados por las víctimas.

En un régimen de responsabilidad objetiva, son los causantes los que soportan el referido riesgo residual. Esta regla, por consiguiente, encarecerá la actividad de los potenciales causantes. Les dará incentivos para no incrementarla por encima del nivel en el que los costes sociales del incremento superan a los beneficios que éste les reporta. Por otro lado, propiciará que el volumen de actividad de las potenciales víctimas supere el socialmente óptimo, pues, en principio, obtienen los beneficios derivados del exceso mientras que no han de asumir sus costes, que recaen íntegramente sobre los causantes.

---

[133] SHAVELL, «Strict Liability versus Negligence», *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, pp. 1-25.

[134] Ibídem.

Debe notarse que ninguna de las dos reglas crea los incentivos adecuados para que todos los agentes implicados ajusten su volumen de actividad a lo que sería socialmente deseable. La responsabilidad por culpa falla respecto de los potenciales causantes; y la responsabilidad por culpa, respecto de las posibles víctimas. Así las cosas, la responsabilidad objetiva resulta preferible cuando los costes sociales de un exceso de actividad de los primeros superan los costes sociales de un exceso análogo de los segundos, y viceversa. En la práctica, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales contemporáneos, la responsabilidad por culpa es la regla general, y la responsabilidad objetiva la excepción, que sólo se aplica cuando los potenciales causantes llevan a cabo actividades anormalmente peligrosas[135]. Y, conviene ponerlo de relieve, la responsabilidad por negligencia es también la regla general que rige respecto de los daños causados por los poderes públicos[136].

b.3. Influencia sobre la conducta de los agentes públicos

La teoría económica estándar del Derecho de daños, en la que se basan las consideraciones recién expuestas, presupone que los potenciales responsables son sujetos –privados– que soportan íntegramente los costes de las medidas de precaución que toman y de las compensaciones que eventualmente han de pagar a las víctimas. El problema es que esta premisa seguramente no se cumple cuando los responsables son entidades públicas.

b.4. La responsabilidad objetiva puede no inducir un nivel óptimo de activad pública

Cabe pensar que los agentes públicos, en líneas generales, no internalizan íntegramente el coste de la responsabilidad patrimonial de la Administración a cuyo servicio se encuentran, de resultas principalmente de dos circunstancias. La primera es que las correspondientes indemnizaciones no las pagan de su «bolsillo», ni siquiera cuando concurren los requisitos para que las Administraciones ejerzan contra ellos la llamada acción de regreso, pues ésta prácticamente nunca se ejerce[137]. En segundo lugar, el coste político y reputacional que para dichos sujetos se deriva de la referida responsabilidad se reduce sustancialmente si ésta se declara y hace efectiva cuando aquéllos han dejado de desempeñar el cargo en cuyo ejercicio causaron los daños o pudieron prevenirlos, lo cual es relativamente probable.

Estos dos factores minan la eficacia preventiva de la responsabilidad patrimonial. Es decir, reducen los incentivos que los agentes públicos tienen para adoptar medidas de cuidado óptimas y, en el caso de que la Administración responda objetivamente, para no desarrollar la actividad potencialmente dañosa en un volumen superior al socialmente deseable. Cuanto menor sea dicha eficacia preventiva, más desaconsejable será la regla de la responsabilidad objetiva.

[135] Véase, por ejemplo, el art. 5:101 de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (*Principles on European Tort Law, PETL*), elaborados por el *European Group on Tort Law*.

[136] Vid. FAIRGRIEVE, «Criminal and Civil Liability», en CANE/HOFMANN/IP/LINDSETH (eds.), *Comparative Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 817.

[137] Vid. DOMÉNECH PASCUAL, *RAP*, 180, 2009.

b.5. La responsabilidad objetiva propicia, bajo ciertas condiciones, que los agentes públicos tomen precauciones inadecuadas

La regla según la cual la Administración responde objetivamente de los daños causados por sus actos contrarios a Derecho propicia que los agentes públicos tomen precauciones ineficientes si dicha responsabilidad tiene un coste personal para ellos –por las razones indicadas en el epígrafe anterior– y, además, concurren otras circunstancias, a saber:

1ª. Las medidas de precaución generan externalidades negativas. Los agentes públicos tampoco internalizan siempre todos los costes de las medidas de precaución que toman para prevenir accidentes y eventuales responsabilidades. Dicho de otra manera: esas medidas generan externalidades negativas, costes que soportan otras personas. De resultas de ello, la amenaza que para dichos agentes supone la responsabilidad patrimonial de la Administración puede inducirles a tomar medidas «defensivas», dirigidas a prevenir esa responsabilidad y excesivamente costosas desde el punto de vista del bienestar social[138]. Cuanto mayores sean esas externalidades, mayor será el riesgo de que se adopten semejantes medidas y más desaconsejable será que la Administración responda objetivamente.

2ª. La probabilidad de cometer una infracción aun llevando el cuidado exigible es elevada. El problema que acaba de exponerse se exacerba cuando la probabilidad de que la Administración infrinja el ordenamiento jurídico a pesar de que sus agentes han llevado el cuidado socialmente óptimo es relativamente elevada. Esto puede ocurrir, por ejemplo, porque: las normas que regulan la correspondiente actuación administrativas son imprecisas y poco claras; los tribunales todavía no han aclarado cómo hay que interpretarlas y aplicarlas; la jurisprudencia que las ha interpretado es inconsistente y cambiante, etc.

3ª. Los daños privados resarcibles son superiores a los daños sociales. VAN DEN BERGH y SCHÄFER señalan una buena razón para supeditar la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros de la Unión a la comisión de una «infracción suficientemente caracterizada» o, como ellos prefieren decir, de una «negligencia obvia»[139].

Muchos daños provocados por las infracciones del Derecho de la Unión encajan en uno de los supuestos usualmente incluidos en la heterogénea categoría de los «daños puramente económicos»[140]. Se trata de casos en los que las pérdidas que sufre la víctima de la infracción superan las pérdidas netas sufridas por la entera sociedad. Imaginemos una ley que impone un requisito de calidad alimentaria que viola la libertad de circulación de mercaderías. Como consecuencia de la infracción, ciertos productores extranjeros sufren pérdidas por valor de 105, los consumidores experimentan una pérdida de bienestar de 10 y los productores nacionales

---

[138] Vid. DE GEEST, «Who Should Be Immune from Tort Liability?», *Journal of Legal Studies*, 41, 2012, pp. 291-319; DE MOT/FAURE, «The Liability of Public Authorities: An Economic Analysis», en OLIPHANT (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Intersentia, 2016, pp. 587-618.

[139] VAN DEN BERGH/SCHÄFER, «State Liability for Infringement of the E.C. Treaty: Economic Arguments in Support of a Rule of "Obvious Negligence"», *European Law Review*, 23, 1998, pp. 552-567; LOS MISMOS, «Member States Liability for Infringement of the Free Movement of Goods in the EC: An Economic Analysis», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 156:2, 2000, pp. 382-403.

[140] Sobre esta categoría, vid., por todos, GÓMEZ POMAR/RUIZ GARCÍA, «La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del Derecho», *InDret*, 4/2002.

incrementan sus beneficios en 100. Nótese que el daño social neto que se deriva de la infracción (15) es muy inferior a los daños que ésta causa a los productores extranjeros afectados (105).

Imaginemos, además, que no era nada fácil precisar *ex ante* si el requisito en cuestión era compatible con el Derecho de la Unión, pues la norma comunitaria violada era muy vaga e imprecisa y el TJUE todavía no se había pronunciado sobre dicha compatibilidad cuando el requisito se impuso.

Pues bien, en los casos en los que (1) los daños causados a las víctimas son superiores a los daños sociales que se derivan de la infracción y (2) el estándar de conducta que las autoridades deben observar es incierto *ex ante*, hacer responsable al Estado de aquellos daños privados simplemente por haber adoptado una medida contraria a Derecho provocará seguramente que las autoridades incurran en un exceso de precaución y se abstengan de adoptar regulaciones socialmente beneficiosas. La regla de la «negligencia obvia» evita este resultado.

En efecto, imaginemos que una autoridad está valorando la posibilidad de establecer una regulación que, según sus estimaciones, generaría un beneficio social neto de 30, lo que le reportaría un rédito político equivalente. El problema es que la compatibilidad de esa regulación con el Derecho es dudosa y, en consecuencia, hay una probabilidad relativamente elevada (0,4) de que el correspondiente tribunal la considere ilícita. Vamos a suponer que en tal caso los empresarios afectados negativamente por la regulación sufrirían pérdidas de 100, muy superiores a los costes que para el conjunto de la sociedad implicaría la regulación (-30). Si en ese caso se aplicara una regla de responsabilidad objetiva (por la mera infracción del Derecho de la Unión), la autoridad afrontaría el riesgo de tener que pagar a dichos empresarios una indemnización esperada de 40 (= 100 * 0,4), lo cual tendría para ella un coste político equivalente. Así las cosas, la autoridad se abstendrá de adoptar esta regulación, cuyo beneficio social esperado es positivo.

En cambio, si aquí se aplica la regla de la responsabilidad por la comisión de una «infracción suficientemente caracterizada» (o «negligencia obvia»), el Estado no responderá en el caso de que la regulación sea finalmente anulada, la autoridad no afrontará el riesgo de indemnizar a los empresarios perjudicados y, a la postre, adoptará la regulación considerada, que resulta beneficiosa para la comunidad.

b.6. Influencia sobre la conducta de los potenciales perjudicados

La responsabilidad objetiva de la Administración por los daños derivados de normas contrarias a Derecho también puede tener un impacto negativo sobre la actividad de las potenciales víctimas.

En primer lugar, esa responsabilidad propicia que dichas personas eleven su volumen de actividad por encima del punto socialmente óptimo[141]. Este resultado será especialmente pernicioso cuando la actividad genere graves riesgos o externalidades negativas.

En segundo lugar, este efecto puede exacerbarse como consecuencia del impacto que la regla de la responsabilidad objetiva puede tener sobre la actividad de los poderes públicos competentes para dictar normas. Ya hemos visto que esta regla favorece, en determinadas circunstancias, que los agentes públicos adopten medidas ineficientes con el objeto de reducir el riesgo de que la

[141] Vid. *supra*, 3.3.b.2.

Administración tenga que resarcir los daños causados por sus disposiciones. Una de esas medidas puede consistir en reducir su nivel de actividad por debajo del socialmente óptimo, lo cual puede provocar, a su vez, que los particulares eleven todavía más el volumen de su actividad y se agrave el problema señalado en el párrafo anterior.

En tercer lugar, la responsabilidad objetiva de la Administración también puede minar por otra vía los incentivos que los particulares tienen para adoptar medidas de precaución socialmente óptimas[142]. Si la amenaza de esa responsabilidad no constituye un incentivo suficiente para que los poderes públicos lleven el cuidado óptimo, es posible que lo más conveniente desde el punto de vista del bienestar social sea que las potenciales víctimas eleven su nivel de cuidado para compensar ese déficit. El problema es que a estas personas seguramente no les sale a cuenta elevarlo si la Administración responde objetivamente y los poderes públicos no actúan con el cuidado debido. Elevarlo les supone entonces un coste y ningún beneficio, pues en estas circunstancias la Administración debe dejarlas indemnes en el caso de que les cause un daño.

b.7. Beneficios informacionales de la responsabilidad por negligencia

Una de las grandes ventajas de la responsabilidad por culpa es que produce información pública acerca de las medidas de cuidado que el demandado debía haber tomado. En los pleitos en los que se aplica una regla de responsabilidad objetiva, no hace falta analizar si los causantes adoptaron o no las debidas medidas de precaución, por lo que este problema tiende a quedar oculto. Cuando la responsabilidad es por culpa, en cambio, los Tribunales deben examinarlo y resolverlo, con la ayuda de las partes e incluso de terceros. Y la información que se genera y aflora en un litigio puede ser aprovechada en el futuro por cualquier persona potencialmente implicada en un caso similar, a fin de tomar medidas de precaución eficientes dirigidas a evitar daños[143].

La aplicación de una regla de responsabilidad por culpa a los casos de normas contrarias a Derecho engendra información pública acerca de las precauciones que las autoridades competentes deberían tomar para evitar cometer infracciones semejantes y mitigar los daños resultantes.

Requerir una «infracción suficientemente caracterizada» para que nazca la responsabilidad patrimonial del Estado por infracciones del Derecho de la UE ha permitido, así, deducir reglas de cuidado que las autoridades deben observar a fin de prevenir y mitigar los daños causados por esas infracciones: tener un conocimiento exacto y actualizado de la jurisprudencia del TJUE con el objeto de no adoptar normas que la contradigan y de derogarlas lo más rápidamente posible si ya hubieran sido aprobadas[144]; no ignorar las alegaciones de los afectados de que la norma en

---

[142] Vid., en sentido similar, DARI-MATTIACCI/GAROUPA/GÓMEZ-POMAR, «State Liability», *European Review of Private Law*, 4, 2010, pp. 773-811.

[143] Vid. FEES/WHOLSCHLEGEL, «Liability and information transmission: The advantage of negligence-based rules», *Economic Letters*, 92, 2006, pp. 63-67; SHER, «New Differences Between Negligence and Strict Liability and their Implications on Medical Malpractice Reform», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 16, 2007, pp. 335-377; SCHÄFER/MÜLLER LANGER, «Strict Liability Versus Negligence», en FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 27-29.

[144] STJUE de 5 de marzo de 1996 (*Brasserie du Pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, § 57).

cuestión infringe el Derecho de la UE[145]; no adoptar «*una actitud renuente u obstinada para corregir la disconformidad con el derecho comunitario europeo*»[146]; «*tomar la iniciativa para clarificar la situación*»[147], etc.

b.8. Fundamento jurídico-positivo de la aplicación de la doctrina del margen de tolerancia a la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales

En mi opinión, la referida doctrina jurisprudencial del margen de tolerancia es aplicable *de lege lata* a la responsabilidad civil del Estado por daños derivados de leyes inconstitucionales[148]. Esa doctrina se funda en el artículo 32.1 LRJSP, que dispone que no son resarcibles los daños que «el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley». El Tribunal Supremo considera que los particulares tienen ese deber cuando el acto ilegal dañoso es el producto de una aplicación razonable y razonada del ordenamiento jurídico.

Pues bien, el artículo 32.3.a) LRJSP exige, para que el Estado responda por los daños derivados de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, la concurrencia no sólo de los requisitos del apartado 4 del mismo artículo 32, sino también de los «requisitos previstos en los apartados anteriores», entre los que se encuentra el referido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar dichos daños. Y ya sabemos que hay buenas razones para entender que los afectados deben soportar, en principio, los perjuicios causados por un acto (aquí, legislativo) contrario a Derecho cuando este acto es el resultado de una aplicación razonable y razonada del ordenamiento jurídico (en este caso, constitucional)[149]. Es más, la razones y las circunstancias que justifican la doctrina del margen de tolerancia concurren con una intensidad y una frecuencia especialmente elevadas cuando se trata de la responsabilidad del Estado legislador. Las disposiciones de la Constitución suelen ser extremadamente imprecisas, admitir varias interpretaciones razonables y dejar un ancho margen de discrecionalidad al legislador para actuar. Además, muchas veces, los perjuicios privados causados por las leyes inconstitucionales son significativamente superiores a los perjuicios que de ellas se derivan para la entera sociedad.

b.9. Responsabilidad y restitución

Interesa dejar claro que la negligencia debe requerirse, cuando proceda, en los casos de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados por una norma contraria a Derecho (imaginemos, por ejemplo, un reglamento que prohíbe ilegalmente a determinadas personas el ejercicio de una actividad económica), pero no cuando el Estado se ha enriquecido sin justa causa como consecuencia de la aplicación de una norma tal (v. gr., ha recibido ciertos ingresos tributarios en virtud de una ley inconstitucional). La persona que obtiene un enriquecimiento tal debe restituirlo, aun cuando lo haya obtenido sin dolo ni culpa. Lo mismo ocurre en el Derecho privado. Mientras que «*en el régimen común de responsabilidad extracontractual (ex art. 1902 CC)*

---

[145] Vid. M. C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea*, p. 125; SSTS (Cont.-adm.) de 13 de febrero de 2015 (ES:TS:2015:605) y 6 de mayo de 2016 (ES:TS:2016:1887).

[146] STS (Cont.-adm.) de 13 de febrero de 2015 (ES:TS:2015:605).

[147] STS (Cont.-adm.) de 13 de febrero de 2015 (ES:TS:2015:605).

[148] En contra, ESCOBAR ROCA, *RRCCS*, 4, 2020, p. 28.

[149] Para más detalles, vid. DOMÉNECH PASCUAL (en prensa).

se exige la concurrencia de culpa o negligencia para que nazca la obligación de reparar», «este requisito es completamente innecesario en el régimen de la acción de enriquecimiento»[150].

c. Violación de una norma que confiere derechos a los particulares afectados

En el Derecho de la UE, sus infracciones sólo determinan la responsabilidad patrimonial de la Unión o de sus Estados miembros cuando la norma infringida «*tiene por objeto conferir derechos a los particulares afectados*». Según el TJUE, la razón de ser de este requisito consiste en «*limitar el nacimiento de esta responsabilidad únicamente a aquellas situaciones en las que el comportamiento ilícito de las instituciones, de los órganos y de los organismos de la Unión haya causado un daño a un particular menoscabando sus intereses específicamente protegidos por el Derecho de la Unión*»[151]. En líneas generales, no se consideran normas tales aquellas «*puramente de procedimiento o de reparto de competencias*» entre autoridades[152]. Una regla parecida se aplica en los ordenamientos jurídicos de muchos Estados de Europa[153]. Sirvan los ejemplos de Alemania[154] y Francia[155].

España es uno de los pocos países europeos donde dicha responsabilidad no está sujeta a semejante requisito[156]. Tan sólo algunos jueces y autores han postulado –sin éxito alguno– esta solución precisamente en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. En este sentido se pronunciaron varios magistrados en sus votos particulares a la STS (Cont.-adm.) de 2 de junio de 2010 (ES:TS:2010:3898), que declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios que a un trabajador causó la supresión de los salarios de tramitación por un decreto-ley, que había sido anulado por haberse dictado sin que existiera un «caso de extraordinaria y urgente necesidad» (art. 86.1 CE).

En opinión de Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA[157]:

> «*No es lo mismo* [a los efectos de la referida responsabilidad] *una declaración de inconstitucionalidad basada en elementos externos al contenido normativo de la ley anulada que otra fundada en que estos contenidos vulneran, por sí mismos, los derechos de los destinatarios afectados por la ley*». «*Si la norma legal declarada no conforme a la Constitución lo ha sido por el primer grupo de motivos (que incluyen, por ejemplo, los relativos a cuestiones competenciales o a defectos en la tramitación parlamentaria o, como en este caso sucede, a la incorrecta valoración del requisito de la urgencia necesaria para aprobar un Real Decreto-Ley), este hecho por sí mismo*

---

[150] BUSTO LAGO/PEÑA LÓPEZ, «Enriquecimiento injusto y responsabilidad extracontractual», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1, 1997, p. 146.

[151] STJUE de 25 de febrero de 2021 (*Dalli/Comisión*, C-615/19 P, § 128).

[152] Como advierte el Abogado General Maciej SZPUNAR en sus Conclusiones de 3 de febrero de 2022 (*SGL Carbon/Comisión*, C-65/21 P y C-73/21 P a C-75/21 P, § 38). Vid., también, IGLESIAS SÁNCHEZ, *El principio de responsabilidad del Estado en la Unión Europea: ¿clave de bóveda de un "sistema completo de vías de recurso"?*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 101-105.

[153] Vid. DÖRR, «Staatshaftung in Europa: Vergleichende Bestandsaufnahme», en DÖRR (ed.), *Staatshaftung in Europa. Nationales und Unionsrecht*, De Gruyter, Berlin, 2014, pp. 7-8.

[154] Vid. el parágrafo § 839.1 del Código civil alemán, y ROHLFING, *Amtshaftung*, pp. 110-206 y 311-312.

[155] Vid. las Decisiones del *Conseil d'État* de 18 de noviembre de 2015 (nº 380461) y 24 de diciembre de 2019 (nº 425981); FRIER/PETIT, *Droit Administratif*, LGDJ, Paris, 2018, nº 1033.

[156] DÖRR, en Staatshaftung in Europa, p. 8.

[157] A la que se adhieren Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA y Eduardo ESPÍN TEMPLADO.

> *–insisto, desligado de cuál sea el contenido sustantivo de la norma legal– no me parece suficiente para abrir paso a la responsabilidad patrimonial del Estado. Responsabilidad que exigiría, siempre según mi opinión, que, además, el contenido material del precepto con rango de ley sea contrario, desde el punto de vista constitucional, a los derechos de los ciudadanos y les haya causado un perjuicio patrimonial efectivo*».

En opinión de Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ[158]:

> «*Hay una diferencia entre sufrir la aplicación de una norma contraria a los principios constitucionales y sufrir la aplicación de una norma que, sin ser en sí misma inconstitucional, no habría debido existir: en la primera hipótesis, el patrimonio del particular es perjudicado como consecuencia de una agresión directa al mismo, lo que no ocurre en la segunda hipótesis. En ésta última, la norma inconstitucional tiene una relevancia meramente causal, no de ilicitud intrínseca del daño*».

En sentido similar, el profesor GALÁN VIOQUE ha sostenido que:

> «*Sólo pueden reputarse antijurídicos los daños y perjuicios que sufran los particulares como consecuencia de la aplicación de una ley inconstitucional o de una pasividad legislativa cuando hayan visto lesionados el contenido de derechos materialmente protegidos por la Constitución*»[159].

A mi juicio, resulta razonable excluir la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios causados por la infracción de una regla formal, procedimental o competencial. La responsabilidad civil extracontractual debería nacer sólo cuando se haya producido un daño real y efectivo. Así lo establece explícitamente el artículo 32.2 LRJSP. Sin embargo, en muchas ocasiones en las que se produce una infracción tal, no es posible afirmar con la suficiente certeza que ésta ha causado un daño, una pérdida de utilidad que no se hubiera producido si el legislador –o el poder público de que se trate– hubiera actuado conforme a Derecho.

La mayoría de las reglas formales, procedimentales y de competencia que ordenan la producción de normas jurídicas persiguen asegurar su acierto o, dicho con otras palabras, minimizar el riesgo de que éstas causen perjuicios a la ciudadanía. Pero ello no significa que el incumplimiento de una de estas reglas ocasione necesariamente un daño real y efectivo. Lo único que podemos afirmar es que, según la estimación que subyace implícitamente en la adopción de esa regla, el incumplimiento incrementa el riesgo *ex ante* de establecer una norma socialmente dañina, que reduzca efectivamente el bienestar neto del conjunto de los ciudadanos. Lo cual no implica que este riesgo tenga que materializarse inexorablemente y, por ende, que la norma defectuosa finalmente establecida provoque una disminución del bienestar social. Es más, muchas veces cabe considerar altamente probable que, si no se hubiera producido la infracción, los poderes públicos hubieran aprobado una norma de contenido idéntico o muy similar al de la

---

[158] A la que se adhieren Ángel AGUALLO AVILÉS, María Isabel PERELLÓ DOMÉNECH y Eduardo ESPÍN TEMPLADO.

[159] GALÁN VIOQUE, *RAndAP*, 41, 2001, p. 178. En sentido similar, MORENO QUIRÓS, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, p. 68.

cuestionada[160]. En estos casos, con arreglo al estándar de prueba de la probabilidad preponderante, que normalmente se aplica en materia de responsabilidad civil, cabe estimar que la ilegalidad cometida no es causa del daño[161]. Otra posibilidad sería aplicar una regla de responsabilidad proporcional –es decir, reducir la indemnización en función de la probabilidad de que la ilegalidad haya causado el daño en cuestión–, pero no vamos a analizar aquí las ventajas y desventajas de esta solución[162].

Hago aquí una matización similar a la que hice en relación con la exigencia de la que la infracción sea suficientemente caracterizada. El requisito de que la norma infringida confiera derechos a los reclamantes debería aplicarse, cuando proceda, a los casos de responsabilidad patrimonial, pero no a los de enriquecimiento injusto. Si la norma en virtud de la cual se ha producido una transferencia patrimonial en favor del Estado es inválida, la transferencia también lo será y el Estado tendrá que restituirla, con independencia de la naturaleza de la norma infringida. Ello no quita, por lo demás, que principios como el de seguridad jurídica puedan justificar la consolidación de esa transferencia y de otras situaciones nacidas de la aplicación de la norma contraria a Derecho.

d. Relación de causalidad

El artículo 32.4 LRJSP exige para que surja la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de una ley inconstitucional que el daño en cuestión «*sea consecuencia de la aplicación*» de ésta. Y la misma regla puede entenderse aplicable a los daños derivados de reglamentos ilegales, en virtud de la cláusula general contenida en el artículo 32.1 LRJSP.

El artículo 32.5 LRJSP parece supeditar la responsabilidad patrimonial del Estado a un requisito más estricto cuando el daño tiene su origen en una ley contraria al Derecho de la UE. Aquí se exige que exista «*una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares*».

En mi opinión, tampoco aquí está justificado distinguir en función del tipo de norma infringida o infractora. De hecho, no se aprecia que nuestros tribunales hagan diferencias en este punto. Es más, la STJUE de 5 de septiembre de 2019 (*AW y otros*, C-417/18, § 41) ha venido a borrarlas *de iure*, al declarar que:

> «*Cuando, de conformidad con el Derecho nacional de un Estado miembro, una relación de causalidad indirecta entre la infracción cometida por las autoridades nacionales y el daño sufrido por un particular se considera suficiente a efectos de generar la responsabilidad del Estado, tal relación de causalidad indirecta entre una vulneración del Derecho de la Unión, imputable a dicho*

[160] Vid., por ejemplo, en relación con las medidas adoptadas durante el primer estado de alarma decretado por el Gobierno español para combatir la covid-19, DOMÉNECH PASCUAL, *Jueces para la Democracia*, 102, 2021.

[161] Vid. un análisis comparado y económico de esta regla de exclusión de la responsabilidad –que en Alemania se conoce como «la excepción de la conducta alternativa lícita»– en GRECHENIG/STREMITZER, «Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens. Rechtsvergleich, ökonomische Analyse und Implikationen für die Proportionalhaftung», *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 73, 2009, pp. 336-371.

[162] Vid. GRECHENIG/STREMITZER, *RabelsZ*, 73, 2009. En general, sobre la pertinencia de aplicar la regla de la responsabilidad proporcional a los casos de incertidumbre causal, vid. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Madrid, 2018.

Estado miembro, y el daño sufrido por un particular también debe considerarse suficiente para generar la responsabilidad de dicho Estado miembro por tal vulneración del Derecho de la Unión».

4. Conclusiones

La regulación actual de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los daños derivados de la aplicación de normas contrarias a Derechos es el fruto de un cúmulo de inconsistencias y despropósitos.

El despropósito originario y principal lo cometió el Tribunal Supremo en el año 2000, al consagrar la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes inconstitucionales con una argumentación rechazable y en unos términos incompatibles con los preceptos legislativos que, en aras de la seguridad jurídica y la economía procesal, disponen la conservación de ciertos actos y situaciones originados en la aplicación de la norma inválida.

Ante las insatisfactorias consecuencias prácticas que se desprenden de esta doctrina jurisprudencial, el Tribunal Supremo y el legislador han intentado posteriormente modularla y restringir su alcance, sin abandonarla del todo ni resolver de manera equilibrada y eficiente los problemas planteados. Estos intentos han generado más contradicciones, despropósitos e incluso infracciones del Derecho de la UE.

La necesidad de adaptar la legislación española a las exigencias del ordenamiento jurídico comunitario ofrece una gran oportunidad para revisar, repensar y reformar la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho. Esta regulación debería asentarse sobre los siguientes grandes pilares:

1º. El legislador debería establecer las reglas que minimicen el conjunto de los costes sociales derivados de la posibilidad de que los poderes públicos adopten normas contrarias al ordenamiento jurídico.

2º. La regulación debería tener por objeto la responsabilidad patrimonial del Estado por cualesquiera normas contrarias a Derecho. No se aprecian razones que justifiquen que la responsabilidad deba supeditarse a requisitos materiales o procedimentales significativamente distintos en función de si los daños han sido ocasionados por reglamentos ilegales, leyes inconstitucionales o leyes que vulneran el Derecho de la UE.

3º. En los tres casos, los requisitos sustantivos deberían ser los mismos: que exista un daño efectivo e individualizado sufrido por los reclamantes, una infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares afectados y una relación de causalidad directa entre la infracción y el daño.

4ª. La regulación establecida debería articular eficientemente, con el menor coste posible para la ciudadanía, los distintos remedios jurídicos que los particulares pueden utilizar para lograr la plena y efectiva tutela de sus derechos lesionados por normas contrarias a Derecho.

A estos efectos, el legislador debería rechazar la solución según la cual la acción de responsabilidad civil por normas contrarias a Derecho es opcional, alternativa e independiente

respecto de los remedios jurídicos con los que los afectados pueden obtener la tutela inmediata, plena y efectiva de sus derechos frente a los actos de aplicación de la norma en cuestión. La acción de responsabilidad debería configurarse con un carácter subsidiario y dependiente respecto de estos remedios. Los ciudadanos perjudicados por la aplicación de la norma no deberían tener derecho a exigir de la Administración el resarcimiento de los perjuicios sufridos, si en su día no utilizaron los remedios dirigidos al pleno restablecimiento de sus derechos lesionados por esa aplicación o los utilizaron y obtuvieron una resolución desestimatoria firme, aunque luego se haya declarado la invalidez de la norma. Esta solución satisface mucho más eficientemente todos los intereses legítimos en juego.

Si se considera que los remedios administrativos y judiciales previstos en la actualidad por el legislador español para impugnar las situaciones y los actos originados en la aplicación de una norma contraria a Derecho representan un obstáculo irrazonable para lograr la tutela plena y efectiva de los derechos lesionados por esa aplicación, lo que habría que hacer es revisarlos y mejorarlos, pero no permitir su sustitución por un remedio resarcitorio que es intrínsecamente inferior desde prácticamente cualquier punto de vista: la tutela de los derechos afectados, la economía procesal, la prevención de infracciones, etc.

De hecho, el legislador debería mejorar en varios aspectos dichos remedios. Especialmente necesario resulta establecer mecanismos que permitan agregar, coordinar y resolver rápida y eficientemente los pleitos masivos en los que se cuestiona la validez de la misma norma jurídica.

5. Propuesta *de lege ferenda*

En virtud de todo lo expuesto, propongo eliminar el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 32 LRJSP y dar la siguiente redacción a los apartados 4, 5 y 6 de este precepto.

> *«4. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas por las lesiones causadas por la aplicación de una disposición legal o reglamentaria contraria a Derecho o por la omisión contraria a Derecho de una disposición tal cuando concurran todos los requisitos siguientes:*
>
> *a) La norma jurídica infringida tiene por objeto conferir derechos a los particulares.*
>
> *b) La infracción es suficientemente caracterizada.*
>
> *c) Existe una relación de causalidad directa entre la infracción y el daño sufrido por los particulares.*
>
> *5. No habrá lugar a la responsabilidad mencionada en el apartado anterior cuando las personas perjudicadas no hayan agotado todos los medios jurídicos legalmente previstos para obtener la plena tutela de sus derechos e intereses legítimos frente a la aplicación de las correspondientes disposiciones u omisiones normativas contrarias a Derecho. Tampoco habrá lugar a dicha responsabilidad cuando, habiéndolos agotado, las personas afectadas hayan recibido una sentencia firme desestimatoria, sin perjuicio de que éstas puedan reclamar una indemnización por error judicial, si concurren los requisitos establecidos al respecto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.*
>
> *6. Tampoco habrá lugar a la responsabilidad referida en el apartado 4 de este artículo cuando la sentencia que haya establecido con efectos generales la invalidez de una disposición u omisión*

normativa haya declarado como consolidados o no susceptibles de revisión las situaciones o los actos de aplicación de la disposición u omisión que han causado directamente los daños».

También propongo derogar el párrafo segundo del artículo 34.1 LRJSP y el párrafo tercero del artículo 67.1 LPAC.

6. Bibliografía

ACKER, Martin, «Vorrang des Primärrechtsschutzes: Analyse und Bewertung dieses Grundsatzes im Staatshaftungsrecht», *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, 21:22, 2021, pp. 641-646.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Sesgos crematísticos en la investigación jurídica», *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2016.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo, «La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, 157, 2002, pp. 215-240.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo, «La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador: reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de enero de 2010», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 12, 2010, pp. 74-81.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en QUINTANA, Tomás y CASARES, Ana Belén (dirs.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, t. I, pp. 503-550.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo, en ALONSO GARCÍA, María Consuelo/MARTÍN DELGADO, Isaac, *La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España*, Iustel, Madrid, 2020.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo, «El Supremo "alivia" la carga procesal del lesionado y determina el momento de la aparición del daño en la acción de responsabilidad patrimonial contra el legislador», *Revista Vasca de Administración Pública*, 120, 2021, pp. 179-208.

ALONSO GARCÍA, Ricardo, «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08)», *Cuadernos de Derecho Local*, 19, 2009, pp. 175-188.

ALONSO MAS, María José, «La responsabilidad patrimonial derivada de la nulidad del planeamiento urbanístico», *Revista General de Derecho Administrativo*, 52, 2019.

BLANQUER CRIADO, David, *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

BOUHON, Frédéric, «La responsabilité civile pour la faute du législateur», *Journal des Tribunaux,* 2020, pp. 745-749.

BUSTO LAGO, José Manuel/PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Enriquecimiento injusto y responsabilidad extracontractual», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1, 1997, pp. 141-166.

CALATAYUD PRATS, Ignacio, «La responsabilidad del estado legislador tributario», *Quincena Fiscal*, 12/2016, pp. 95-128.

CALVO VÉRGEZ, Juan, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la vulneración del ordenamiento jurídico comunitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

CAMPOS MARTÍNEZ, Yohan Andrés, «La incidencia del artículo 32 de la Ley 40/2015 sobre la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en materia tributaria. ¿Crónica de una muerte anunciada?», *Nueva Fiscalidad*, 5/2016, pp. 121-176.

CAMPOS MARTÍNEZ, Yohan Andrés, «La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador por la recuperación de las ayudas de estado declaradas ilegales e incompatibles con el Derecho de la Unión Europea», *Quincena Fiscal*, 13/2017, pp. 41-84.

CAYÓN GALIARDO, Antonio, «La responsabilidad patrimonial derivada de Leyes que vulneran el Derecho comunitario. Un planteamiento nuevo en la STS de 17 de septiembre de 2010», *Revista Técnica Tributaria*, 93, 2011, pp. 9-21.

CHECA GONZÁLEZ, Clemente, «Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una ley», *Cuestiones Constitucionales*, 12, 2005, pp. 131-157.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, «La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista de Administración Pública*, 196, 2015, pp. 11-59.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, «La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración», *Revista Vasca de Administración Pública*, 103, 2015, pp. 171-207.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, «La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial», *Revista de Administración Pública*, 200, 2016, pp. 315-339.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, *La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, BOE, Madrid, 2020.

DARI-MATTIACCI, Giuseppe/GAROUPA, Nuno/GÓMEZ-POMAR, Fernando, «State Liability», *European Review of Private Law*, 4, 2010, pp. 773-811.

DE GEEST, Gerrit, «Who Should Be Immune from Tort Liability?», *Journal of Legal Studies*, 41, 2012, pp. 291-319.

DE JUAN CASADEVALL, Jorge, «La responsabilidad patrimonial del estado-legislador en casos de recuperación de ayudas fiscales selectivas», *Revista Española de Derecho Financiero*, 168, 2015, pp. 159-180.

DE MOT, Jef/FAURE, Michael, «The Liability of Public Authorities: An Economic Analysis», en OLIPHANT, Ken (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Intersentia, 2016, pp. 587-618.

DÍEZ SASTRE, Silvia, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 110, 2001, pp. 269-299.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, 155, 2001, pp. 59-106.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de un reglamento», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 22, 2003, pp. 577-596.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «La responsabilidad patrimonial de la Administración por leyes declaradas inconstitucionales: las contradicciones del Tribunal Supremo», *Impuestos*, 11, 2005, pp. 13-28.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública*, 180, 2009, pp. 103-159.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Civitas, Madrid, 2009.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, 183, 2010, pp. 179-231.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «El principio de presunción de validez», en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (ed.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1031-1060.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial», *Revista de Administración Pública*, 199, 2016, pp. 171-212.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por las medidas adoptadas en un estado de alarma declarado inconstitucional», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 102, 2021, pp. 52-66.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales. A favor de la doctrina del margen de tolerancia» (en prensa).

DÖRR, Oliver, «Staatshaftung in Europa: Vergleichende Bestandsaufnahme», en DÖRR, Oliver (ed.), *Staatshaftung in Europa. Nationales und Unionsrecht*, De Gruyter, Berlin, 2014, pp. 1-30.

DUBUISSON, Bernard/VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, «Responsabilité de l'État-legislateur: la derniére pièce du puzzle?», *Journal des Tribunaux*, 6457, 2010, pp. 801-808.

ESCOBAR ROCA, Guillermo, «Responsabilidad patrimonial por inconstitucionalidad del estado de alarma (o cómo tomarse, de una vez por todas, el Estado constitucional de Derecho en serio)», *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 4, 2020, pp. 6-33.

ESEVERRI, Ernesto, *La devolución de ingresos indebidos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

FAIRGRIEVE, Duncan, «Criminal and Civil Liability», en CANE, Peter/HOFMANN, Herwig/IP, Eric/LINDSETH, Peter (eds.), *Comparative Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 811-827.

FEES, Eberhard/WHOLSCHLEGEL, Ansgar, «Liability and information transmission: The advantage of negligence-based rules», *Economic Letters*, 92, 2006, pp. 63-67.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, «Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (As. C-278/20)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 221, 2022.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?», *Revista de Administración Pública*, 205, 2018, pp. 221-237.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por actos administrativos anulados por sentencia firme», *Revista de Administración Pública*, 217, 2022, pp. 191-208.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, «Estado de Derecho y recuperación de ayudas de estado: la irrelevancia de la cosa juzgada», en PAREJO, Luciano/VIDA, José (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, vol. 1, pp. 1125-1142.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional», *Revista de Administración Pública*, 166, 2005, pp. 99-147.

GARCÍA DE LA ROSA, Carlos, «La responsabilidad patrimonial del estado legislador por declaración de inconstitucionalidad de las leyes en la ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 191, 2018, pp. 249-271.

GARCÍA MORENO, Vicente Alberto, «¿Es necesaria una acción directa de responsabilidad contra el Estado ejercitable ante un juez? Análisis de la STJUE sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», *Carta Tributaria*, 88, 2022.

GALÁN GALÁN, Alfredo, *Primacía europea y administración pública. La obligación administrativa de inaplicación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

GALÁN VIOQUE, Roberto, «La indemnización de los daños y perjuicios producidos por una ley inconstitucional: ¿Una rebelión del Tribunal Supremo frente al Tribunal Constitucional?», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 41, 2001, pp. 155-187.

GALÁN VIOQUE, Roberto, «La anulación de un plan urbanístico como fuente de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 46, 2002, pp. 191-226.

GALÁN VIOQUE, Roberto, «A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador», *Documentación Administrativa*, 2, 2015.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Legislador legislado (en parte)», *InDret*, 3/2022, pp. i-vi.

GÓMEZ POMAR, Fernando, «Daño moral», *InDret*, 1/2000.

GÓMEZ POMAR, Fernando/RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, «La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del Derecho», *InDret*, 4/2002.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael, *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ ALONSO, Alicia, «La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho Europeo o la Constitución. Un análisis comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 2016, pp. 381-429.

GRECHENIG, Kristoffel/STREMITZER, Alexander, «Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens. Rechtsvergleich, ökonomische Analyse und Implikationen für die Proportionalhaftung», *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 73, 2009, pp. 336-371.

GUICHOT REINA, Emilio, «La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad», *Revista Española de Derecho Europeo*, 60, 2016, pp. 49-101.

GUTIÉRREZ GANDARILLA GRAJALES, Adolfo, «Los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley fiscal y la responsabilidad del Estado regulador», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, 224, 2001, pp. 113-153.

IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac, «¿Es negligente el ciudadano que no cuestiona la constitucionalidad de una ley o la contravención por la misma del Derecho europeo? De nuevo sobre el principio de fiabilidad del sistema legal y el grado de pericia exigible al sufrido contribuyente», *Diario La Ley*, 10118, 2022.

IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, *El principio de responsabilidad del Estado en la Unión Europea: ¿clave de bóveda de un "sistema completo de vías de recurso"?*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, «The narrow(er) scope of equivalence (and effectiveness) in State liability actions: what if I told you that they are not real principles (Commission v Spain (C-278/20))», *EU Law Live*, 20 de julio de 2022.

IRANZO CEREZO, José Damián, «La dudosa compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad de la regulación de la responsabilidad por incumplimiento del derecho de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 205, 2020, pp. 201-226.

FRIER, Pierre Laurent/PETIT, Jacques, *Droit Administratif*, LGDJ, Paris, 2018.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro David, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea», *Revista Catalana de Dret Públic,* 63, 2021, pp. 185-197.

LITAGO LLEDÓ, Rosa, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia tributaria: razones de su crisis actual y perspectivas de futuro», *Nueva Fiscalidad*, 1/2022, pp. 91-127.

MARTÍN QUERALT, Juan, «La ejecución de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: las peticiones de devolución y las acciones de resarcimiento», *Estudios de Derecho Judicial*, 143, 2007, pp. 289-332.

MARTÍN REBOLLO, Luis, «Responsabilidad patrimonial por actos legislativos: una discutible elaboración jurisprudencial en expansión», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 556, 2002.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Yolanda, «La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho Comunitario después de la STJCE de 26 de enero de 2010», *Crónica Tributaria*, 3, 2010, pp. 45-50.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Yolanda, «Una reflexión sobre la supeditación del recurso judicial al agotamiento previo de la vía económico-administrativa», *Nueva Fiscalidad*, 2/2018, pp. 177-204.

MEDINA ALCOZ, Luis, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Cizur Menor.

MEDINA ALCOZ, Luis, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Madrid, 2018.

MEDINA ALCOZ, Luis, «El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 213, 2020, pp. 69-91.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco, «La responsabilidad patrimonial del legislador», *Revista General de Derecho Administrativo*, 7, 2004.

MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio, *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

MORENO QUIRÓS, Juan Antonio, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: análisis desde la perspectiva tributaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

MORET MILLÁS, Vicente/GATÓO JIMÉNEZ DE LA IGLESIA, Santiago, «La responsabilidad del Estado legislador: antecedentes y situación tras la reforma de 2015», *Revista de las Cortes Generales*, 100-101-102, 2017, pp. 7-46.

MUÑOZ GARCÍA, Carmen, *Responsabilidad extracontractual del Estado frente a los particulares por incumplimiento judicial del Derecho Europeo. Una tutela indirecta del consumidor frente a las cláusulas abusivas*, Dykinson, Madrid, 2020.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David, «La responsabilidad patrimonial por la nulidad de los planes urbanísticos en clave judicial», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 309, 2016, pp. 17-68.

PALMA ORTIGOSA, Adrián, «Las limitaciones al principio de reparación "in natura" por vía legal», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 182, 2017, pp. 313-320.

PÉREZ BERNABEU, Begoña, «La responsabilidad patrimonial del legislador en el ámbito tributario», *Quincena Fiscal*, 3/2016.

PLAZA, Carmen, «Member States Liability for Legislative Injustice. National Procedural Autonomy and the Principle of Equivalence. Going too far in *Transportes Urbanos*», *Review of European Administrative Law*, 3:2, 2010, pp. 27-51.

RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón, «La rectificación por el TS de su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las Leyes internas que infringen el Derecho comunitario», *Diario La Ley*, 7570, 2011.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, «"Igualar por abajo". La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, 38, 2011, pp. 141-171.

RODRÍGUEZ PONTÓN, Francesc J., «Ayudas de Estado ilegales, obligación de recuperación y reclamación patrimonial: la reaparición del caso de las vacaciones fiscales vascas», *Revista de Administración Pública*, 2008, 2019, pp. 299-324.

ROHLFING, Bernd, *Amtshaftung*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2015.

ROSENTHAL, Lawrence, «A Theory of Governmental Damages Liability: Torts, Constitutional Torts, and Takings», *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 9, 2007, pp. 797-870.

RUIZ ALMENDRAL, Violeta, «Los efectos variables de las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas tributarias y la imprevisibilidad de sus consecuencias», *Nueva Fiscalidad,* 2/2021, pp. 73-109.

RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel, «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en el Derecho español», *Diario La Ley*, 8152, 2013.

SÁNCHEZ PEDROCHE, José Andrés, «IVA, violación del derecho de la UE y responsabilidad patrimonial del estado», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, 2011, pp. 123-140.

SÁNCHEZ PEDROCHE, José Andrés, «Próxima condena del TJUE al Reino de España por irresponsabilidad de su Estado legislador (o el permanente deseo de huida del derecho)», *Revista de Contabilidad y Tributación,* 469, 2022, pp. 27-68.

SARRIÓN ESTEVE, Joaquín, «Apuntes sobre la autoridad de la *res iudicata* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 65, 2021, pp. 133-160.

SCHÄFER, Hans Bernd/MÜLLER LANGER, Frank, «Strict Liability Versus Negligence», en FAURE, Michael (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 3-45.

SEGÚ VILLUENDAS, Enrique, «Inconstitucionalidad de la Ley 5/1990. Responsabilidad del Estado Legislador», *La Ley*, 1997, t. I, pp. 2073-2078.

SESMA SÁNCHEZ, Begoña, «La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por infracción del derecho comunitario. Comentario a la STS de 17 de septiembre de 2010», *Diario La Ley*, 7553, 2011.

SHAVELL, Steven, «Strict Liability versus Negligence», *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, pp. 1-25.

SHER, Noam, «New Differences Between Negligence and Strict Liability and their Implications on Medical Malpractice Reform», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 16, 2007, pp. 335-377.

SIMÓN ACOSTA, Eugenio, «Los fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia tributaria», en *Dal Diritto Financiario al Diritto Tributario. Studi in onore di Andrea Amatucci*, Temis, Bogotá, 2011, vol. V, pp. 251-288.

VAN DEN BERGH, Roger/SCHÄFER, Hans Bernd, «State Liability for Infringement of the E.C. Treaty: Economic Arguments in Support of a Rule of "Obvious Negligence"», *European Law Review*, 23, 1998, pp. 552-567.

VAN DEN BERGH, Roger/SCHÄFER, Hans Bernd, «Member States Liability for Infringement of the Free Movement of Goods in the EC: An Economic Analysis», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 156:2, 2000, pp. 382-403.

WATTEL, Peter J., «National Procedural Autonomy and Effectiveness of EC Law: Challenge the Charge, File for Restitution, Sue for Damages?», *Legal Issues of Economic Integration*, 35(2), 2008, pp. 109-132.

InDret
4.2022

Hechos probados y reforma de la casación

El enigma de la "base fáctica" de la sentencia civil

Jesús Zarzalejos Nieto
Cunef Universidad
-

Sumario

-

La doctrina mayoritaria considera que los tribunales civiles no tienen la obligación de incluir en sus sentencias una narración de hechos probados, más allá de lo necesario para fundar la decisión sobre el caso. Sin embargo, el Tribunal Supremo inadmite innumerables recursos de casación por alteración de la base fáctica, pese a que tal base fáctica no está bien definida en la mayoría de las sentencias y esa causa de inadmisión no está expresamente prevista por la actual Ley de Enjuiciamiento Civil.

Abstract

-

Most scholars consider that civil courts do not have the obligation to include in their judgments a description of all the facts considered proven, beyond those that are necessary to base the decision of the case. However, the Supreme Court does not admit uncountable cassation appeals because they alter the factual basis of the judgments appealed, even though such factual basis is not well defined in most of these rulings and this non-admission ground is not expressly provided for in the current Spanish Civil Procedural Law.

Title: *Proven facts and the amendment of the cassation appeal. The enigma of the "factual basis" of the civil judgment*

-

Palabras clave: Hechos probados, base fáctica, reforma, recurso de casación, inadmisión

***Keywords*:** *Proven facts, factual basis, reform, cassation appeal, non-admission*

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i4.07

InDret

4.2022

Recepción
14/09/2022
-
Aceptación
14/10/2022
-

Índice

-

1. Los hechos probados, en su caso
2. Los hechos probados, forma contradictoria y carga para las partes
3. Los hechos probados, la "base fáctica" y el laberinto casacional
4. Conclusiones
5. Bibliografía

-

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

1. Los hechos probados, en su caso*

Escribir en la actualidad sobre algo que tenga que ver con los recursos extraordinarios atribuidos a la Sala Primera del Tribunal Supremo corre el riesgo de quedar anticuado a corto plazo, si se aprueba el *Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia* (en adelante, PLMEP), actualmente en período de ampliación de enmiendas al articulado, previo a su votación por el Pleno del Congreso de los Diputados, proyecto que incluye una reforma drástica del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación[1].

En síntesis, y para lo que interesa a este trabajo, el PLMEP prevé en el nuevo artículo 477 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (en adelante, LEC) reunificar en el recurso de casación las infracciones de ley y las infracciones procesales imputadas por el litigante a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en segunda instancia al resolver un recurso de apelación. El recurso habrá de presentar en todo caso *interés casacional* para que cuente con alguna posibilidad de sobrevivir al trámite de admisión. No será necesario acreditar el *interés casacional* si la sentencia de apelación se dictó en un proceso cuyo objeto era la protección de un derecho fundamental material (es decir alguno de los no previstos por el artículo 24 CE). El recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial tendrá que acreditar su *interés casacional* en los mismos supuestos que los actuales, salvo en el caso de que la norma jurídica aplicada tenga menos de cinco años de vigencia, que queda sustituido por el de la aplicación de normas «sobre las que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo» (artículo 477.3 II LEC). El PLMEP contempla también un supuesto especial de *interés casacional* del recurso cuando impugne la resolución dictada en un proceso en el que «la cuestión litigiosa sea de interés general para la interpretación uniforme de la ley estatal o autonómica» (artículo 477.4 LEC).

Sin embargo, el motivo y la finalidad de este trabajo no se ven alterados por la reforma en trámite, porque, siendo tal motivo la conflictividad del concepto *base fáctica o hechos probados* de la sentencia recurrida en casación; y siendo tal finalidad la necesidad de buscar sobre esta cuestión la coherencia interna del proceso civil declarativo, comprobamos que se mantienen en el PLMEP las causas de las disfunciones actuales que provoca en el trámite de admisión del recurso de casación el tratamiento de los *hechos probados* o la llamada *base fáctica* de la sentencia de segunda instancia.

En relación con el juicio fáctico de la instancia en el recurso de casación, el PLMEP introduce un apartado 5 en el artículo 477 LEC dirigido a legislar lo que ahora es una derivación interpretativa de la *carencia manifiesta de fundamento del recurso* (artículo 483.2 4.º LEC). En el nuevo apartado 5 del artículo 477 LEC se declarará expresamente que:

> «[l]a valoración de la prueba y la fijación de hechos no podrán ser objeto de recurso de casación, salvo error de hecho, patente e inmediatamente verificable a partir de las propias actuaciones».

---

* Autor: Jesús Zarzalejos Nieto (jesuszarzalejos@cunef.edu). Abogado. Profesor de Derecho Procesal en Cunef Universidad

[1] Como anticipaba BANACLOCHE PALAO, «[e]l cambio más importante del ALMEP" –se refiere al anteproyecto de ley- "se produce sin duda en el régimen de los recursos extraordinarios, puesto que se transforma radicalmente no solo el modelo provisional introducido por la Disposición final 16ª LEC (LA LEY 58/2000), sino el original contemplado en el texto de la LEC» (BANACLOCHE PALAO, «La reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, nº 9814, 19 de marzo de 2021).

La entrada en vigor de esta exclusión normativa de *lo fáctico* del ámbito del recurso de casación no resolverá, sin embargo, el problema actual que gira en torno a las preguntas de por qué no es exigible a las sentencias civiles un apartado preceptivo de hechos probados y de por qué, si tal apartado no es exigible, puede inadmitirse el recurso de casación por *alteración de la base fáctica de la sentencia*[2]. El PLMEP no modifica la estructura de la sentencia civil establecida por el actual artículo 209 LEC, consolidando así un tratamiento peyorativo del justiciable civil en comparación con el que reciben los justiciables de otros órdenes jurisdiccionales.

Tratamos de delimitar este problema en las próximas páginas.

Es suficientemente conocido que una de las causas más frecuentes de inadmisión del recurso de casación es la que se refiere a la *alteración de la base fáctica* de la sentencia impugnada; alteración que suele reprocharse al recurrente como un defecto de *petición de principio* o por *hacer supuesto de la cuestión* «al formular su impugnación dando por sentado aquello que falta por demostrar», como declara el ATS, Civil, de 20 de mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:11677A), aunque no siempre tales defectos se refieren a una alteración de la *base fáctica* de la sentencia, sino al discurso impugnatorio del recurrente.

Se trata de una causa de inadmisión desarrollada por la Sala Primera del Tribunal Supremo a través de sus sucesivos acuerdos gubernativos sobre criterios de admisión de los recursos extraordinarios[3]; criterios que dicho tribunal considera integrados en el sistema general de tales recursos con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional, formada, entre otras, por la STC, Sala Segunda, 10/2012, de 30 de enero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2012)[4]. Es decir,

---

[2] Tal exclusión de lo fáctico no responde a una naturaleza inmutable del recurso de casación, sino a una configuración legal reversible. La razón de esta proscripción del juicio de hecho en la casación atiende actualmente a un criterio de capacidad de absorción del trabajo jurisdiccional de la Sala Primera, que aumentaría sensiblemente si la casación fuera abierta a una revisión de la valoración de la prueba practicada por el tribunal de apelación. Ahora bien, compartimos la opinión de quienes discuten, incluso niegan, que sea posible una separación límpida de lo fáctico y lo jurídico, con la finalidad de trasladar esto último a la casación sin adherencias de hechos litigiosos. ASENCIO MELLADO no duda en afirmar que "esa distinción dogmática entre hechos y derecho es una falacia solo válida como operación de laboratorio, que tiene un origen meramente político, no técnico ni procesal" (ASENCIO MELLADO, «El recurso de casación. Una reflexión sobre sus funciones», *Revista General de Derecho Procesal* 37, 2015, p. 4). La relación entre revisión fáctica de la sentencia y modelo de recurso casación es destacada incisivamente por DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, cuando afirma: «Un sistema de admisión discrecional de asuntos efectivo e implantado con éxito permitiría prescindir de la casación. El órgano jurisdiccional no tendría por qué tener la tradicional limitación casacional de no entrar en los hechos. Podría funcionar perfectamente como una segunda o tercera instancia; con lo que podría también sentar jurisprudencia sobre criterios generales de valoración de la prueba. Es importante que un órgano judicial supremo ilustre sobre el "manejo" de aspectos fácticos y, en particular, los relativos a la fijación de hechos y dentro de ellos los probatorios» (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Ideas sobre la admisión discrecional del recurso de casación», en *Estudios sobre el recurso de Casación: fase de admisión*, HUALDE LÓPEZ (Dtor.) *et al.*, Aranzadi, 2020, p. 261).

[3] Con formulaciones distintas aparece en los acuerdos de 30 de diciembre de 2011 y 27 de enero de 2017. En el primero se decía: «14. Cuando, a criterio de la Sala Primera del TS, el contenido del recurso carezca manifiestamente de fundamento (artículo 473.2.2.º LEC). En esta causa de inadmisión se incluyen los motivos de recurso mediante los que se combate la valoración de la prueba hecha por la sentencia recurrida. La errónea valoración de la prueba no puede ser planteada en este recurso, salvo cuando, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, 10 ilógica o absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental». En el vigente acuerdo de 2017 se reformula la causa de inadmisión: «3. Causas de inadmisión del recurso de casación 3.1. La carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4º LEC). A modo de ejemplo se considerarán supuestos de carencia manifiesta de fundamento los siguientes: a) La alteración de la base fáctica de la sentencia. (…) e) La petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, esto es, formular una impugnación dando por sentado lo que falta por demostrar. (…)».

[4] En el preámbulo del Acuerdo de 2017, los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo afirman que «[h]a de tenerse en cuenta que estos criterios de admisión forman parte del sistema de recursos, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 150/2004, 114/2009 y 10/2012, entre otras)». Sin embargo, lo

la *alteración de la base fáctica de la sentencia* no es un motivo *legalmente previsto* para la inadmisión del recurso de casación, sino una manifestación, tipificada por acuerdo gubernativo, de la carencia manifiesta de fundamento, que sí es una causa de inadmisión debidamente prevista por el artículo 483.2 4.º LEC.

En la configuración histórica y jurisprudencial del recurso de casación como recurso extraordinario se ha considerado tradicionalmente que era propio de este recurso la intangibilidad de la declaración de hechos probados que se contiene (o se debería contener) en la sentencia dictada por el tribunal *a quo* al resolver, en cuanto al fondo, el recurso de apelación. Con esta proscripción del debate fáctico se evitaba, según la versión dominante, la transformación de la casación en una tercera instancia y se preservaba esa histórica y difusa función nomofiláctica del *ius constitutionis* frente a otros juicios más propios de instancias inferiores.

Actualmente, la revisión de los hechos controvertidos que la Audiencia Provincial ha tenido en cuenta para resolver el recurso de apelación solo es posible en casación si previamente ha sido estimado el recurso extraordinario por infracción procesal fundado en la vulneración del artículo 24.1 CE (artículo 469.1 4.º LEC), que se produce cuando el tribunal de la segunda instancia incurre en una valoración irracional, arbitraria o ilógica de la prueba o bien comete un error que se manifiesta de forma notoria en los medios de prueba señalados por el recurrente[5].

---

que estas sentencias realmente declaran es que las resoluciones de inadmisión de los recursos extraordinarios basadas en los criterios fijados por los mencionados acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Primera del Tribunal Supremo no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), tal y como anticipó la STC (Sala Primera) 150/2004, de 20 de septiembre (BOE núm. 255, de 22 de octubre de 2004), en su Fundamento Jurídico 3: «Planteada así la cuestión, debemos aplicar al presente caso la doctrina que ya hemos establecido en relación con el referido Acuerdo de la Junta General de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000, indicando que «Si se somete esta fundamentación de la resolución impugnada a los criterios de control que más arriba se han destacado (irrazonabilidad, arbitrariedad y error patente) se llega inevitablemente al resultado de que procede aquí acordar la inadmisión del recurso de amparo. (...) Por discutible que pueda considerarse la argumentación que ha conducido a la inadmisión del recurso de casación, la densidad del control que puede ejercerse sobre las decisiones judiciales de inadmisión de recursos por la vía del amparo constitucional en el que se invoque el art. 24.1 CE no habilita a este Tribunal a revisar resoluciones como la aquí impugnada» (AATC 191/2004, de 26 de mayo y 201/2004, de 27 de mayo). Criterio que debe mantenerse en la presente resolución.» Por tanto, habría que matizar que la jurisprudencia constitucional no avala una alteración del sistema de fuentes de los recursos extraordinarios, para incluir los acuerdos gubernativos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, sino que admite la compatibilidad entre los criterios de admisión fijados por tales acuerdos y el derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que su aplicación no sea irracional, arbitraria o patentemente errónea.

[5] ATS, Civil, de 15 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:9572A), FD CUARTO: «Según tenemos reiterado, únicamente el error patente puede alegarse como motivo del recurso, con los siguientes requisitos: debe tratarse de un error fáctico, patente, evidente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible; no se pueden acumular en un mismo motivo errores patentes relativos a diferentes pruebas; y es incompatible la alegación del error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba. La STS 144/2020, Civil, de 2 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:707), establece que: "[...] El control de la valoración probatoria por parte de este tribunal es excepcional, dado que la casación no conforma una tercera instancia revisora de tan esencial manifestación de la función jurisdiccional. No obstante, exigencias constitucionales admiten un conocimiento corrector únicamente en caso de errores patentes, que sean de tal magnitud que impliquen la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, que se generarían en supuestos en que la valoración probatoria se demuestre ilógica, irracional, arbitraria o vulneradora de normas legales (SSTS 772/2008, de 21 de julio; 370/2016, de 3 de junio; 127/2017, de 24 de febrero; 471/2018, de 19 de julio, 604/2019, de 12 de noviembre, 655/2019, de 11 de diciembre y 31/2020, de 21 de enero), hablándose, en tales casos, de la infracción del canon de la racionalidad. Las SSTS 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 208/2019, de 5 de abril, 604/2019, 12 de noviembre y 31/2020, de 21 de enero, entre otras muchas, tras reiterar la excepcionalidad del control de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de segunda instancia, precisan que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurran, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la

Sin embargo, como bien ha explicado GONZÁLEZ GARCÍA, la vigente Disposición final 16ª LEC distorsiona la secuencia lógica que debería producirse resolviendo en primer término el juicio de admisión del recurso extraordinario por infracción procesal y, a continuación, el del recurso de casación[6]. Decimos que se distorsiona porque cuando el recurso de casación invoca el interés casacional de la sentencia de la Audiencia Provincial (aquella que no resuelve un caso de derechos fundamentales materiales y tampoco una reclamación superior a 600.000€) y ha sido interpuesto juntamente con el de infracción procesal, la Disposición final 16ª LEC obliga a resolver en primer lugar si el recurso de casación es admisible, y puede suceder que no lo sea porque la Sala entienda que no respeta la base fáctica de la sentencia, sin reparar en que, precisamente, esa base fáctica ha podido ser denunciada por medio del recurso extraordinario de infracción procesal, el cual será inadmitido de plano por el efecto de arrastre de la inadmisión de la casación. Se inadmite así el recurso de casación por una causa que podría haber quedado sin efecto, con escrupuloso respeto a la LEC, si se resolviera la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal antes que la del de casación.

Queremos exponer las razones por las que afirmamos que este esquema sobre los límites de la casación, aplicados al juicio sobre el hecho que se proyecta en la sentencia de apelación, no cuenta con los valores suficientes de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española, en adelante CE) y de legalidad procesal (artículo 1 LEC), lo que hace que se mueva en el terreno de la ambigüedad y la aleatoriedad para los justiciables y también para la propia Sala Primera del Tribunal Supremo[7]. Sin embargo, llama la atención que en su intensa actividad de proposición de reformas de los recursos extraordinarios, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Primera no haya planteado una modificación del artículo 209 LEC para asimilarlo a sus correlativos de las leyes de enjuiciamiento criminal y laboral, a los que ahora nos referiremos.

La razón de que estos principios de legalidad procesal y seguridad jurídica sufran tanto y tan innecesariamente en su tránsito por los recursos extraordinarios es que el respeto que exige la jurisprudencia a la *base fáctica* de la sentencia de apelación carece de la condición previa de un mandato legal que obligue a los tribunales a incluir un apartado de hechos probados en su sentencia, cualquiera que sea la instancia en la que esta sea dictada. No afirmamos que dicho mandato legal no exista, sino que la jurisprudencia dominante declara que no existe.

---

decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales [...]».

[6] GONZÁLEZ GARCÍA califica como «curiosa aporía» la prelación que se produce cuando se invoca interés casacional por la que el juicio de admisión del recurso de casación se resuelve antes que la del recurso extraordinario por infracción procesal; esta prelación conduce a la paradoja de inadmitir la casación porque el recurrente lo fundamenta en una alteración de la base fáctica que ese mismo recurrente discute, porque así lo exige la LEC, en el recurso extraordinario por infracción procesal (GONZÁLEZ GARCÍA, «Recurso extraordinario por infracción procesal, recurso de casación civil y control del juicio probatorio por el Tribunal Supremo: estudio de un supuesto paradójico», *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra*, con ASENCIO MELLADO (Dtor.) y ROSSELL CORBELLE (Coord.), Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2020, pp. 887-906).

[7] A este respecto, BLANCO SARALEGUI afirma: «La principal dificultad con la que el Tribunal Supremo se encuentra es que muchas veces las sentencias recurridas no son lo suficientemente claras en cuanto a qué hechos son los declarados probados, de los que las partes no pueden apartarse. Hay que recordar que el artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la relación de hechos probados de las sentencias procederá "en su caso", lo que debe interpretarse como una ausencia de obligación de que las sentencias contengan un apartado específico que contenga tales hechos. Esto diferencia a las sentencias dictadas en la jurisdicción civil de las dictadas por otras jurisdicciones –muy singularmente las sentencias penales y las dictadas por la jurisdicción social- y dificulta la labor de la Sala Primera, que tiene que extraer dichos hechos por inducción. En ocasiones, tal inducción es sencilla. En otras, ni mucho menos» (BLANCO SARALEGUI, «Técnica casacional y admisión de los recursos», en *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, ob. cit., pp. 193-194).

A diferencia de lo que sucede en el proceso penal y en el proceso laboral, y según la doctrina judicial a la que antes aludíamos, la sentencia del proceso civil no comprende de forma imperativa un apartado específico de hechos probados. El artículo 248.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), considerado como norma matriz sobre la cuestión, dispone lo siguiente:

> «3. Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Serán firmadas por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten».

La coletilla *«en su caso»* pertenece, a nuestro juicio, a esa categoría de incisos que el legislador incluye en la ley *por lo que pueda pasar*, pero constituye un auténtico aviso de que la norma encierra problemas interpretativos, en lo conceptual y en lo práctico, por no haber quedado suficientemente delimitada.

En el tema que nos ocupa, la expresión *«en su caso»* del artículo 248.3 LOPJ, también contenida en el artículo 209.2.ª LEC[8]) ha sido interpretada de diversas maneras. En primer lugar, se ha considerado que el legislador admite la posibilidad de que la sentencia puede no contener hechos *probados*, lo que sucederá cuando sea dictada en alguno de los supuestos de terminación *anormal* del proceso, como son la conformidad penal[9] o la renuncia y el allanamiento civiles, que dan lugar respectivamente a una sentencia absolutoria (artículo 20.1 LEC) o a una sentencia condenatoria (artículo 21.1 LEC)[10]. También podríamos incluir el caso de la admisión de hechos por ambas partes (artículo 281.3 LEC), que, si deja reducido el litigio a una mera cuestión jurídica, permite al tribunal dictar *sentencia inmediata* (artículo 428.3 LEC).

Sin embargo, esta opción interpretativa requiere serias advertencias aplicadas al proceso civil dispositivo, porque una cosa es que el tribunal se vea liberado de valorar los medios de prueba por efecto de las actuaciones vinculantes de las partes sobre los hechos o sobre la pretensión, y otra distinta es que la sentencia omita la fijación de los hechos que han sido *determinados* como identificadores del objeto del conflicto. En efecto, los actos dispositivos que el demandante o el demandado puedan llevar a cabo sobre el objeto del proceso civil declarativo, hacen innecesarios un juicio jurisdiccional –esto es, una valoración discrecional y motivada- sobre la prueba, porque los hechos controvertidos han quedado acreditados por otras vías[11].

---

[8] Sobre la exégesis del artículo 209.2ª LEC y de la expresión «en su caso», es consulta obligada el trabajo de DE MIRANDA VÁZQUEZ, «A vueltas con el relato de hechos probados en la sentencia civil», *Justicia. Revista de Derecho procesal*, 2015 (1) pp. 213-263. También, MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, *El recurso de casación civil. Casación e infracción procesal,* Tirant lo Blanch, 2018, 3ª edición, pp. 191-197.

[9] Objeto, también, de una amplia modificación en el PLMEP.

[10] No incluimos la transacción, porque es un acuerdo que no resuelve el conflicto, sino que lo deja sin efecto en virtud de un acuerdo dispositivo que se refleja, si las partes desean su homologación, en un auto con fuerza ejecutiva (artículos 19.2 y 517.2 3.º LEC).

[11] Decía GÓMEZ ORBANEJA que «se requiere que los hechos alegados por las partes como fundamento o causa de los que pidan, hayan quedado probados, gracias a la actividad probatoria, o que deban ser fijados sin ello en la sentencia como dados, por no necesitar prueba (gracias a su admisión por el contrario o mediante el favor de una presunción legal» (GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal, Vol. I Derecho procesal civil*, Madrid, 1946, p. 278). Por su parte, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI considera, precisamente, que los casos de allanamiento y renuncia en el proceso civil son los que permitirían dictar una sentencia sin hechos probados, tesis que no compartimos si de ella se deduce que tampoco hay que consignar los hechos sobre los que recae el allanamiento y la renuncia, acreditados por actos propios de conformidad y que deberían manifestarse en la sentencia por las exigencias de la cosa juzgada material. Para este autor, sin embargo, ambos supuestos acotan y dan coherencia a la expresión «en su caso» y hacen injustificable la generalización de la dispensa de hechos probados en toda sentencia civil y añade: «Si se admitiese que en el ámbito civil también las sentencias deben contener hechos probados, la consecuencia esencial sería el incremento de las garantías que ofrece la resolución del litigio» (RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, «Sobre

Apuntalamos en este momento del trabajo la idea de que la *base fáctica* de la sentencia civil puede estar integrada por hechos que han podido ser acreditados por vías distintas de la probatoria, como son la admisión (artículo 281.3 LEC), la notoriedad (artículo 281.4 LEC) y las presunciones (artículos 385 y 386 LEC). Puede no haber hechos *probados* en un litigio, pero siempre habrá hechos *acreditados*.

Por tanto, y a nuestro entender, aun cuando el proceso civil termine de forma *anormal* por renuncia del actor o allanamiento del demandado; o las partes hayan mostrado su plena conformidad sobre todos los hechos litigiosos, pero no sobre su calificación y consecuencias jurídicas, la sentencia habrá de contener una identificación de los hechos que fueron objeto de admisión por el demandado para su allanamiento, o fueron declinados por el actor en su renuncia, o fueron sometidos a conformidad por ambas partes, a fin de dar a la cosa juzgada de la resolución su plena eficacia material, positiva y negativa (apartados 1 y 4 del artículo 222 LEC), por citar un ejemplo en el que la dispensa del juicio sobre la prueba no justificaría la omisión de los hechos que identifican el objeto litigioso afectado por los actos dispositivos de las partes.

La segunda opción interpretativa, y mayoritaria, es la que considera que la expresión «en su caso» del artículo 248.3 LOPJ se remite a lo que dispongan las legislaciones procesales correspondientes a cada orden jurisdiccional, de manera que lo relevante no será tanto si es o no necesario un juicio sobre la prueba en el caso concreto, sino la existencia de una norma que dirija un mandato legal al tribunal competente para configurar una narración de hechos probados, autónoma de cualquier otro contenido de la sentencia que ponga fin al pleito. Sin embargo, en el proceso civil, el artículo 209 LEC, en su regla 2.ª, da continuidad a la indefinición de la LOPJ con esta disposición:

> «2.ª En los antecedentes de hecho se consignarán, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso»

Pues bien, este artículo 209.2.ª LEC, ante la ausencia de un mandato imperativo, ha sido interpretado como una dispensa a los tribunales civiles de la obligación de exponer ordenada y separadamente aquellos hechos que hubieran quedado acreditados por efecto de la admisión, la notoriedad, la prueba o las presunciones. Incluso se ha visto en la indefinición de tal precepto una autorización al tribunal para incluir el juicio fáctico en los fundamentos de Derecho de la sentencia, en los que «se expresarán, en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso» (artículo 209.3.ª LEC).

La práctica forense muestra que cuando los tribunales se acogen a esta segunda opción –la de incluir los hechos probados de los fundamentos de Derecho-, los juicios estrictamente probatorios no siempre aparecen definidos con autonomía frente a los juicios jurídicos. Normalmente sucede todo lo contario, porque se sobreentienden entreverados con valoraciones jurídicas, pero carentes de un juicio *ad hoc* del material probatorio. Como indica

---

la resistencia a incluir hechos probados en la sentencia civil», *Repertorio de jurisprudencia 20/2005,* Aranzadi, BIB 2005\2049). En sentido similar, DE MIRANDA VÁZQUEZ admite que la expresión «en su caso» solo puede estar referida a los supuestos en los que «en la *litis* se haya ventilado alguna mínima controversia fáctica y, por consiguiente, se haya producido actividad probatoria» (DE MIRANDA VÁZQUEZ, «A vueltas con el relato de hechos probados en la sentencia civil», op. cit., p. 221; también se refiere al mismo planteamiento en pp. 245-252 y 263).

VALLINES GARCÍA, a la vista de la práctica judicial,«[n]o hay, pues, en estas sentencias civiles ningún apartado adicional donde conste una relación de "hechos probados", de manera que el juicio fáctico hay que buscarlo dentro de los distintos "fundamentos de Derecho", donde a menudo aparecen de forma dispersa y desordenada»[12]. Comparte la misma queja DE MIRANDA VÁZQUEZ cuando afirma que «[l]as sentencias civiles que contienen un relato de hechos probados en los antecedentes de hecho son extraordinariamente infrecuentes»[13].

La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo confirma la tesis de que no existe un mandato legal que obligue a los órganos de la jurisdicción civil a incluir en los antecedentes de hecho de sus sentencias una narración autónoma de hechos probados. Partiendo de la premisa de que «[u]na sentencia no tiene porqué fijar todos los hechos controvertidos sino únicamente los ineludibles para resolver los temas objeto de debate (...)» (STS 705/2010, Civil, de 12 de noviembre, ECLI:ES:TS:2010:5872), la jurisprudencia no contribuye a rectificar los efectos adversos de la normativa vigente sobre la estructura interna de la sentencia civil y la confusión que tal normativa genera sobre la presencia de los hechos probados en la resolución definitiva.

Es un buen exponente de esta doctrina la STS 863/2010, Civil, de 27 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:7206), que resume pronunciamientos anteriores y los concreta en tres directrices (FD TERCERO): 1ª) el artículo 209 2.ª LEC no impone en las sentencias civiles la obligación de un relato de hechos probados; 2ª) la concreción de tal categoría de hechos es difícil en la jurisdicción civil, no como en otras jurisdicciones; 3ª) si se redactara una narración de hechos probados, habría de ser incluido en los antecedentes de hecho de la sentencia, como se desprende de la expresión *«en su caso»*, utilizada tanto por el artículo 248.3 LOPJ, como por el artículo 209 3.ª LEC.

La propuesta definitiva que hace la ya citada STS 863/2010, Civil, de 27 de diciembre, (ECLI:ES:TS:2010:7206), transcribiendo a tal efecto la STS 187/2010, Civil, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:1185), consiste en integrar la determinación de los hechos fundantes del fallo en la motivación de la sentencia, con identificación de los hechos que el juez considera probados y con expresión de la valoración de la prueba, pero añade que tal cosa habrá de hacerse

> «desde la perspectiva jurisprudencial de que la sentencia constituye un todo unitario e interrelacionado en cuanto a sus elementos de hecho, de derecho o normativos, sus conclusiones previas y pre-determinantes y el fallo o consecuencia de estas (...)».

Tenemos la impresión de que esta doctrina primero reconoce la necesidad de una identificación de hechos probados con su correlativa valoración probatoria, pero luego la difumina en lo que parece ser una peculiar naturaleza compuesta de la sentencia civil, cuya motivación es una mixtura de elementos fácticos, jurídicos y valorativos difícilmente disociables. A nuestro juicio, esta propuesta no es satisfactoria para el derecho de los justiciables de acceso al recurso extraordinario de casación, el cual se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), pero tampoco para la funcionalidad del recurso de casación en la arquitectura jurisdiccional del Estado.

Conviene detenerse en el argumento que apunta la ya mencionada STS 863/2010, de 27 de diciembre, que desarrolla argumentos de la previa STS 1053/2008, Civil, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:6269), sobre la peculiaridad de la litigiosidad civil y su inadecuación para exigir de las sentencias civiles un apartado de hechos probados (FD SEGUNDO):

---

[12] VALLINES GARCÍA, *El juicio ordinario en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *COLECCIÓN 20 años LEC 2000*, BANACLOCHE PALAO (Coord.), Wolters Kluwer, 2019, p. 360.

[13] DE MIRANDA VÁZQUEZ, «A vueltas con el relato de hechos probados en la sentencia civil», op. cit., p. 218.

> «Según criterio de esta Sala, la exigencia de la constancia de hechos probados no tiene por qué reproducir el esquema de otros órdenes jurisdiccionales, pues son diferentes las singularidades de las materias tratadas en cada uno de ellos; así, el principio del "hecho propio" del Derecho Penal, o el limitado espacio de la relación laboral propia de esta jurisdicción, se adecuan perfectamente a la cuestión que nos ocupa, dada la concreción que permiten, pero no así a la diversidad de materias y su complejidad habitual en el proceso civil (...)».

Echamos de menos en esta doctrina una justificación convincente sobre la existencia de esa superior complejidad del ilícito civil frente al penal o el laboral, más aún si con ella se pretende justificar la omisión en la sentencia civil de una narración autónoma de hechos probados o acreditados. Más adelante nos detendremos en analizar cómo la LEC no es igual de generosa con los litigantes para aliviar su carga procesal de determinar los hechos controvertidos y acreditados.

No faltan pronunciamientos judiciales civiles que han encontrado argumentos para la voluntariedad del apartado de hechos probados en el artículo 142 2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[14] y en el artículo 97.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social[15], que sí prevén para la respectiva sentencia una declaración expresa de hechos probados, como, por ejemplo, la SAP Madrid, Sección 13, de 10 de junio de 2021 (ECLI:ES:APM.2021:6818)[16].

Resulta notoria la disparidad textual entre tales preceptos y el artículo 209 LEC, al que le falta precisión, pero nos parece que sobre estas evidentes disimilitudes y carencias se asienta en la jurisprudencia civil una interpretación excesivamente evasiva del deber del tribunal

---

[14] Artículo 142. Las sentencias se redactarán con sujeción a las reglas siguientes. 1.ª (...). 2.ª Se consignarán en Resultandos numerados los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados.

[15] Artículo 97. Forma de la sentencia. 1. (...). 2. La sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión, en particular cuando no recoja entre los mismos las afirmaciones de hechos consignados en documento público aportado al proceso respaldados por presunción legal de certeza. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo.

[16] Dice así la SAP Madrid, en su FD OCTAVO: «Es decir, al recoger la expresión "en su caso", el precepto de la Ley Orgánica era interpretado en el sentido de que establecía una remisión a las leyes procesales de que se tratase de manera que si la ley procesal requiriese la declaración de hechos probados, como ocurre en el proceso penal (artículo 142-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o en el laboral (artículo 97-2 del Texto Refundido de la Ley Orgánica del Proceso Laboral) dicho elemento de la sentencia era exigible y, por tanto, su omisión podía tener consecuencias jurídicas. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no exigía que la sentencia contuviese una relación de hechos probados, por lo que el Tribunal Supremo había venido entendiendo que el artículo 248-3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no era aplicable al proceso civil (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996). Estas exigencias legales han sido interpretadas por el Tribunal Supremo en el sentido de que deben constarlos antecedentes de hecho necesarios, atendiendo a cada caso concreto, sin que sea preciso consignar todas y cada una de las incidencias habidas y resueltas en el proceso, pues tanto éstas, como las diversas alegaciones de las partes, consten o no detalladamente en la sentencia, pueden ser tenidas en cuenta en la apelación sin que se requiera su relato y constatación en la sentencia (STS 14-marzo-1995, 25-mayo-1996). Esto es, en el orden jurisdiccional civil no es necesario que la sentencia contenga un detallado relato de hechos probados, pero la motivación ha de incluir los hechos que le sirven de fundamento y el tribunal estima probados, con expresión, siquiera sucinta, de la valoración de la prueba, desde la perspectiva jurisprudencial de que la sentencia judicial constituye un todo unitario e interrelacionado en cuanto a sus elementos de hecho, de derecho o normativos, sus conclusiones previas y predeterminantes y el fallo o consecuencia de éstas (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fechas de 16 de noviembre de 2009 y de 18 de junio de 2010), previsión que se cumple en el supuesto enjuiciado, con independencia de la conformidad o no que la recurrente muestre con el razonamiento contenido en la resolución impugnada».

competente de concretar los hechos que hayan sido determinados en el proceso[17]. No hay razón por la que el justiciable civil no pueda aspirar a que la sentencia que resuelva su conflicto contenga una clara y precisa identificación de aquellos hechos controvertidos cuya existencia o inexistencia ha quedado determinada por los cauces previstos por la LEC. Por encima del acierto literario del legislador en el artículo 209 LEC, se alza el derecho del justiciable a una tutela judicial que, en una sentencia mutilada, no es efectiva.

Tampoco se trata de cargar sobre el juzgador una milimétrica transposición a la sentencia de todos y cada uno de los hechos controvertidos y de todas y de cada una de las pruebas practicadas[18], sino de ofrecer a los justiciables y a los tribunales funcionalmente superiores una versión fáctica correctamente delimitada y con una suficiente correlación de los hechos con las vías de determinación empleadas en el proceso. Y si en atención a estos dos fines es preciso un esfuerzo superior de construcción sistemática de la sentencia para que aparezcan nítidamente los hechos probados, asúmase, pero la opción alternativa no puede ser el sacrificio del derecho del justiciable a conocer con precisión qué versión fáctica, de las enfrentadas en el litigio, es la que prevalece para el juzgador.

La consecuencia práctica de esta visión laxa del *hecho probado civil* es que, salvo iniciativa voluntaria del tribunal juzgador, se dictan demasiadas sentencias civiles que no ofrecen a los litigantes una narración histórica del conflicto compuesta por hechos acreditados, bien identificados y acotados, con separación clara de sus valoraciones jurídicas. En su lugar, suele manifestarse en los fundamentos de Derecho (no en los antecedentes de hecho) una combinación -a veces, más bien una confusión- de motivaciones jurídicas con una base fáctica, que habitualmente carece de la valoración del medio de prueba (o de la vía de determinación del hecho) en el que se asienta o debería asentarse. Es decir, es muy frecuente hallarse ante sentencias que fundamentan su fallo en hechos meramente *afirmados*, como si su sola mención en la sentencia fuera condición necesaria y suficiente para crear la *base fáctica* a la que nos referimos en este trabajo.

En estos casos, el litigante se ve obligado a una difícil labor de disección entre hechos y valoraciones jurídicas, sin garantía ninguna de que, al final, lo que considere como un juicio fáctico no sea tachado por la Sala Primera como una valoración jurídica y viceversa, con el desenlace de la puntual inadmisión del recurso de casación.

Teniendo en cuenta que la perspectiva de nuestro análisis es la del justiciable que recurre ante la Sala Primera del Tribunal Supremo una sentencia de la Audiencia Provincial, dictada para resolver un recurso de apelación, debemos incidir en la experiencia que demuestra que en tales

---

[17] En este sentido crítico, VALLINES GARCÍA afirma que «[a]un reconociendo la falta de claridad del legislador, entiendo que ninguna de estas circunstancias autoriza a seguir prescindiendo de la exigencia de que la parte de "antecedentes de hecho" de las sentencias civiles finalice con un apartado dedicado a los "hechos probados" (…)», ob. cit, p. 361.

[18] Dice DE LA OLIVA SANTOS que «[n]o parece racionalmente exigible que toda sentencia dé cuenta detalladamente del porqué de cada *declaración de certeza positiva* de un hecho (eso es la declaración de «hecho probado») (y, en su caso, raro pero posible, de las *declaraciones de certeza negativa*: certeza de la inexistencia del hecho). Aún menos razonable parece exigir una explicación de las causas y motivos por los que unos hechos han de considerarse *dudosos* («no probados») pese al esfuerzo probatorio que se haya podido desplegar. No es razonable imponer a los órganos jurisdiccionales que expresen en sus sentencias lo que pertenece a los internos procesos psicológicos de convicción, muchas veces parcialmente objetivables, sí, pero también parcialmente pertenecientes al ámbito de lo inefable. Además, sería esa una imposición desconocedora de su ordinaria carga de trabajo (no hace falta pensar en sobrecargas): unos esfuerzos expresivos máximos, en cada sentencia, dificultarían o impedirían, por otra parte, impartir justicia a todos de manera satisfactoria» (DE LA OLIVA SANTOS, «Terminación normal del proceso: la sentencia», *Curso de Derecho Procesal Civil II Parte especial*, con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y VEGAS TORRES, Editorial Universitaria Ramón Areces, Tercera edición, 2016, pp. 251-252).

resoluciones de segunda instancia se hace aún más notoria y perjudicial la ausencia de una determinación precisa de hechos *probados* o de una *base fáctica* bien delimitada. Si la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación, omitirá cualquier referencia a los hechos que se contengan en la sentencia de primera instancia, al darlos por reproducidos, y se limitará a una motivación jurídica de la desestimación de la apelación. En este caso, la única *base fáctica* generada, con todas sus virtudes y todos sus defectos, será la de primera instancia, aunque el objeto del recurso de casación solo puede ser la sentencia de segunda instancia y es conocido el riesgo que corre todo recurrente que invoca la sentencia de primera instancia en sus recursos extraordinarios.

Cuando la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación se desentiende de los fundamentos de la sentencia de primera instancia, lo que suele anunciarse con la frase liminar: «No se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida en lo que se opongan a los siguientes»; y, en tal caso, el tribunal proyecta un juicio jurídico de revocación que no suele comprender, en esa motivación *unitaria* de la que habla la jurisprudencia, una valoración diferenciada de los medios de prueba con sus consecuencias acreditativas sobre los hechos controvertidos. Es decir, en estas sentencias revocatorias solemos hallar una fundamentación híbrida jurídico-fáctica cuya separación exige el pulso propio de un neurocirujano, y sin garantía de éxito.

2. Los hechos probados, forma contradictoria y carga para las partes

Esta ausencia de un apartado específico sobre hechos probados (o acreditados) en la sentencia no se corresponde con la forma contradictoria que da su estructura básica al proceso civil declarativo[19]. Lo que parece ser una exigencia injustificada para el tribunal -a la vista, para unos, de la complejidad del objeto litigioso civil, y de la ausencia de un mandato legal expreso, para la mayoría- se convierte sin esfuerzo interpretativo alguno en una carga de estricta observancia para el justiciable, con consecuencias fatales para su posición procesal en caso de incumplimiento.

Veamos a qué nos referimos.

La insistencia de la LEC en responsabilizar a las partes con la más precisa determinación de los hechos que identifican su conflicto, a partir del principio de justicia rogada definido por el artículo 216 LEC, se manifiesta en las diversas fases del proceso declarativo. En la demanda ordinaria, «[l]os hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar» (artículo 399.3 LEC). Esta carga pesa de igual manera sobre el demandado cuando formula reconvención, la cual «se acomodará a lo que para la demanda se establece en el artículo 399» (artículo 406.2 LEC). La omisión de esta exposición «ordenada y clara» de los hechos constitutivos puede dar lugar a una excepción de demanda defectuosa, conforme al artículo 424 LEC, por indeterminación fáctica de la pretensión deducida.

Además, el demandado puede incurrir en una *ficta confessio* si calla o responde con evasivas a aquellos hechos de la demanda que sean personales y le resulten enteramente perjudiciales,

[19] Sobre esta cuestión, en general, DE MIRANDA VÁZQUEZ, *Hechos y prueba: la delimitación de la controversia en el proceso civil*, Wolters Kluwer, 2022.

conforme al artículo 405.2 LEC[20], lo que da buena medida de la importancia que concede la LEC a la determinación de los hechos controvertidos antes incluso de la proposición de prueba que tiene lugar en la audiencia previa o en la vista oral del juicio verbal.

En la audiencia previa del juicio ordinario, las partes habrán de manifestarse sobre su conformidad o disconformidad con los hechos litigiosos (artículo 428.1 LEC) para concretar cuáles son aquellos que realmente quedan sometidos a controversia, porque los que resulten admitidos por las partes serán excluidos del debate contradictorio y probatorio (artículo 281.3 LEC). Tan alta es la relevancia de acotar el litigio a los hechos verdaderamente controvertidos que la imprecisión de las aclaraciones dadas por las partes al juez, a petición de este, también puede dar lugar una conformidad tácita con los hechos y argumentos del contrario (artículo 426.6 LEC).

Finalmente, una vez que la prueba previamente admitida ha sido practicada en el juicio oral, «las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo de forma ordenada, clara y concisa, si, a su juicio, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos y, en caso, probados o inciertos» (artículo 433.1 II LEC). Y todo cuanto hemos dicho está referido exclusivamente a la primera instancia.

Para la segunda instancia, el recurrente en apelación –y el apelado que impugna- no podrán introducir documentos o hechos que no sean estrictamente nuevos o de nueva noticia (artículo 460 LEC), es decir, se resolverá la apelación con los hechos oportunamente introducidos en el debate contradictorio y con los medios de prueba admitidos y, en su caso, practicados (artículo 456.1 LEC)

Pues bien, las cargas que se imponen a las partes litigantes para la concreción de los hechos litigiosos, para su reducción a hechos controvertidos y para su acreditación tras la celebración del juicio oral (si este juicio no ha sido omitido en los casos de sentencia inmediata previstos por los artículos 428.3 y 429.8 LEC), no se reflejan en un correlativo deber del tribunal de responder en sentencia con una narración de hechos probados que acaben subsumidos en la norma jurídica, con la consecuencia jurídica que se corresponda de tal subsunción. A pesar de que la jurisprudencia invoque el principio del «hecho propio», insistimos en que no vemos razón para excluir de la sentencia civil –y sí muchas para incluir en ella- un cierto silogismo judicial, a cuya identificación aspira todo abogado y todo justiciable, como condición –necesaria, pero quizá no suficiente- de claridad cognitiva, de calidad motivacional y de transparencia decisoria[21]. Que el ilícito civil tenga una amplia pluralidad de manifestaciones o no disponga de una sistemática descriptiva tan precisa como el penal no significa que sus elementos silogísticos -premisa menor, premisa mayor y consecuencia- no sean identificables en cada caso, con mayor o menor esfuerzo. De hecho, la exposición y defensa de tales elementos silogísticos sí son exigidos a las partes litigantes –hechos, calificación jurídica y tutela judicial que solicitan al tribunal- como contenidos esenciales de sus intervenciones contradictorias en todas las fases del proceso y, precisamente, para facilitar al tribunal competente su decisión motivada sobre el caso.

[20] STS 559/2021, Civil, de 22 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3149)

[21] Sobre las críticas a la doctrina del silogismo judicial y su insuficiencia para explicar el razonamiento judicial en su conjunto, TARUFFO, *La motivación de la sentencia civil*, Ed. Trotta, 2011, pp. 151-168.

3. Los hechos probados, la "base fáctica" y el laberinto casacional

Abordando el problema desde la perspectiva casacional, reiteramos que la experiencia demuestra que las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales diluyen aún más, si cabe, la identificación de hechos probados, tanto si la sentencia es estimatoria, como si es desestimatoria del recurso de apelación.

Este problema alcanza su máxima lesividad cuando el abogado del litigante perjudicado por la sentencia de apelación se enfrenta al laberinto de los requisitos de admisión del recurso de casación, porque a partir de ese momento comienza una tarea en la que se combina la técnica jurídica con el acierto literario, y el interés casacional se transforma en auténtica *ansiedad casacional*[22]. En 1964, PRIETO-CASTRO recuperó una crítica suya a la casación española perfectamente aplicable a la situación actual:

> «1. No conocemos ningún sistema jurídico que, en arrastre de normas hasta perfilar el instituto de la casación de manera que pueda ser usado por los justiciables, ofrezca mayores dificultades como el español en orden al acierto en el cumplimiento de unos requisitos formales que, de no observarse, traen como consecuencia la pérdida del recurso. Quien no esté muy versado en los secretos que la ley y la técnica jurisprudencial obligan a conocer siempre que se trata de usar alguna modalidad del recurso supremo y de elegir la causa concreta, el motivo específico y el concepto idóneo, razonablemente queda siempre temeroso de haber errado y aguarda con inquietud el trámite de admisión, cuando existe, o el fallo, en el que la causa de inadmisibilidad puede aparecer»[23].

Como decíamos al principio de este trabajo, la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, en aras de su función nomofiláctica o protectora del *ius constitutionis*, no facilita la impugnación de los hechos en los que se asienta la sentencia de segunda instancia, porque su designio es interpretar cómo el tribunal *a quo* ha aplicado la norma jurídica sustantiva a la resolución del caso. Por eso está proscrita la revisión de la valoración probatoria, salvo que, conforme al régimen actual de los recursos extraordinarios, se haya interpuesto de forma simultánea contra la misma sentencia el preceptivo recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1 4º LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que esa valoración de la prueba se manifieste como un juicio irracional, ilógico o arbitrario o se sustente en un error notorio visible a simple vista del material probatorio[24].

---

[22] No extrañan, por tanto, títulos tan expresivos como el de la obra de SÁNCHEZ MARTÍN y VÁZQUEZ GARCÍA, *Recurso de casación civil. Cómo superar la fase de admisión*, Editorial Ley 57, 2018. En efecto, los abogados que asumen la responsabilidad de interponer un recurso extraordinario ante la Sala Primera del Tribunal Supremo depositan en el auto de admisión a trámite la máximo expresión de éxito profesional.

[23] PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, «Las dificultades de la casación», en *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 384 (artículo previamente publicado en *Revista de Derecho Procesal,* 2º época*,* 1957). No es un consuelo para el litigante español, pero al menos sabemos que podemos compartir esta situación con los justiciables de otros países, según la describe para Estados Unidos el catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Duke THOMAS B. METZLOFF, quien recuerda un dicho forense de su país en el que nos reconocemos: "es más fácil ganar tu caso en el Tribunal Supremo que conseguir que este lo admita en primer lugar" (METZLOFF, «Decidiendo a decidir: El "poder de *certiorari*" del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, ob. cit., p. 362.

[24] CORDÓN MORENO recuerda que «existen casos en la jurisprudencia en los que no opera, o resulta matizada, esta regla general y, en consecuencia, es posible plantear (por las partes) y revisar (por el tribunal) en el recurso extraordinario (por infracción procesal) el juicio de hecho», refiriéndose a los casos en que el proceso versa sobre la tutela civil de derechos fundamentales materiales, a la doctrina de *integración del factum*, al control judicial del respeto a los hechos admitidos *ex* artículo 281.3 LEC y a la prueba del derecho extranjero (CORDÓN MORENO, «Ámbito del enjuiciamiento por el Tribunal Supremo en los recursos extraordinarios», en *Estudios sobre el*

No obstante, hemos dicho anteriormente que tampoco esta simultaneidad de recursos será suficiente para desarmar el blindaje fáctico de la sentencia recurrida si, en los casos de interés casacional del artículo 477.2 3.º LEC, la Sala Primera inadmite en primer término el recurso de casación por alteración de su base fáctica, sin dar opción precisamente a revisarla conforme al recurso extraordinario por infracción procesal.

A nuestro juicio, cuando la Disposición final 16ª LEC obligue a interponer ambos recursos extraordinarios por invocación del interés casacional, la Sala Primera habría de reservar el juicio sobre la base fáctica de la sentencia al trámite de admisión del recurso extraordinario por infracción procesal, de tal manera que si este es admitido, quede a continuación expedito el juicio casacional sobre el fondo del asunto, con la corrección que proceda sobre la prueba y la fijación de hechos.

Podríamos compartir, más o menos pacíficamente, la construcción dogmática realizada por la doctrina del Tribunal Supremo sobre la inadmisión del recurso de casación por *alteración de la base fáctica* si: 1º) toda sentencia civil incluyera, como condición de validez, un apartado de hechos probados o acreditados; y 2º) se definiera claramente qué ha de entenderse por *base fáctica* de la sentencia de apelación, porque *no suena* igual que a *hechos probados*, sino a una versión alternativa a esta categoría procesal de los hechos que resultan acreditados en la instancia. En efecto, la expresión *base fáctica* tiene la connotación de un conjunto de hechos señalados y seleccionados por la sentencia para fundamentar su fallo, pero no lleva ínsito de forma directa y natural un juicio de determinación de esos hechos. La *base fáctica* más parece formada por los hechos *a los que se refiere la sentencia*, que por *los hechos que la sentencia declara probados o acreditados*. Con esta configuración, y como la experiencia muestra con implacable frecuencia, la *base fáctica* es un concepto abierto que alivia la carga del tribunal de apelación de identificar con precisión qué hechos considera acreditados, más aún cuando revoca la sentencia de primera instancia, y la sustituye por la más llevadera de afirmar hechos envueltos en juicios jurídicos.

Por esto mismo, en la práctica, la invocación de la *base fáctica* en la providencia que plantea las causas de inadmisión del recurso de casación (artículo 483.3 LEC) resuena en los oídos del letrado recurrente como un *enigma*[25] que debe desentrañar releyendo la sentencia de apelación y cotejándola con su escrito de interposición, para, a continuación, intentar desagregar los juicios fácticos contenidos en las motivaciones jurídicas y convencer a la Sala de admisión de que esa *base fáctica* (que quizá no esté identificada con *hechos probados sino con hechos meramente afirmados*) no ha sido alterada en el recurso de casación, o lo ha sido, en efecto, pero como consecuencia de un previo recurso extraordinario por infracción procesal que impugna la valoración de la prueba por el cauce del artículo 469.1 4.ª LEC.

Téngase en cuenta que cuando la Sala plantea mediante providencia la posible inadmisión del recurso de casación por falta de fundamento casacional basada en la alteración de la base fáctica, se está trasladando al letrado recurrente el desafío de averiguar a qué se refiere el Alto Tribunal. Por un lado, como venimos diciendo a lo largo de este trabajo, la sentencia de apelación no ofrecerá, como regla general, un relato de hechos que integre esa famosa *base*

---

recurso de Casación Civil: fase de admisión, cit., pp. 87-89). Podríamos añadir la figura del *hecho notorio endoprocesal*, aplicada por la STS 950/2005, Civil, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2005:7107): «En primer lugar debe señalarse que constituye un hecho notorio endoprocesal que el actor desistió el juicio ejecutivo, aunque el documento con tal constancia no se haya unido a las actuaciones».

[25] 1. m. Enunciado de sentido artificiosamente encubierto para que sea difícil de entender o interpretar (consulta en https://dle.rae.es/enigma?m=form).

fáctica, si por tal entendemos una narración de hechos probados (o acreditados) tan singularizada y ordenada como la que se le exige a los letrados de las partes para que configuren el objeto del proceso desde los escritos de alegaciones iniciales hasta llegar a las conclusiones que ponen fin al juicio oral.

Por otro lado, la providencia con las causas de inadmisión no identifica de forma individualizada qué concreta alteración fáctica se produce en cada motivo del recurso, única manera que tendría el recurrente de trasladar a la Sala unas alegaciones coherentes en las que pueda pronunciarse con conocimiento de causa. Actualmente, esas alegaciones se hacen *a ciegas*, porque se emplaza a cada parte, particularmente al recurrente, a adivinar en qué apartado del motivo –y de qué forma- no se respeta una base fáctica que no está identificada en la providencia que plantea la inadmisión y probablemente tampoco en la sentencia impugnada[26].

Solo cuando la Sala Primera dicta el inevitable auto de inadmisión -inevitable porque, salvo excepciones muy celebradas por los letrados como un éxito profesional irrepetible, la providencia del artículo 483.3 LEC es la antesala de la inadmisión-, el letrado recurrente obtiene la respuesta al enigma y es entonces, y solo entonces, cuando se le revela la base fáctica alterada, entre reproches por hacer *petición de principio* o *supuesto de la cuestión*[27]. Pero este novedoso conocimiento sirve de poco, porque ese auto es irrecurrible y la promoción de un incidente especial de nulidad de actuaciones es una opción que roza lo inútil, tanto como la de interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por si este escenario no fuera suficientemente hostil para el recurrente, aún cabe la posibilidad de que la Sala Primera aprecie *a posteriori*, en la misma sentencia que resuelve el recurso extraordinario, esa causa de inadmisión, reconvirtiéndola en causa de desestimación del recurso, sin que se prevea legalmente en este caso una previa puesta de manifiesto para que las partes hagan alegaciones antes de que se dicte sentencia.

El futuro no ofrece motivos para la esperanza de un cambio positivo en el tratamiento del justiciable casacional. Como hemos visto, el PLMEP prevé fusionar de nuevo en el recurso de casación las infracciones procesales y sustantivas cometidas por la sentencia de apelación, bajo la condición omnipresente del *interés casacional*. Teóricamente, esta reunificación de impugnaciones en el recurso de casación debería de evitar esa *aporía* a la que se refiere GONZÁLEZ GARCÍA[28] y debería de suponer la ordenación del juicio de admisión del recurso de manera que primero se analice la admisión de las infracciones procesales y, a continuación, la admisión de las infracciones sustantivas[29].

---

[26] Y esta omisión de hechos probados en la sentencia causa indefensión al justiciable, como señala DE MIRANDA VÁZQUEZ, «A vueltas con el relato de hechos probados en la sentencia civil», op. cit., p. 360.

[27] Para BLANCO SARALEGUI, con quien coincidimos, la expresión *petición de principio* o *hacer supuesto de la cuestión* no es sinónimo de *alteración de la base fáctica* porque «(…) no siempre se refiere a cuestiones fácticas, de ahí que este supuesto, en realidad, sea algo diferente y más omnicomprensivo que la de la alteración de la base fáctica"» (BLANCO SARALEGUI, ob. cit., p. 195). Tales expresiones hacen referencia de manera más precisa a los casos en los que el recurrente se apara del juicio fáctico de la sentencia, no tanto porque lo impugne, sino porque lo distorsiona, bien por omite hechos probados, bien porque se apoya en otros no acreditados (cfr. MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, *El recurso de casación*…, ob. cit., p. 525).

[28] Ver nota 5.

[29] En esta paridad entre motivos procesales y sustantivos, HUALDE LÓPEZ ve un avance respecto de la situación actual: «[…] hay que aplaudir que uno y otro tipo de vulneración legal (sustantiva y procesal) se sitúen en igual nivel, a diferencia de lo que acontece en la actualidad. Y es que, con fundamento en el vigente régimen transitorio, en los supuestos en los cuales el acceso del recurso de casación se plantea por la vía del interés casacional, que son la inmensa mayoría, las violaciones de normas procesales quedan sin remedio cuando el recurrente no logra acreditar la concurrencia de interés casacional sobre el fondo del asunto; interés casacional sustantivo difícilmente concurrente cuando, debido a razones procesales, la sentencia recurrida no ha podido

También hemos visto que el PLMEP normativiza claramente la prohibición de impugnar la valoración de la prueba y la fijación de hechos contenidos en la sentencia de apelación como objeto del recurso de casación, salvo la consabida condición de que se trate de *error de hecho, patente e inmediatamente verificable a partir de las propias actuaciones*[30].

El problema es que este *iter* decisorio escapará por completo al control de las partes, si se aprueba el PLMEP. Los posibles nuevos apartados 3 y 4 del artículo 483 LEC empeorarán aún más la posición del justiciable recurrente y de su abogado porque: 1º) elimina la providencia que actualmente pone de manifiesto a las partes los motivos de inadmisión para que aleguen lo que estimen conveniente; y 2º) sustituye el auto de inadmisión –por tanto, motivado- por una providencia «sucintamente motivada», la cual es, por supuesto, irrecurrible.

4. Conclusiones

Si la discusión del juicio fáctico está proscrita del recurso de casación civil, la legislación procesal debe establecer claramente el deber de los tribunales civiles de consignar en sus sentencias una narración de los hechos que hayan quedado acreditados por cualquiera de las vías de determinación establecidas por la ley (admisión, notoriedad, prueba y presunciones) para que esa prohibición responda a un mandato comprensible y respetuoso con los principios de legalidad procesal y seguridad jurídica. Aclaramos que, a nuestro juicio, el artículo 209.2.ª LEC ofrece suficiente claridad para entender que constituye un mandato al juez civil[31], pero dada la consolidación de una jurisprudencia discrepante con este criterio interpretativo, es necesaria una rectificación del texto del citado precepto.

Afirmar que no existe este mandato legal erosiona la función del recurso de casación como juicio revisor de la aplicación de la norma jurídica sustantiva o procesal, porque desapodera al justiciable de un suelo firme para su impugnación y traslada al propio Tribunal Supremo la responsabilidad de identificar la base fáctica que ha de ser respetada por el recurrente y por la propia Sala de casación. Lo que sucede es que, en estos casos, la omisión de esa base fáctica

---

pronunciarse sobre dicho fondo del asunto. Con frecuencia, el recurrente se ve forzado a realizar un gran esfuerzo creativo para tratar de generar un interés casacional realmente inexistente. Todo ello trae consigo una grave e injustificada devaluación en el grado de importancia del recurso extraordinario por infracción procesal frente al de casación, pues no cabe la presentación del primero sin el segundo cuando se opta por la referida vía; y, si el recurso de casación no resulta admitido, la consecuencia será con carácter automático la misma para el extraordinario por infracción procesal, que queda condicionado al anterior y sometido a idéntica suerte, con la consiguiente indefensión del litigante perjudicado», aunque el mismo autor prevé un futuro sombrío a los recursos de casación por infracciones procesales debido al efecto que tendrá sobre estas impugnaciones la condición del *interés casacional* (HUALDE LÓPEZ, «Algunas cuestiones sobre la admisión del proyectado recurso de casación civil», *InDret*, 2.2022, pp. 237-239, en https://indret.com/algunas-cuestiones-sobre-la-admision-del-proyectado-recurso-de-casacion-civil/?edicion=2.22).

[30] No nos planteamos, siquiera hipotéticamente, la posibilidad de que el tenor literal de este precepto pretenda dejar fuera de la casación aquellas valoraciones «que conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de racionalidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución» (STS 746/2015, Civil, de 22 de diciembre, ECLI:ES:TS:2015:5448), porque no es lo mismo *error patente*, que *se detecta* en las actuaciones sin necesidad de interpretación (STS 829/2021, Civil, de 30 de noviembre, ECLI:ES:TS:2021:4242), que *valoración ilógica, irracional o arbitraria* (STS 190/2021, Civil, de 31 de marzo, ECLI:ES:TS:2021:1151) la cual exige una mínima indagación sobre la calidad de la interpretación y valoración de la prueba reflejada en sentencia.

[31] Coincidimos con DE MIRANDA VÁZQUEZ, «A vueltas con el relato de hechos probados en la sentencia civil», op. cit., p. 216.

debidamente perfilada por la sentencia de instancia no debería ser un defecto *subsanable* por la Sala Primera mediante su descubrimiento en el actual auto de inadmisión del recurso de casación, sino un vicio en sí mismo de la sentencia recurrida que debería suponer su revocación con reenvío al tribunal *a quo*. Pero no es esto lo que sucede, sino la inadmisión del recurso de casación por no respetar una *base fáctica* de difícil conocimiento o directamente ilocalizable.

La correcta operatividad de la proscripción del juicio fáctico en el recurso de casación requiere que se modifique el artículo 209.2.ª LEC con la supresión de la expresión «en su caso», coartada de una insostenible doctrina que hace del justiciable civil de peor condición que los justiciables de otras jurisdicciones, agraciados por la fortuna de un legislador más atento a su prosa normativa.

No se trata de poner en los hombros de los jueces una carga descomunal a la hora de redactar sus sentencias, en las que, en todo caso, si hay algo excesivo es el contenido puramente jurídico, muchas veces construido con una sobreabundancia de citas de jurisprudencia y de reflexiones jurídicas, todas ellas pertinentes e interesantes, sin duda, pero que reducidas a una menor extensión seguirían cumpliendo correctamente su función motivadora y animarían a los jueces a una más precisa labor de fijación de los hechos que, conforme a los criterios de la sana crítica y en conciencia, creen que han quedado acreditados. Así habría más equilibrio entre la valoración de la prueba y la valoración de los hechos probados.

Dos últimas reflexiones.

Primera. La acreditación de los hechos litigiosos o, dicho de forma reduccionista, *la prueba de los hechos* es el núcleo de la actividad de las partes en el proceso civil dispositivo. Las calificaciones jurídicas, siendo muy importantes, porque se integran en la causa de pedir, admiten márgenes amplios de identificación y proposición, por ejemplo, con un planteamiento acumulativo subsidiario. Incluso puede el tribunal hacer una labor correctora de los fundamentos legales de la pretensión, sin alterar la causa de pedir y sin incurrir en incongruencia *extra petitum*, al amparo del artículo 218.1 II LEC (STS 761/2015, Civil, de 30 de diciembre, ECLI:ES:TS:2015:5626; y STS 484/2022, Civil, de 15 de junio, ECLI:ES:TS:2022:2388). Sin embargo, la discusión en torno a los hechos y a su prueba vertebran y sistematizan la contradicción entre las partes, que se manifiesta sucesivamente en el cruce de los escritos de alegaciones iniciales, en la audiencia previa y, finalmente, en el juicio oral, con el único propósito de crear en el juez, al calor de la inmediación, un estado de ánimo favorable a su respectiva tesis. Para las partes y para el tribunal de primera instancia, la prueba *lo es todo*. Y por esto mismo, no es razonable, a nuestro juicio, que la regulación legal de la sentencia civil desmerezca no ya la contienda probatoria previa entre las partes, sino la razón misma de ser del proceso dispositivo, obviando una adecuada y delimitada narración de hechos acreditados como consecuencia, precisamente, de las cargas procesales que la ley deposita en las partes litigantes.

Segunda. ¿Es necesario que el recurso de casación esté configurado como una cima inaccesible para la inmensa mayoría de los abogados? ¿Está justificado que el juicio de hecho y todo cuanto lo rodea no merezca un acceso razonable a la casación, proporcional a su importancia para la aplicación del Derecho objetivo? Y *lo que rodea* al juicio de hecho es, para nosotros, más que la valoración de uno u otro medio de prueba. También es la correcta construcción de los hechos constitutivos de las demandas conforme al artículo 399 LEC; es la configuración de la

contestación con una estructura correlativa a la demanda para facilitar la fijación de los hechos admitidos y los controvertidos (artículo 405 LEC); es la delimitación afortunada del continente y del contenido del conflicto (artículo 428 LEC); es la primacía del principio de justicia rogada (artículo 216 LEC); es la carga formal y material de la prueba (artículo 217 LEC); es la aplicación de las reglas de utilidad y pertinencia para admitir o no los medios de prueba (artículo 283 LEC); es el principio de libre valoración de la prueba y de prueba tasada; es el concepto de *máxima de la experiencia* y de *regla de la sana crítica*; es el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa (artículo 24 CE); y es, en fin, la confianza del ciudadano en la justicia con la que el Estado le obligó a renunciar a su autodefensa.

El recurso de casación va camino de su extinción como una opción realista del justiciable español, que actualmente halla en la Audiencia Provincial su verdadero techo jurisdiccional civil. Muchos lectores dirán que ya se ha extinguido, pero es preferible mantener un poco de esperanza. Aun así, resulta realmente desalentador que todas las sucesivas reformas de los recursos extraordinarios desde la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, estén cortadas por el mismo patrón del reproche a ese justiciable que siempre y de forma insaciable recurre demasiado, aunque en la inmensa mayoría de los casos aspire sencillamente a una revisión de su caso por el más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria. Probablemente, en estas reformas falte sinceridad para llegar a lo que verdaderamente se pretende, que es crear un recurso de casación que quede reservado a los asuntos *interesantes* para el ordenamiento jurídico a juicio libérrimo y soberano de los magistrados del Tribunal Supremo, en el que ya no tendría sentido la proscripción del juicio fáctico. Desde esta perspectiva -la del sistema discrecional de admisión al que alude incisivamente DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (ver nota 2)- se entiende mejor incluso el sesgo de actualidad económica y social que presenta el repertorio de sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, lo cual, lejos de ser una crítica negativa, constituye un motivo añadido para dejar de aparentar el recurso de casación como una opción más del justiciable y para regularlo como se quiere que realmente sea: un bien escaso –escasísimo- del Estado de Derecho.

5. Bibliografía

ASENCIO MELLADO, José María, «El recurso de casación. Una reflexión sobre sus funciones», *Revista General de Derecho Procesal* 37, 2015.

BANACLOCHE PALAO, Julio, «La reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, nº 9814, 19 de marzo de 2021.

BLANCO SARALEGUI, José María, «Técnica casacional y admisión de los recursos», en *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión,* HUALDE LÓPEZ, IBÓN (Director) *et al.*, Aranzadi, 2020.

CORDÓN MORENO, Faustino, «Ámbito del enjuiciamiento por el Tribunal Supremo en los recursos extraordinarios», en *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión.* HUALDE LÓPEZ, Ibón (Director) *et al.*, Aranzadi, 2020.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Terminación normal del proceso: la sentencia», *Curso de Derecho Procesal Civil II Parte especial*, con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, y VEGAS TORRES, Jaime, Editorial Universitaria Ramón Areces, Tercera edición, 2016.

DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, «A vueltas con el relato de hechos probados en la sentencia civil», *Justicia. Revista de Derecho procesal*, 2015 (1).

- *Hechos y prueba: la delimitación de la controversia en el proceso civil*, Wolters Kluwer, 2022.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, «Ideas sobre la admisión discrecional del recurso de casación», en *Estudios sobre el recurso de Casación: fase de admisión*, HUALDE LÓPEZ, Ibón (Director) *et al.*, Aranzadi, 2020.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, con HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal, Vol. I Derecho procesal civil*, Madrid, 1946.

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús, «Recurso extraordinario por infracción procesal, recurso de casación civil y control del juicio probatorio por el Tribunal Supremo: estudio de un supuesto paradójico», *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber amicorum Vicente Gimeno Sendra*, con ASENCIO MELLADO, José María (Director) y ROSELL CORBELLE, Alba (Coordinadora), Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2020.

HUALDE LÓPEZ, Ibón, «Algunas cuestiones sobre la admisión del proyectado recurso de casación civil», *InDret*, 2.2022.

METZLOFF, Thomas, «Decidiendo a decidir: El "poder de *certiorari*" del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*. HUALDE LÓPEZ, Ibón (Director) *et al.*, Aranzadi, 2020.

MONTERO AROCA, Juan, y FLORS MATÍES, José, *El recurso de casación civil. Casación e infracción procesal,* Tirant lo Blanch, 2018, 3ª edición.

PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo, «Las dificultades de la casación», en *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, «Sobre la resistencia a incluir hechos probados en la sentencia civil», *Repertorio de jurisprudencia 20/2005,* Aranzadi, BIB 2005\2049.

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, y VÁZQUEZ GARCÍA, David, *Recurso de casación civil. Cómo superar la fase de admisión*, Editorial Ley 57, 2018.

TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, Ed. Trotta, 2011.

VALLINES GARCÍA, Enrique, *El juicio ordinario en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *COLECCIÓN 20 años LEC 2000*, BANACLOCHE PALAO, Julio (Coordinador), Wolters Kluwer, 2019.

InDret
4.2022

Antoni Rubí Puig
Universitat Pompeu Fabra

Laura Herrerías Castro
Universitat Pompeu Fabra

«Radar COVID» y protección de datos personales

Un análisis de los procedimientos sancionadores de la Agencia Española de Protección de Datos

Sumario

El trabajo analiza las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) publicadas el 9 de junio de 2022 por medio de las cuales se sanciona a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA) y a la Dirección General de Sanidad Pública (DGSP) por diversas infracciones del Reglamento General de Protección de Datos cometidas en el desarrollo, implementación y funcionamiento de la aplicación para el rastreo de posibles contactos positivos de COVID-19 denominada «Radar COVID». Después de describir el proceso de desarrollo de la aplicación y su funcionamiento, el trabajo se centra en los aspectos del régimen jurídico sobre protección de datos personales que, según la AEPD, sus promotores habrían incumplido. En este sentido, se analiza el concepto de dato personal manejado por las resoluciones, la calificación de las posiciones de responsable y encargado de los tratamientos de datos entre los sujetos investigados, y los diferentes deberes vinculados al principio de responsabilidad activa. Por último, el trabajo presenta una serie de valoraciones críticas sobre el desarrollo de herramientas informáticas para afrontar situaciones de emergencia sanitaria.

Abstract

This article analyzes the resolutions published on June 9, 2022 by which the Spanish Data Protection Agency (AEPD) imposes an administrative penalty to the Secretary of State for Digitization and Artificial Intelligence (SEDIA) and the General Directorate of Public Health (DGSP) for various infringements of the General Data Protection Regulation that were committed during the development, implementation and operation of «Radar COVID», a COVID-19 contact tracing application. After describing how the app was developed and how it works, the article focuses on the various aspects from the legal regime on the protection of personal data that, according to the AEPD, the app promoters would have violated. In this regard, the concept of personal data used in the resolutions, the allocation of the roles of data controller and data processor between the various investigated subjects, and the different duties linked to the principle of accountability are analyzed. Finally, the article includes a series of criticisms against the development of digital tools to deal with health emergency situations

Title: *«Radar COVID» and personal data protection. An analysis of the Spanish Data Protection Agency's sanction procedures*

Palabras clave: aplicaciones de rastreo, Radar COVID, datos personales, RGPD, AEPD
Keywords**:** *tracing apps, Radar COVID, personal data, GDPR, Spanish Data Protection Agency*

Índice

-

1. ***Introducción***

2. ***Desarrollo e implementación de la aplicación de rastreo «Radar COVID»***

3. ***Funcionamiento y uso de la aplicación «Radar COVID»***

4. ***Las resoluciones sancionadoras de la AEPD en los procesos PS/00222/2021 y PS/00233/2021***

4.1. Procedimiento

4.2. Principales cuestiones tratadas en las resoluciones de los procedimientos sancionadores

a) Identificación de los datos personales tratados por «Radar COVID» durante la fase de desarrollo de la aplicación

b) Determinación de los sujetos implicados en el tratamiento de datos personales: responsables del tratamiento, encargados del tratamiento y corresponsables

c) Deberes de información y transparencia

d) Obligación de elaborar las correspondientes evaluaciones de impacto

e) Vulnerabilidades en la aplicación

4.3. Sanción impuesta por la AEPD

5. ***Valoraciones y lecciones para futuras pandemias***

5.1. Emergencia y ponderación de derechos

5.2. Rapidez e incertidumbre en la adopción de decisiones

5.3. Complejidad del entorno institucional y de decisión

a) Dimensión interna

b) Dimensión externa

5.4. Una tecnología que no ha funcionado bien

a) Utilización escasa de aplicaciones de rastreo

b) Desconfianza hacia las aplicaciones de rastreo

c) Inefectividad de las aplicaciones de rastreo

6. ***Bibliografía***

-

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

1. Introducción*

El pasado 9 de junio de 2022, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) publicó dos resoluciones mediante las cuales sanciona a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA) y a la Dirección General de Sanidad Pública (DGSP) por diversas infracciones de la normativa sobre protección de datos personales cometidas en el desarrollo, implementación y funcionamiento de la aplicación para el rastreo de posibles contactos positivos de COVID-19 denominada «Radar COVID»[1].

Las casi 400 páginas que suman ambas resoluciones sirven para ilustrar diversos problemas que puede comportar el desarrollo de herramientas tecnológicas para reaccionar rápidamente frente a eventos disruptivos como una pandemia global. La mayoría de los problemas detectados en la implementación de esta tecnología no son exclusivos del ejemplo español y pueden encontrarse también en las experiencias de desarrollo de aplicaciones de rastreo de positivos de COVID-19 en otros países[2].

Las resoluciones de la AEPD revelan, al menos, tres factores que condicionan el desarrollo de este tipo de herramientas tecnológicas y que ponen en cuestión la conveniencia de impulsarlas. En primer lugar, las aplicaciones de rastreo y otras herramientas similares se han de adoptar en una situación de emergencia permeada de un alto nivel de incertidumbre: los decisores carecen, de entrada, de conocimientos suficientes acerca de la eficacia de la tecnología, de algunas de sus implicaciones éticas y jurídicas[3], así como de la disponibilidad de alternativas mejores. En segundo lugar, se han de adoptar de forma inmediata o, al menos con rapidez y, con frecuencia, con mucha improvisación: los decisores han de valorar si la emergencia y la urgencia permiten una mayor injerencia en los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales o si el marco normativo actual -sobre todo, el Reglamento General de Protección de Datos[4]- ya ofrece una ponderación cerrada que les impide ejercer algún margen de discreción. En tercer lugar, se han de adoptar en un entorno institucional y de decisión complejo: los decisores habrán de

*Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto «Coronavirus i dret privat» (2020PANDE00092), financiado por la Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca (AGAUR) de la Generalitat de Catalunya.

[1]Se trata de la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente N.º PS/00222/2021 (en adelante, «Resolución AEPD SEDIA») [disponible en: https://www.aepd.es/es/documento/ps-00222-2021.pdf (fecha de consulta: 15.10.2022)], y de la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente N.º PS/00233/2021 (en adelante, «Resolución AEPD DGSP») [disponible en: https://www.aepd.es/es/documento/ps-00233-2021.pdf (fecha de consulta: 15.10.2022)].

[2] Para un examen general de la litigación en materia de protección de datos personales y COVID-19, véase ANGIOLINI, Chiara, «Case Law Survey On Data Protection – COVID-19 Litigation Project», *Legal Policy & Pandemics. The Journal of the Global Pandemic Network – LPPJ*, vol. 1, núm. 1-2-3, 2021, pp. 197-224. Véase también, YOO, Christopher S./VIDYARTHI, Apratim, «Privacy in the Age of Contact Tracing: An Analysis of Contact Tracing Apps in Different Statutory and Disease Frameworks», *University of Pennsylvania Journal of Law and Innovation*, vol. 5, 2021, pp. 103-158; GREENLEAF, Graham/KEMP, Katharine, «Australia's "COVIDSafe App": An Experiment in Surveillance, Trust and Law», *University of New South Wales Law Research Series*, vol. 7, 2021, pp. 1-17.

[3] Véase Organización Mundial de la Salud, «Ethical considerations to guide the use of digital proximity tracking technologies for COVID-19 contact tracing» (WHO/2019-nCoV/Ethics_Contact_tracing_apps/2020.1).

[4] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (OJ L 119/1, 4.5.2016, p. 1-88) (en adelante, «RGPD»).

distribuir entre ellos los roles y las diferentes obligaciones de garantía de los derechos sobre los datos personales.

El presente trabajo describe el desarrollo y funcionamiento de la aplicación «Radar COVID», explica las diferentes infracciones detectadas y las sanciones impuestas a la SEDIA y a la DGSP en sendas resoluciones dictadas por la AEPD, y ofrece, finalmente, algunas valoraciones críticas.

2. Desarrollo e implementación de la aplicación de rastreo «Radar COVID»

Poco después de la declaración del estado de alarma[5], el gobierno de España dio los primeros pasos para poner en marcha diversas herramientas tecnológicas con el fin de intentar actuar contra la propagación del coronavirus SARS-CoV-2. La iniciativa -también seguida en muchos otros países- se emprende en un momento en el cual la información sobre las características del coronavirus, sus formas de contagio y las estrategias de prevención eran más bien limitadas. Así, el 27 de marzo de 2020 el entonces Ministro de Sanidad, Salvador Illa, dictó una Orden por la cual encargaba a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA), dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19[6]. Mediante el resuelvo primero de esta Orden se encomendaba a la SEDIA: (i) el desarrollo urgente y la operación de una aplicación informática para el apoyo en la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; (ii) el desarrollo de un asistente de conversación o *chatbot* para ser utilizado vía WhatsApp y otras aplicaciones de mensajería instantánea; y (iii) el desarrollo de una web informativa.

A lo que aquí interesa, la Orden describía la referida aplicación informática como una herramienta para permitir a sus usuarios realizar una autoevaluación acerca de la probabilidad de estar infectados con el coronavirus a partir de la información sobre síntomas médicos que le suministraran; y para recibir información, consejos y recomendaciones[7]. En ningún caso, establecía la Orden, la aplicación debería configurarse como un servicio de diagnóstico médico, de atención de urgencias o de prescripción de fármacos. Por otra parte, la aplicación debería permitir la geolocalización del usuario a los solos efectos de verificar que se encontraba en la comunidad autónoma en la que declarara estar. La Orden señalaba, finalmente, que el responsable del tratamiento de los datos personales sería el Ministerio de Sanidad y que el encargado y titular de la aplicación sería la SEDIA.

[5] Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 67, de 14.3.2020).

[6] Orden SND/297/2020, de 27 de marzo, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 86, de 28.3.2020).

[7] La SEDIA puso en marcha una aplicación de autodiagnóstico e información conocida como «Asistencia COVID-19». Paralelamente, algunas CCAA desarrollaron sus propias aplicaciones de autoevaluación del COVID-19, por ejemplo, Cataluña («StopCovid19 CAT»), la Comunidad de Madrid («CoronaMadrid»), y el País Vasco («COVID-19.eus»). Para una descripción detallada de estas 4 aplicaciones véase el informe *COVID-19 Android Apps: Spain App Analysis Report* elaborado por AppCensus [disponible en: https://blog.appcensus.io/wp-content/uploads/2020/04/report.pdf (fecha de consulta: 15.10.2022)]

La descripción del encargo incluida en la Orden no se refiere expresamente a ninguna aplicación informática para el rastreo o trazabilidad de contactos[8]. En otras palabras, el encargo inicial descrito en la Orden no abarcaba el desarrollo de una «aplicación móvil nacional de rastreo de contactos y advertencia», definida por la Comisión Europea como «una aplicación informática aprobada a nivel nacional que funciona en dispositivos inteligentes, en particular teléfonos inteligentes, [que] está normalmente diseñada para una interacción específica y de amplio alcance con recursos web y trata datos de proximidad y otra información contextual recogida por muchos de los sensores que se encuentran en los dispositivos inteligentes, con el fin de rastrear los contactos con personas infectadas por el SARS-CoV-2 y de advertir a las personas que pueden haber estado expuestas al SARS-CoV-2; estas aplicaciones móviles pueden detectar la presencia de otros dispositivos que utilizan Bluetooth e intercambiar información con servidores finales (*back-end*) a través de internet»[9].

A pesar de no contar con un encargo específico, la SEDIA emprendió durante el mes de abril de 2020 las primeras actuaciones para poder desarrollar una aplicación de rastreo de casos positivos de infección por el coronavirus SARS-CoV-2. Después de una primera reunión interministerial, el 9 de junio de 2020 la entonces Directora General de Salud Pública, Calidad e Innovación (DGSPCI)[10], órgano directivo dependiente del Ministerio de Sanidad, envió una carta al Secretario General de Administración Digital (SGAD), órgano directivo dependiente de la SEDIA, para comunicarle el visto bueno a las pruebas previas necesarias para implementar la aplicación «Radar COVID».

La SGAD acordó el 15 de junio de 2020 la contratación de los servicios para el desarrollo de la aplicación «Radar COVID» con la sociedad mercantil INDRA SOLUCIONES TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.L.U. (en adelante, «INDRA») por un importe de 330.537,52 euros[11]. En este contrato con INDRA, se establecieron tres fases de implantación de la app: fase pre-piloto, fase piloto y fase post-piloto. A los efectos de las resoluciones de la AEPD analizadas en este trabajo, resultan especialmente relevantes la fase piloto y, en menor medida, la fase post-piloto.

La fase piloto se llevó a cabo en la localidad de San Sebastián de La Gomera en las Islas Canarias, con una población censada de unos 7.900 habitantes. Durante esta fase inicial, se perseguía contar con un grupo de población muy limitado para así contrastar la fiabilidad de la aplicación mediante simulaciones y recurriendo a falsos negativos y falsos positivos. El proyecto piloto se llevó a cabo entre el 29 de junio y el 31 de julio de 2020. Durante esta fase, como se verá, la app

[8] Véanse Resolución AEPD SEDIA, p. 76 y Resolución AEPD DGSP, p. 71 y p. 138. La Resolución AEPD SEDIA, p. 80, señala que tampoco había una habilitación para el desarrollo de la aplicación «Radar COVID» en el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 163, de 10.6.2020), cuyos artículos 5, 26 y 27 se referían expresamente a la trazabilidad de contactos.

[9] Art. 1.i de la Decisión de Ejecución (UE) 2020/1023 de la Comisión de 15 de julio de 2020 que modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2019/1765 en lo concerniente al intercambio transfronterizo de datos entre las aplicaciones móviles nacionales de rastreo de contactos y advertencia para combatir la pandemia de COVID-19 (C/2020/4934) (OJ L 227I, 16.7.2020, p. 1-9).

[10] A partir del 4 de agosto de 2020, el órgano pasa a denominarse Dirección General de Salud Pública (DGSP). Además, parte de sus competencias pasan a otro organismo de nueva creación: la Secretaría General de Salud Digital, Información e Innovación del Sistema Nacional de Salud (SGSDII). Véase *infra* apartado 4.2.b).

[11] Contrato tramitado de emergencia con arreglo al artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE núm. 272, de 9.11.2017).

«Radar COVID» estuvo accesible para cualquier ciudadano que quisiera descargarla, y no únicamente para los habitantes de San Sebastián de La Gomera o de otras poblaciones de la isla. Tras considerar que la aplicación había superado esta fase de pruebas y que había permitido resultados notables para la trazabilidad de contactos positivos, el día 19 de agosto sus responsables procedieron a su puesta en funcionamiento en varias CC.AA.

El 15 octubre de 2020 se publica en el BOE el Acuerdo de 9 de octubre entre el Ministerio de Sanidad y el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital acerca de la aplicación «Radar COVID»[12]. Este acuerdo identifica el rol de los diferentes intervinientes en la gestión de la aplicación, así como su papel en la celebración de convenios de colaboración con las autoridades sanitarias de las diferentes CCAA. En particular, el acuerdo especifica que, en estos convenios, el Ministerio de Sanidad y la Consejería competente en materia de sanidad de la Comunidad de que se trate figurarán como responsables de los tratamientos de datos de carácter personal efectuados por la aplicación «Radar COVID» mientras que la SGAD -dependiente de la SEDIA- asumirá la posición de encargado de tratamiento. Se trata del primer documento oficial que procede a una distribución formal de roles relativos a los tratamientos de datos personales entre los principales intervinientes en la gestión de la aplicación, y que no es elaborado hasta varios meses después de la puesta en funcionamiento de la aplicación «Radar COVID».

Antes de describir el funcionamiento de la aplicación «Radar COVID» y la decisión adoptada por la AEPD en sus resoluciones, es oportuno destacar varias vicisitudes ocurridas durante su proceso de desarrollo. En primer lugar, las tareas para la implementación de la aplicación fueron parejas al proceso de investigación de la AEPD. De hecho, el primer requerimiento de información efectuado por la AEPD a la SEDIA se notificó a principios de junio de 2020[13], esto es, antes de iniciar la fase piloto. En efecto, los problemas de la aplicación desde la perspectiva del derecho de la protección de datos personales eran conocidos o podían ser conocidos por los promotores de «Radar COVID» desde los primeros momentos de su desarrollo.

En segundo lugar, diferentes documentos elaborados por los responsables de la aplicación «Radar COVID» -entre ellos, los términos y condiciones de uso y la política de privacidad asociada a la app- se han modificado en diferentes ocasiones. Las diferencias entre las primeras y las últimas versiones son significativas y ponen de relieve no solo la necesidad de una adaptación gradual sino la escasa diligencia desplegada en la redacción de las primeras versiones.

Finalmente, el 9 de septiembre de 2020 se publicó en abierto el código fuente de la aplicación. Pese a la insistencia de varios expertos y activistas para facilitar esta información y poder contrastar el funcionamiento de la app y sus implicaciones técnicas, jurídicas y éticas, no fue hasta esa fecha en la que el código fuente se puso a disposición del público.

3. Funcionamiento y uso de la aplicación «Radar COVID»

«Radar COVID» se describe, en la página web sobre la misma elaborada por el Gobierno de España, como «una aplicación móvil desarrollada para ayudar a controlar la propagación de la

[12] Resolución de 13 de octubre de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo entre el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y el Ministerio de Sanidad, acerca de la aplicación «Radar COVID» (BOE núm. 273, de 15.10.2020).

[13] Los otros cuatro requerimientos enviados a la SEDIA se formularon en los cinco meses siguientes. El requerimiento a la otra investigada, la SGSDII, se dirigió el 4 de diciembre de 2020.

COVID-19 a través de la identificación de los posibles contactos estrechos de casos confirmados a través de la tecnología Bluetooth»[14].

El funcionamiento de la aplicación es relativamente sencillo pues basta con descargarla desde cualquier dispositivo móvil con sistema operativo Android o iOS, seleccionar el idioma deseado (entre castellano, catalán o valenciano, euskera, gallego, inglés, francés, o rumano), aceptar las condiciones de uso[15] y política de privacidad[16], y, finalmente, activar tanto las notificaciones como el sistema Bluetooth.

A nivel técnico, «Radar COVID» emplea el Sistema de Notificación de Exposiciones (SNE) proporcionado por Apple y Google que, a su vez, fue desarrollado a partir del Protocolo de rastreo de proximidad descentralizado para preservar la privacidad (DP-3T)[17]. Este sistema utiliza la tecnología Bluetooth de baja energía (BLE) para llevar a cabo el rastreo de contactos[18]. En particular, cada teléfono móvil genera una clave aleatoria diaria llamada «clave de exposición temporal»[19] y, a partir de esta clave, se generan unos identificadores anónimos conocidos como «identificadores efímeros Bluetooth». Estos identificadores se intercambian automáticamente entre los teléfonos móviles cercanos que tienen la aplicación y el Bluetooth activado, y quedan almacenados en el registro de contactos del teléfono durante un plazo de 14 días.

Cuando un usuario es diagnosticado de COVID-19 puede solicitar al Servicio Público de Salud de su comunidad autónoma un código de confirmación de un solo uso para introducirlo en la aplicación. Siempre que el usuario lo consienta expresamente, la información del contagio se envía al servidor de la SGAD que se encarga de componer un listado de claves de exposición temporal de personas contagiadas por COVID-19. La aplicación descarga diariamente las claves de exposición temporal del servidor de la SGAD y las compara con los identificadores registrados en los últimos 14 días. Si encuentra una coincidencia, evalúa el riesgo de exposición al virus SARS-CoV-2 en función de la duración (más de 15 minutos) y la distancia (menos de 2 metros) estimada del contacto y envía al usuario una notificación advirtiéndole del día en el que se ha producido el contacto de riesgo. Por el contrario, «Radar COVID» no desvela ni la identidad de la persona contagiada, ni la ubicación donde se ha producido el contacto.

Asimismo, «Radar COVID» es interoperable con aplicaciones similares de rastreo de contactos de modo que los usuarios pueden recibir alertas de contactos de riesgo que se hayan producido

---

[14] Véase https://radarcovid.gob.es/faq-informacion-general [texto recogido en Resolución AEPD DGSP, p. 68; y Resolución AEPD SEDIA, p. 76 (fecha de consulta: 15.10.2022)].

[15] Disponible en: https://radarcovid.gob.es/condiciones-de-uso (fecha de consulta: 15.10.2022).

[16] Disponible en: https://radarcovid.gob.es/politica-de-privacidad (fecha de consulta: 15.10.2022).

[17] Véanse RAPOSO, Vera Lúcia «"I'm right behind you": Digital contact tracing under European law», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Agosto 2022; WENDEHORST, Christiane, «COVID-19 Apps and Data Protection», en HONDIUS, Ewoud et al., *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2021, pp. 163-174.

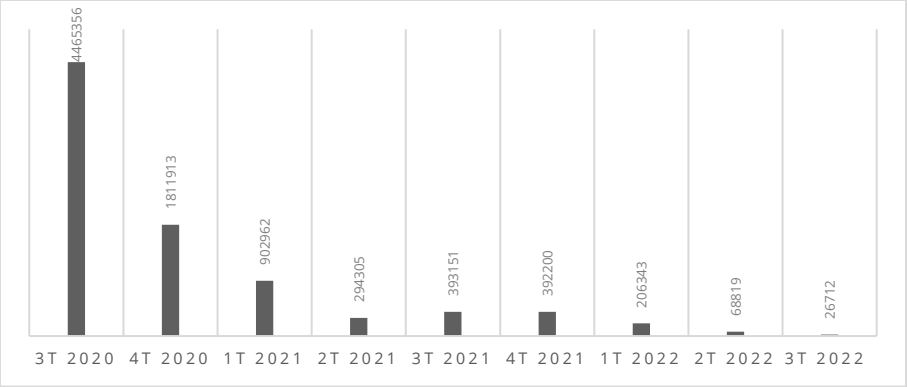
[18] La Recomendación (UE) 2020/518 de la Comisión Europea de 8 de abril de 2020 relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para la utilización de la tecnología y los datos a fin de combatir y superar la crisis de la COVID-19, en particular por lo que respecta a las aplicaciones móviles y a la utilización de datos de movilidad anonimizados (OJ L 114, 14.4.2020, p. 7-15) sugería el uso de la tecnología Bluetooth de baja energía para evitar el tratamiento de datos personales relativos a la localización o los movimientos de personas.

[19] Véase art. 1.k de la Decisión de Ejecución (UE) 2020/1023 de la Comisión de 15 de julio de 2020, según la cual «clave» equivale a: «identificador efímero único relacionado con un usuario de la aplicación que informa de que está infectado por el SARS-CoV-2, o de que puede haber estado expuesto al SARS-CoV-2».

fuera de España. En concreto, «Radar COVID» es interoperable con Corona Warn App (Alemania), Coronalert (Bélgica), StopCOVID19 (Croacia), Smittestop (Dinamarca), #OstaniZdrav (Eslovenia) COVID Tracker (Irlanda), Immuni (Italia), Apturi COVID (Letonia), Korona STOP (Lituania), CoronaMelder (Países Bajos) y ProteGo Safe (Polonia)[20].

Como advierte la actual política de privacidad de «Radar COVID»: «el éxito de la aplicación como herramienta que contribuya a la contención de la propagación está directamente vinculado a que los usuarios sean conscientes, y actúen en consecuencia, de que, a pesar de que comunicar a la aplicación que se ha obtenido un resultado positivo en la prueba de COVID 19 (previa acreditación de las autoridades sanitarias) es voluntario, el no comunicarlo y ser un mero receptor de información de terceros usuarios hace que la aplicación pierda su utilidad preventiva no solo para los demás usuarios sino para el resto de la población en general».

En cuanto al uso de la aplicación, los datos estadísticos hablan por sí solos: a fecha de 11 de septiembre de 2022, el número de descargas acumuladas era de 8.596.624, lo que representa poco más del 18% de la población española[21]. El mayor número de descargas se concentró durante los meses de agosto (3.368.843 descargas) y septiembre (1.053.819 descargas) de 2020. Desde entonces, el volumen de descargas ha ido disminuyendo de forma significativa[22]. La tabla 1 refleja el total de descargas de la aplicación «Radar COVID» desde el tercer trimestre de 2020 al tercer trimestre de 2022:



Los datos son aún más llamativos con respecto a los códigos de confirmación introducidos por los usuarios en la aplicación. Desde junio de 2020 únicamente se han comunicado 124.473 contagios, lo que representa menos del 1% de los casos positivos de COVID-19 confirmados en

[20] La mayoría de países de la UE han desarrollado aplicaciones de rastreo de contactos a excepción de Bulgaria, Grecia, Luxemburgo, Rumania, Eslovaquia y Suecia. Para una descripción detallada sobre el funcionamiento de las aplicaciones CoronAlert (Bélgica), TousAntiCovid (Francia), Corona Warn App (Alemania), Immuni (Italia), NHS COVID-19 (Reino Unido) y COVIDSafe (Australia), véase POILLOT, Elise et al. «Data protection in the context of COVID-19: A short (hi)story of tracing applications», *Roma TrE-Press*, 2021, pp. 14-93.

[21] El éxito de las apps de seguimiento de contactos se basa en la implicación de un elevado número de usuarios. De acuerdo con la AEPD, el total de usuarios debería representar, como mínimo, el 60% de la población de un determinado territorio, véase AEPD, «El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID19. Un análisis de costes y beneficios», mayo de 2020, pp. 8-9 [disponible en: https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf) (fecha de consulta: 11.10.2022].

[22] Información disponible en: https://radarcovid.gob.es/estadisticas/descargas-radar (fecha de actualización: 25 de septiembre de 2022 - Semana 38).

España según los datos del Ministerio de Sanidad[23]. De hecho, la última vez que un usuario introdujo un código de confirmación en la aplicación fue el 3 de abril de 2022.

Finalmente, el pasado 9 de octubre de 2022 «Radar COVID» se unió al extenso catálogo de aplicaciones de rastreo de contactos que han dejado de estar operativas[24].

4. Las resoluciones sancionadoras de la AEPD en los procesos PS/00222/2021 y PS/00233/2021

4.1. Procedimiento

La AEPD instruyó el procedimiento sancionador de oficio, a partir del conocimiento de diferentes incidencias relacionadas con la aplicación «Radar COVID» descritas en noticias de prensa, y también en respuesta a diferentes reclamaciones interpuestas por varios particulares, un grupo de profesores e investigadores y por «Rights International Spain», una asociación en defensa de los derechos digitales.

Las actuaciones previas de investigación iniciadas por la AEPD, al menos desde mayo de 2020, se centraron en dos órganos administrativos de la Administración General del Estado: la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA), dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital; y la Secretaría General de Salud Digital, Información e Innovación del Sistema Nacional de Salud (SGSDII), dependiente del Ministerio de Sanidad[25]. La primera de ellas fue requerida hasta en cinco ocasiones durante la fase previa de investigación para proporcionar información relativa a la aplicación «Radar COVID» y para acreditar su cumplimiento de la normativa sobre protección de datos. La SGSDII recibió un único requerimiento de información en diciembre de 2020.

El 26 de febrero de 2021 la Subdirección General de Inspección de Datos (SGID) de la AEPD emitió sendos informes de actuaciones previas de investigación contra la SEDIA y la SGSDII en los cuales se describían las incidencias detectadas y se daba respuesta a las alegaciones iniciales formuladas por estas. A partir de dichos informes, la Directora de la AEPD acordó el 21 de mayo de 2021 el inicio de los expedientes sancionadores contra la SEDIA y contra la DGSP. El 11 de junio de 2021 la DGSP presentó un escrito de alegaciones. El 15 de junio hizo lo propio la SEDIA.

Durante los dos procedimientos administrativos se acordó la apertura de sendos plazos de práctica de prueba y se enviaron nuevos requerimientos de información a la SEDIA, la DGSP y la SGSDII.

El 26 de enero de 2022 la instructora del procedimiento formuló dos propuestas de resolución en las que proponía a la Directora de la AEPD que sancionara a la SEDIA y a la DGSP con un

[23]Véase: https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/situacionActual.htm (fecha de consulta: 15.09.2022).

[24]Información disponible en: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/travel-during-coronavirus-pandemic/mobile-contact-tracing-apps-eu-member-states_es (fecha de consulta: 11.10.2022).

[25] La Secretaría General de Salud Digital, Información e Innovación del Sistema Nacional de Salud (SGSDII) se creó en agosto de 2020 para reforzar la estructura del Ministerio de Sanidad a raíz de la pandemia ocasionada por el COVID-19. Véase Real Decreto 735/2020, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 211, de 5.8.2020). Véase *infra* apartado 4.2.b).

apercibimiento por la infracción, respectivamente, de los artículos 5.1.a), 5.2, 12, 13, 25, 28.3, 28.10 y 35 RGPD; y de los artículos 5.1.a), 5.2, 12, 13, 25, 28.1, 28.3 y 35 RGPD. La SGAD, por indicación de la SEDIA, formuló nuevas alegaciones.

Finalmente, la Directora de la AEPD dictó dos resoluciones el 18 de febrero de 2022[26] en las que se sanciona a la SEDIA y a la DGSP con un apercibimiento por la comisión de diversas infracciones graves y muy graves de la normativa sobre protección de datos. La SGSDII no es sancionada ya que, al haber sido creada después de los hechos infractores, no pudo participar en ellos. La siguiente tabla describe brevemente las infracciones cometidas:

Norma infringida	Sujeto sancionado	Descripción	Tipificación
5.1.a) RGPD	SEDIA/DGSP	Vulneración del principio de licitud, lealtad y transparencia en el tratamiento de los datos personales.	Muy grave (art. 83.5.a RGPD)
5.2 RGPD	SEDIA/DGSP	Vulneración del deber de responsabilidad proactiva.	Muy grave (art. 83.5.a RGPD)
12 RGPD	SEDIA/DGSP	Falta de suministro de la información en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo.	Muy grave (art. 83.5.b RGPD)
13 RGPD	SEDIA/DGSP	Falta de suministro de información obligatoria sobre el tratamiento de los datos personales.	Muy grave (art. 83.5.b RGPD)
25 RGPD	SEDIA/DGSP	Infracción de las obligaciones derivadas de la protección de datos desde el diseño, por haber omitido la adopción de medidas técnicas y organizativas, no haber realizado las pertinentes evaluaciones de impacto y no haber adoptado garantías necesarias en el tratamiento.	Grave (art. 83.4.a RGPD)
28.1 RGPD	DGSP	Falta de elección de un encargado del tratamiento que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del RGPD y garantice la protección de los derechos de los interesados.	Grave (art. 83.4.a RGPD)
28.3 RGPD	SEDIA/DGSP	Omisión del deber de contar con un contrato o un acto jurídico que regule la relación entre el responsable y el encargado del tratamiento de los datos (entre DGSP y SEDIA y entre DGSP/SEDIA e INDRA).	Grave (art. 83.4.a RGPD)
28.10 RGPD	SEDIA	Extralimitación en el desempeño de las funciones como encargado del tratamiento, que supone la asunción del rol de responsable del tratamiento.	Grave (art. 83.4.a RGPD)
35 RGPD	SEDIA/DGSP	Incumplimiento del deber de elaboración de una evaluación de impacto antes del desarrollo de las operaciones de tratamiento de datos personales.	Grave (art. 83.4.a RGPD)

Las dos resoluciones fueron publicadas finalmente en el sitio web de la AEPD el 9 de junio de 2022.

[26] Ninguna de las dos resoluciones incluye la fecha en la cual fue dictada. La Resolución AEPD SEDIA fue objeto de un recurso de reposición, cuya resolución indica el 18 de febrero como fecha. Véase Resolución del Recurso de reposición Nº RR/00189/2022 en el Procedimiento nº PS/00222/2021, publicada el 10 de junio de 2022 [disponible en https://www.aepd.es/es/documento/reposicion-ps-00222-2021.pdf) (fecha de consulta: 15.10.2022)].

4.2. Principales cuestiones tratadas en las resoluciones de los procedimientos sancionadores

a) *Identificación de los datos personales tratados por «Radar COVID» durante la fase de desarrollo de la aplicación*

Con carácter preliminar, la AEPD ha de valorar si efectivamente la aplicación «Radar COVID» trata datos personales, con qué alcance y desde qué momento. La cuestión es relevante, pues los investigados en el procedimiento sancionador alegaron que durante las primeras fases de desarrollo no se producía ningún tratamiento de datos personales al ser estos ficticios[27], y que, en su caso, los datos personales habían sido anonimizados de modo que habían hecho imposible la identificación de los sujetos usuarios de la aplicación.

La AEPD no comparte las alegaciones formuladas por la SEDIA y la DGSP, ni la información suministrada por la SGSDII, y concluye que la aplicación «Radar COVID» ha tratado diferentes datos personales de usuarios durante diferentes fases de su implementación y, en particular, durante la realización de las pruebas piloto.

Como se ha señalado, se proyectó la realización de las pruebas piloto en la isla de La Gomera para contar con un grupo de población bien delimitado. En particular, las simulaciones y pruebas iniciales se llevaron a cabo en el municipio de San Sebastián de La Gomera, con una población de 7.779 habitantes según los datos del INE, entre los días 29 de junio y 31 de julio de 2020. No obstante, los desarrolladores de la herramienta informática resolvieron no requerir códigos de acceso para su descarga, dada la complejidad de implementar esta solución y el riesgo de menoscabo a la usabilidad de la aplicación[28]. Así las cosas, a la finalización de la prueba piloto, se habían producido 58.652 descargas de la aplicación. Las descargas procedían de otras partes del resto del territorio español, producidas cuando la aplicación no estaba todavía operativa. Para la AEPD, el funcionamiento de la aplicación –ya durante su fase de pruebas- implicaba operaciones de almacenaje y comunicación de diversos datos que han de calificarse como datos personales. En este sentido, la aplicación recopilaba información agregada tanto de los usuarios que la habían descargado como de las personas que asumían el papel ficticio de casos positivos y de los otros usuarios que recibían las alertas de riesgo de contagio.

Para realizar tal valoración, la AEPD parte de un concepto amplio de dato personal, que ha construido la jurisprudencia a partir de la definición que ofrece el artículo 4.1 RGPD[29]: «toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona».

---

[27] Resolución AEPD SEDIA, p. 65.

[28] Resolución AEPD SEDIA, p. 161; Resolución AEPD DGSP, p. 129.

[29] Véanse STJUE 20.12.2017, asunto C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*; y STJUE 19.10.2016, asunto C-582/14, *Patrick Breyer v. Bundesrepublik Deutschland*. En la jurisprudencia española, la AEPD cita la SAN, Sala Contencioso-Administrativo, 8.3.2002 (ECLI:ES:AN:2002:1485). Véase también STS, Sala Tercera, núm. 1062/2019, de 17.7.2019 (ECLI:ES:TS:2019:2484), relativa a los datos sobre curvas de carga horaria.

En particular, la AEPD concluye que la aplicación trataba ya desde su funcionamiento en la fase de pruebas los siguientes datos personales[30]:

(i) Datos de proximidad o localización de los usuarios de la aplicación. Los datos de geolocalización constituyen datos personales en tanto pueden relacionarse directamente o indirectamente con un individuo identificado o identificable[31].

(ii) Dirección IP del terminal del usuario. Para la AEPD, siguiendo la jurisprudencia del TJUE y la AN, así como su propia práctica[32], no hay dudas acerca del carácter de dato personal de las direcciones IP. Es irrelevante que estos datos se sometieran a procedimientos de encriptación y medidas de salvaguardia y que no permitieran una identificación directa del usuario o del dispositivo, ya que sí permitirían una identificación indirecta[33].

(iii) Datos relativos a la salud, esto es «datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud» (artículo 4.15 RGPD). Podemos identificar, según la AEPD, tres elementos diferentes que son objeto de tratamiento por parte de la aplicación «Radar COVID»:

- Código de confirmación de un solo uso de 12 dígitos facilitado por las autoridades sanitarias a los usuarios que habían dado positivo en una prueba diagnóstica de COVID-19.
- Dato mediante el cual el usuario es advertido previamente de un contacto de riesgo.
- Día en que el usuario desarrolló síntomas compatibles con COVID-19.

Estos datos personales se consideran especiales (art. 9.1 RGPD), por lo que pesa sobre ellos un principio de prohibición de tratamiento, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 9.2 RGPD. Así las cosas, son objeto de una mayor protección por el ordenamiento jurídico. De nuevo, para la AEPD resulta irrelevante que estos datos no permitieran una identificación directa de un individuo usuario de la aplicación y, en particular, de un usuario contagiado. La propia SEDIA

[30] En sentido similar véase BRADFORD, Laura/ABOY, Mateo/LIDDELL, Kathleen, «COVID-19 contact tracing apps: a stress test for privacy, the GDPR, and data protection regimes», *Journal of Law and the Biosciences*, Mayo 2020, pp. 4-8.

[31] Véanse las Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID-19, adoptadas el 21 de abril de 2020 por el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD).

[32] STJUE 19.10.2016, asunto C-582/14, *Patrick Breyer v. Bundesrepublik Deutschland*; SAN, Sala Contencioso-Administrativo, 1.9.2011 (ECLI:ES:AN:2011:3907); Véase también el Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales elaborado por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (01248/07/ES WP 136); e informes del Gabinete Jurídico de la AEPD 327/2003 o 213/2014.

[33] En este sentido, véase considerando 26 RGPD: «[…] Para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos. […]».

admitió en las evaluaciones de impacto sobre los datos personales que realizó con posterioridad (agosto de 2020 y septiembre de 2020) la posibilidad de una identificación indirecta de los usuarios por medio de la relación con otros conjuntos de datos. En consecuencia, se trataría no de datos anonimizados, sino simplemente seudonimizados[34].

En suma, desde el momento en el cual un usuario se descargaba la aplicación «Radar COVID» de las fuentes disponibles, existía tratamiento de datos personales. El tratamiento de datos personales se iniciaba ya en la fase piloto, cuando cualquier sujeto podía descargarse la aplicación, y con independencia de que, en esta fase, se trabajara con datos manipulados para así testar el correcto funcionamiento de la herramienta informática.

b) *Determinación de los sujetos implicados en el tratamiento de datos personales: responsables del tratamiento, encargados del tratamiento y corresponsables*

Una de las dificultades inherentes al desarrollo de una herramienta de rastreo de contactos deriva de la participación de diferentes agentes en las diversas fases de implementación. En el caso español, es necesaria la coordinación de varios órganos de la Administración General del Estado integrados en ministerios diferentes. Además, teniendo en cuenta la descentralización del sistema sanitario español, deben tenerse en cuenta las distintas administraciones autonómicas. Finalmente, el rol de los proveedores privados no puede ignorarse.

Atendiendo a la complejidad del proceso de toma de decisiones administrativas para el desarrollo de la herramienta informática, resulta necesario identificar quién –desde la perspectiva del derecho de protección de datos– asume la condición de responsable del tratamiento, esto es, quién determina en la práctica los fines y los medios del tratamiento de datos personales (art 4.7 RGPD). Es al responsable a quien incumben las principales obligaciones articuladas en el RGPD y, en particular, es quien ha de asumir un rol proactivo (principio de *accountability* o de responsabilidad activa) para cumplir con la normativa y poder acreditar su cumplimiento (arts. 5.2, 24 y 25 RGPD).

La implicación de diferentes sujetos puede comportar dificultades para identificar quién de ellos asume el rol de responsable del tratamiento. A pesar de tener que arrostrar muchas obligaciones y responsabilidades, la posición de encargado del tratamiento (art. 4.8 RGPD) es menos intensiva –y, en general, menos costosa en las inversiones necesarias para desempeñarla– que la de responsable, por lo que puede haber un interés en evitar este último rol. Por ello, en ocasiones, un sujeto con mayor poder de negociación puede imponer contractualmente o formalmente la condición de responsable del tratamiento de datos a otro. Los encargados del tratamiento también pueden tomar decisiones importantes en el desarrollo de una herramienta tecnológica y, por ejemplo, pueden definir aquellos medios no esenciales o aspectos más prácticos de la implementación[35]. En algunos procesos de tomas de decisiones, podrán darse también supuestos de corresponsabilidad en el tratamiento si dos o más sujetos determinan conjuntamente los fines

[34] Véase art. 4.1.5 RGPD.

[35] Para la AEPD, la condición de encargado del tratamiento viene determinada por la concurrencia de dos características: «de una parte, la imposibilidad de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, y, de otra parte, la inexistencia de una relación directa entre los usuarios y el encargado, que deberá en todo caso obrar en nombre y por cuenta del responsable como si la relación fuese entre éste y aquéllos» (Resolución AEDE SEDIA, p. 189).

y medios del tratamiento (art. 26 RGPD)[36]. Con todo, la delimitación entre las diferentes figuras previstas en el RGPD, como indica la jurisprudencia y la práctica de la AEPD, es funcional y no se rige por criterios meramente formalistas: debe atenderse caso por caso a las actividades reales desplegadas por cada sujeto y no a la mera designación formal de uno de ellos como responsable del tratamiento[37].

La AEPD destaca «la peculiar situación de las Administraciones Públicas, dónde el responsable del tratamiento es aquel órgano administrativo que tenga atribuidas competencias por una norma jurídica, para cuyo ejercicio sea preciso realizar tratamientos de datos personales. [...] La competencia determinará, por tanto, la legitimación para realizar el tratamiento»[38]. En consecuencia, resulta imprescindible identificar las competencias atribuidas a cada órgano administrativo y examinar si se produce o no una actuación extralimitada. En el caso del desarrollo de la aplicación «Radar COVID» debe tenerse en cuenta, además, las modificaciones normativas que alteraron la estructura orgánica de uno de los ministerios afectados y la distribución interna de competencias que complican sobremanera la lectura de las Resoluciones de la AEPD.

> Así, en el caso del Ministerio de Sanidad podemos identificar dos períodos temporales diferentes. El primero de ellos se extiende desde la declaración del estado de alarma hasta la fecha de entrada en vigor de la modificación de la estructura orgánica del Ministerio, esto es, desde el 12 de marzo hasta el 6 de agosto de 2020. Durante este período, el Ministerio de Sanidad, con arreglo a los Reales Decretos 139/2020, de 28 de enero, y 454/2020, de 10 de marzo[39], desarrolló sus funciones por medio de diversos órganos directivos, entre ellos la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación (DGSPCI). Este órgano tenía atribuidas funciones de vigilancia en salud pública de carácter estatal, y de elaboración de sistemas de información, gestión de la información, identificación de la población protegida y acceso a la información clínica y terapéutica, entre otros[40].
>
> El segundo período se inicia el 6 de agosto, con la entrada en vigor del Real Decreto 735/2020, de 4 de agosto, y sigue en adelante durante el funcionamiento de la aplicación[41]. Este Real Decreto procedió a una modificación de la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y, en particular, estableció dos cambios relevantes. En primer lugar, la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación (DGSPCI) pasó a denominarse Dirección General de Salud Pública (DGSP), y asumió las funciones de vigilancia en salud pública de carácter estatal[42]. Por otra parte, para reforzar la estructura del Ministerio, se creó la Secretaría General de Salud Digital, Información e Innovación

[36] La noción de corresponsabilidad en el tratamiento que ha elaborado el TJUE complica la distribución de roles entre diferentes sujetos implicados en operaciones de tratamiento de datos personales. Véanse STJUE 5.6.2018, asunto C-210/16, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*; STJUE 10.7.2018, asunto C-25/17, *Tietosuojavaltuutettu*; y STJUE de 29.7.2019, asunto C-40/17, *Fashion ID*.

[37] Véanse Directrices 07/2020 sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» en el RGPD, adoptadas el 7 de julio de 2021 por el CEPD; e Informes 287/2006 y 64/2020 del Gabinete Jurídico de la AEPD.

[38] Resolución AEPD SEDIA, pp. 171-172; y Resolución AEPD DGSP, p. 135.

[39] Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 25, de 29.1.2020); Real Decreto 454/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 63, de 12.3.2020).

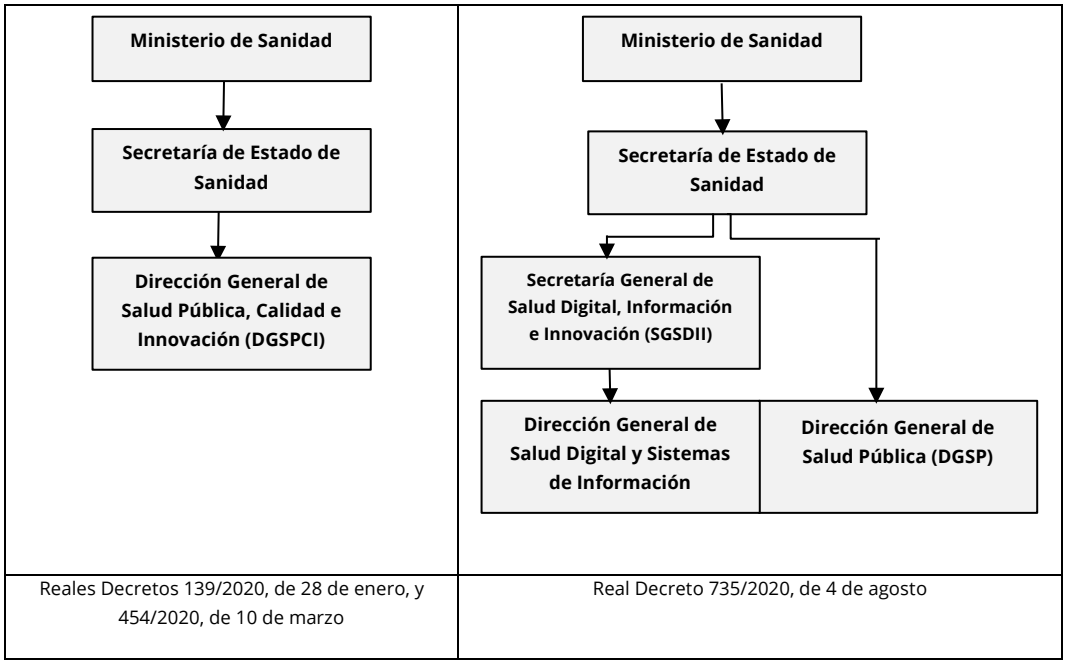
[40] Artículo 3 RD 454/2020.

[41] Real Decreto 735/2020, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 211, de 5.8.2020).

[42] Artículo 4 RD 735/2020, de 4 de agosto.

del Sistema Nacional de Salud (SGSDII), a la cual se atribuyeron algunas competencias de la antigua DGSPCI, en particular, las relativas a la elaboración de sistemas de información, la gestión de la información, la identificación de la población protegida y el acceso a la información clínica y terapéutica[43].

La tabla 1 refleja la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad en estos dos períodos en relación con la aplicación «Radar COVID»:



Por otra parte, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, con arreglo al art. 1 del Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero[44], se encarga, entre otras materias, de «la política de telecomunicaciones y para la transformación digital, en particular impulsando la digitalización de las Administraciones Públicas». La SEDIA forma parte del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Las funciones que reglamentariamente tiene atribuidas consisten en «el impulso de la digitalización del sector público y la coordinación y cooperación interministerial y con otras Administraciones públicas respecto a dichas materias, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros departamentos ministeriales»[45].

La Secretaría General de Administración Digital (SGAD) es el órgano directivo al que corresponde, bajo la autoridad de la SEDIA, la dirección, coordinación y ejecución de las competencias en materia de transformación digital de la administración, incluyendo su desarrollo técnico[46].

La tabla 2 refleja la estructura orgánica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital en relación con la aplicación «Radar COVID»:

[43] Artículo 3 RD 735/2020, de 4 de agosto.

[44] Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (BOE núm. 50, de 27.2. 2020).

[45] Artículo 8 del RD 403/2020, de 25 de febrero.

[46] Artículo 9 del RD 403/2020, de 25 de febrero.

A los efectos de identificar los diferentes responsables y encargados del tratamiento de datos personales en el funcionamiento de la aplicación «Radar COVID», la AEPD distingue dos fases diferentes:

(i) Fase inicial en el despliegue de la aplicación: comprende el período en el cual se concibe el desarrollo de una aplicación para la trazabilidad de contactos, se determinan sus características y se lleva a cabo el proyecto piloto «Radar COVID» para asegurar su correcto funcionamiento. Es en esta fase en la que se cometen las principales infracciones detectadas por la AEPD.

Durante esta primera fase, la AEPD concluye que la DGSPCI ostentaba la condición de responsable del tratamiento y que, además, la SEDIA actuaba *de facto* como responsable del tratamiento sin tener atribuida una competencia para ello.

Para la AEPD la condición de responsable del tratamiento para el desarrollo y funcionamiento de una aplicación de rastreo de contactos como «Radar COVID» debería recaer en una autoridad sanitaria. Cita en este sentido el apartado 3.1 de la Comunicación de la Comisión Europea 2020/C 124 I/01[47], que persigue atribuir a las autoridades sanitarias la función de determinar los fines y medios de los tratamientos de datos personales con el objetivo de reforzar la confianza ciudadana ante estas aplicaciones.

El ordenamiento jurídico español atribuye de entrada a las autoridades sanitarias las competencias para adoptar diferentes medidas para el control de enfermedades y riesgos sanitarios (artículo 3 Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública[48]; artículos 5 y 84 de la Ley 33/2011, de 4 de

[47] De acuerdo con el art. 3.1 de la Comunicación de la Comisión: orientaciones sobre las aplicaciones móviles de apoyo a la lucha contra la pandemia de covid-19 en lo referente a la protección de datos 2020/C 124 I/01 (C/2020/2523; OJ C 124I , 17.4.2020, p. 1-9), «la Comisión considera que las aplicaciones deberían estar diseñadas de tal manera que las autoridades sanitarias nacionales (o las entidades que realicen una misión que se lleva a cabo en favor del interés público en el ámbito de la salud) sean las responsables del tratamiento».

[48] Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (BOE núm. 102, de 29.4.1986). El art. 3 establece que: «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria,

octubre, General de Salud Pública)[49]. En definitiva, para la AEPD, «desde un punto de vista de tratamiento de datos personales, la salvaguardia de intereses esenciales en el ámbito de la salud pública corresponde a las distintas autoridades sanitarias de las diferentes administraciones públicas, quienes podrán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar dichos intereses esenciales públicos en situaciones de emergencia sanitaria de salud pública»[50].

Como se ha señalado, durante esta fase inicial, el Ministerio de Sanidad, con arreglo a su estructura orgánica, llevaba a cabo sus funciones en relación con los desarrollos tecnológicos para frenar la pandemia, por medio de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación (DGSPCI) –posteriormente, denominada Dirección General de Salud Pública (DGSP)–, la cual *prima facie* debía asumir el rol de responsable del tratamiento de datos personales asociado a la aplicación «Radar COVID». De hecho, la DGSPCI llevó a cabo varias actuaciones que acreditan la adopción de decisiones acerca de las finalidades y los medios del tratamiento de datos personales de la aplicación: participó en varias reuniones para planificar su desarrollo, comunicó el visto bueno a la SGAD para poner en marcha el proyecto piloto, y también validó el informe final del análisis de conclusiones del proyecto[51].

Como pone de relieve la AEPD, la DGSPCI fue «la que decidió el uso de nuevas tecnologías, en forma de aplicación móvil, como medio de apoyo de la estrategia de identificación y seguimiento de contactos, condicionado el tratamiento y los "medios esenciales"»[52]. Hay que recordar que en esta fase todavía no se había creado la SGSDII, por lo que no pudo intervenir en ningún momento en la toma de decisiones acerca de la aplicación.

Por otra parte, la AEPD valora las actuaciones de la SEDIA. Como se ha señalado, conforme al ordenamiento, sus competencias incluyen «el impulso de la digitalización del sector público y la coordinación y cooperación interministerial y con otras Administraciones públicas respecto a dichas materias, sin perjuicio de las competencias atribuidas otros departamentos ministeriales»[53]. De entrada, para la AEPD, su rol por defecto conforme a esta atribución competencial sería el de encargado del tratamiento. Ahora bien, las actuaciones que llevó a cabo durante la fase inicial del proyecto denotan que su implicación correspondió a la propia de un responsable del tratamiento. En este sentido, la AEPD distingue entre un conjunto de actuaciones *ad intra* y otras *ad extra*. Entre las primeras, se ha acreditado que, aunque la DGSPCI dio el visto bueno a la elaboración del proyecto en una carta a la SEDIA de 9 de junio de 2020, fue la SEDIA la que efectivamente determinó los fines del tratamiento y decidió en la práctica sobre los medios esenciales para llevarlo a

además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

[49] Téngase en cuenta también que el artículo 4.2.d) del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, designaba al Ministro de Sanidad como autoridad competente delegada en su área de responsabilidad.

[50] Resolución AEPD SEDIA, p. 175.

[51] Resolución AEPD DGSP, pp. 138-139.

[52] Resolución AEPD DGSP, p. 139.

[53] Artículo 8 del Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero.

cabo. Otro indicio, aunque no determinante, es que durante esta fase no se procedió en ningún momento a una designación formal expresa de la SEDIA como encargada del tratamiento: por ejemplo, no se suscribió un contrato o se dictó un acto jurídico en el sentido del artículo 28.3 RGPD para la designación formal de la SEDIA como encargada del tratamiento. También, en ese momento, la DGSPCI consideraba que, dada la estructura descentralizada del sistema sanitario español, la condición de responsable de los tratamientos realizados por la aplicación «Radar COVID» no debería recaer en el Ministerio de Sanidad o uno de sus órganos directivos, sino que deberían ser las autoridades sanitarias de cada comunidad autónoma las que ostentaran la condición de responsable del tratamiento. En consecuencia, si la DGSPCI consideraba que no era responsable, no podía designar a la SEDIA como encargada del tratamiento[54].

Además, en el momento en el cual se contrata por vía de emergencia los servicios de la empresa INDRA, el responsable del tratamiento debería haber concluido con esta un acuerdo en el sentido del artículo 28.3 RGPD para designarla encargada del tratamiento en relación al desarrollo de la aplicación «Radar COVID» y haber reflejado el contenido mínimo que señala el precepto. Sin embargo, ni la DGSPCI ni la SEDIA procedieron a suscribir este contrato. De hecho, si la SEDIA hubiera ostentado la condición de encargada del tratamiento, no habría podido suscribir el acuerdo ya que debería haber requerido a la DGSPCI, como responsable del tratamiento, para que procediera a autorizarla previamente y, por escrito, como exige el artículo 28.2 RGPD para recurrir a otro encargado[55]. En cualquier caso, ni el acuerdo de contratación, ni el pliego de condiciones designan formalmente a INDRA como encargada o subencargada del tratamiento, ni tampoco reflejan el contenido mínimo que exige el artículo 28.3 RGPD.

A resultas de estas actuaciones, la AEPD concluye que «la SEDIA detentó la condición de responsable del tratamiento, sin disponer de cobertura legal para ejercer esta condición. En consecuencia, no era el órgano competente para tratar los datos de carácter personal»[56], pero también fue ella quien determinó «los fines y medios de los tratamientos realizados (amén de la apariencia ante los ciudadanos como responsable del tratamiento)»[57]. La AEPD recuerda que, aún en el caso en el cual la SEDIA hubiera sido formalmente designada como encargada del tratamiento, su actuación en la práctica se habría extralimitado, por lo que podría resultar de aplicación lo previsto en el artículo 28.10 RGPD: «[...] si un encargado del tratamiento infringe el presente Reglamento al determinar los fines y medios del tratamiento, será considerado responsable del tratamiento con respecto a dicho tratamiento».

(ii) Fase de implementación de la aplicación Radar COVID, especialmente a partir de la celebración del Acuerdo de uso de la aplicación de 13 de octubre de 2020 entre el

[54] Resolución AEPD SEDIA, p. 177.

[55] Resolución AEPD SEDIA, p. 191.

[56] Resolución AEPD SEDIA, p. 185.

[57] Resolución AEPD SEDIA, p. 185.

Ministerio de Sanidad y el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

En este momento ya se ha creado la SGSDII, concebida para reforzar el Ministerio de Sanidad en sus estrategias digitales y, en particular, a partir del sobreesfuerzo ocasionado por la pandemia. Es la SGSDII la que da continuidad al proyecto sobre la aplicación que había emprendido la DGSPCI, y la que, a su desaparición, la sucede en su condición de responsable del tratamiento. A partir de la creación de la DGSPCI, se dan toda una serie de elementos que contribuyen a una mejor identificación de los roles de los diferentes sujetos implicados en la operativa de la aplicación «Radar COVID». En primer lugar, y sobre todo, el «Acuerdo entre el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y el Ministerio de Sanidad acerca de la aplicación "Radar COVID"» de 13 de octubre de 2020 establece que la SGSDII asume la condición de responsable del tratamiento de los datos personales y que la SGAD actuará como encargada del tratamiento. En segundo lugar, la política de privacidad de la aplicación en la redacción dada después del acuerdo también identifica a la SGSDII como responsable y a la SGAD como encargada del tratamiento. Finalmente, el Registro de Actividades del Tratamiento (RAT) del Ministerio de Sanidad designa a la SGSDII como responsable de los tratamientos relacionados con la aplicación «Radar COVID». En definitiva, en esta segunda fase, la calificación de las posiciones de los diferentes sujetos implicados en la operativa de la aplicación es más sencilla, pues coinciden las atribuciones competenciales con las funciones efectivamente desempeñadas por cada uno de ellos.

c) *Deberes de información y transparencia*

Al producirse un tratamiento de datos de los usuarios ya durante la fase piloto del proyecto, la AEPD concluye que el responsable del tratamiento debería haber notificado e informado a los interesados sobre los diferentes aspectos previstos en el RGPD para dar cumplimiento así a su obligación de transparencia. En particular, el artículo 12 RGPD establece que el responsable del tratamiento deberá adoptar las medidas oportunas para facilitar a los interesados la información completa relativa a los tratamientos de sus datos personales en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo. El artículo 13 RGPD obliga a informar sobre aspectos, tales como la identidad y los datos de contacto del responsable; los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso; los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento; los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales; las condiciones, en su caso, de las transferencias internacionales de datos; los plazos de conservación de los datos; y los derechos de los interesados y su modo de ejercicio.

Según las resoluciones de la AEPD, en la primera versión del programa piloto de julio de 2020 que se puso a disposición de los usuarios para su descarga, las condiciones de uso y la política de privacidad que la acompañaban no cumplían con las exigencias de información impuestas por los artículos 12 y 13 RGPD. En este sentido, no identificaban quiénes eran los responsables y encargados del tratamiento y la información contenida en ellos no se facilitó de forma «concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo»[58]. Además, en ellos

[58] Resolución AEPD SEDIA, p. 193; Resolución AEPD DGSP, p. 153.

se negaban los derechos de los interesados previstos en los artículos 15-22 RGPD, al considerar que no se producía un tratamiento de datos personales[59].

En definitiva, puesto que los promotores de la aplicación no consideraban que hubiese un tratamiento de datos personales no tuvieron en cuenta las obligaciones establecidas en el RGPD y demás normativa de aplicación, lo que comporta una infracción muy grave con arreglo al art. 83.5.b) RGPD. Además, también comporta un incumplimiento del principio de licitud, lealtad y transparencia en el tratamiento de los datos personales (art. 5.1.a) RGPD) y del deber de responsabilidad proactiva (art. 5.2 RGPD).

La AEPD destaca otros problemas sobre falta de transparencia detectados en momentos posteriores. Por ejemplo, señala que la información no fue accesible para personas con problemas visuales[60]. También explica que, en modificaciones posteriores de la documentación facilitada a los usuarios, tampoco se identificaban correctamente quiénes asumían los roles de responsable y de encargado del tratamiento. Tampoco se facilitaban en dichos documentos datos sobre la identidad del Delegado de Protección de Datos y formas de contacto.

Para la AEPD, la información suministrada tampoco es clara sobre las categorías de datos tratados[61], ni sobre las bases de licitud[62]. La información sobre las finalidades y destinatarios de los datos también resulta genérica y ambigua[63].

Finalmente, las resoluciones destacan que la información no siempre es coherente. De hecho, en enero de 2022, en el apartado de preguntas frecuentes en la página web sobre la aplicación «Radar COVID», se seguía insistiendo que esta no trataba ningún tipo de dato personal[64].

En conclusión, para la AEPD, la SEDIA, actuando *de facto* como responsable, no adoptó las medidas necesarias para facilitar a los interesados toda la información prevista en los artículos 12 y 13 RGPD[65]. Tampoco la DGSP cumplió con su deber que le correspondía como responsable del tratamiento de acuerdo con la atribución competencial[66]. Para la AEPD, cumplir con el deber de transparencia –y su correlato: el derecho de información de los interesados- «es especialmente pertinente en situaciones como la que acontece, en la que la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la aplicación hacen que sea difícil para la ciudadanía saber y comprender si se están recogiendo, por quién y con qué finalidad, datos personales que le conciernen»[67].

[59] Resolución AEPD SEDIA, p. 198; Resolución AEPD DGSP, p. 153.

[60] Resolución AEPD SEDIA, p. 194; Resolución AEPD DGSP, p. 151.

[61] Resolución AEPD SEDIA, p. 195; Resolución AEPD DGSP, pp. 152-153.

[62] Resolución AEPD SEDIA, p. 195-196; Resolución AEPD DGSP, pp. 153-154.

[63] Resolución AEPD SEDIA, p. 197; Resolución AEPD DGSP, pp. 154-155.

[64] Resolución AEPD SEDIA, p. 142; Resolución AEPD DGSP, p. 124.

[65] Véanse también Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 29 de noviembre de 2017 por el Grupo de Trabajo del artículo 29 (WP260 rev.01).

[66] Resolución AEPD DGSP, p. 145.

[67] Resolución AEPD SEDIA, p. 198; Resolución AEPD DGSP, p. 156.

d) *Obligación de elaborar las correspondientes evaluaciones de impacto*

Las Resoluciones de la AEPD concluyen que ni la SEDIA ni la DGSPCI elaboraron las pertinentes evaluaciones de impacto relativas a la protección de datos personales (EIPD) antes de iniciar las primeras operaciones de tratamiento, en incumplimiento de lo previsto en el artículo 35 RGPD.

Durante el procedimiento de investigación la SEDIA aportó dos versiones diferentes de una evaluación de impacto, una fechada en 12 de agosto de 2020 –realizada, en principio, antes del lanzamiento de la app «Radar COVID» al público en general– y otra de octubre de 2020. Por ello, al menos durante la fase piloto del proyecto, se habrían tratado datos personales de los usuarios de la app sin haber elaborado antes una evaluación de impacto.

Por otra parte, en la elaboración de las evaluaciones de impacto aportadas por la SEDIA, no se habría contado con la participación del Delegado de protección de datos, lo que comporta una infracción de lo establecido en los artículos 35.2 y 39.1.c) RGPD.

En consecuencia, para la AEPD, «[l]a falta de EIPD, así como su realización defectuosa, incompleta, tardía o sin la participación del DPD supone una conculcación del principio de responsabilidad proactiva y de la privacidad desde el diseño, así como de las previsiones del RGPD sobre la EIPD»[68].

En este sentido, la actuación de la SEDIA y la DGSPCI supuso una vulneración del artículo 35 RGPD[69]. En las Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID-19, el CEPD señalaba claramente que habría «de llevarse a cabo una evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) antes de empezar a utilizar una aplicación de este tipo por cuanto se considera que el tratamiento puede entrañar un alto riesgo (datos sanitarios, adopción previa a gran escala, seguimiento sistemático, utilización de una nueva solución tecnológica)». Además, el CEPD también «recomienda encarecidamente la publicación de las EIPD» (apartado 39).

Además, para la AEPD, las EIPD están vinculadas con el principio de responsabilidad proactiva (artículo 5.2 RGPD) y con el principio de protección de datos desde el diseño y protección de datos por defecto (artículo 25 RGPD). En este sentido, la elaboración de una EIPD permite anticipar los diferentes riesgos asociados a las operaciones de tratamiento que se pretenden poner en marcha e identificar diferentes medidas para evitar o minimizar sus consecuencias. Para la AEPD, los hechos ponen de manifiesto «una falta flagrante de privacidad desde el diseño» ya que se produjo «un tratamiento de datos personales sin un mínimo y somero análisis que indicara si se estaban tratando datos personales y cuáles eran, en su caso, los eventuales riesgos que afectaban a los derechos y libertades de los ciudadanos»[70].

La AEPD rechaza la argumentación de la SEDIA según la cual al considerar que no se trataba ningún dato personal durante la fase piloto del proyecto no era necesario realizar una EIPD. Para

[68] Resolución AEPD SEDIA, p. 205; Resolución AEPD DGSP, p. 165.

[69] Véanse asimismo considerandos 89, 90 y 91 RGPD y Directrices sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento «entraña probablemente un alto riesgo» a efectos del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 4 de abril de 2017 por el GT Artículo 29 (WP 248 rev.01).

[70] Resolución AEPD SEDIA, p. 206.

la AEPD, para discernir efectivamente si la aplicación trataba o no datos personales ya durante la fase piloto, el responsable debería haber elaborado de hecho una EIPD.

e) *Vulnerabilidades en la aplicación*

Desde abril de 2020, se conocía públicamente una vulnerabilidad en el diseño técnico del software que utilizaban las aplicaciones de rastreo basadas en el protocolo abierto «Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing» (DP3T), que acabó adoptando la aplicación «Radar COVID».

El equipo DP3T había publicado aquel mes su informe técnico «Privacy and Security Risk Evaluation of Digital Proximity Tracing Systems», que relataba que únicamente los usuarios que hubieran recibido un test positivo de COVID-19 subían las claves TEK a los servidores utilizado por la aplicación de rastreo. En consecuencia, cada vez que se observaba una subida de la clave desde un teléfono al servidor, se podía inferir que el propietario del terminal estaba infectado con el coronavirus. Además, aunque se recurriera a encriptar los datos entre la aplicación y los servidores y, en consecuencia, no se pudiera observar el *endpoint* y el contenido de la subida al servidor, a partir de la longitud de los mensajes se revelaba una subida de la clave TEK con resultado positivo al servidor. Esta comunicación de información entre teléfono móvil y servidor podía ser observada por diversos terceros como, por ejemplo, la compañía proveedora de servicios de telecomunicaciones -si la conexión al servidor se realiza mediante GSM-, la proveedora de servicios de acceso a Internet; o de cualquier persona que tuviera acceso a la misma red (WiFi o Ethernet) que el usuario.

Varias reclamaciones ante la AEPD señalaron esta vulnerabilidad, entre ellas, la formulada por diversos profesores expertos en protección de datos personales. Explicaron, además, que, en el caso español, el funcionamiento de la app permitía vincular de modo inequívoco una IP con el hecho de que su titular estaba subiendo un test positivo de COVID. El sistema asociaba la dirección IP a los datos de clave TEK subidos por usuarios que habían dado positivo. Las direcciones IP de los usuarios de «Radar COVID» asociadas a un test positivo de COVID podían ser observadas por la compañía Amazon, que proporcionaba la tecnología del *endpoint* de CloudFront CDN utilizada para la descarga de las claves TEKs. En definitiva, los datos sobre salud quedaban vinculados a una dirección IP, que además de constituir un dato personal, permitiría identificar indirectamente a la persona diagnosticada[71].

El equipo de desarrollo de la aplicación, a pesar de conocer esta vulnerabilidad en el protocolo, consideró que los riesgos eran residuales y prefirió no adoptar ninguna medida de corrección, cuando esta era factible. El problema no fue corregido hasta el 8 de octubre de 2020, esto es, casi dos meses después de su puesta en funcionamiento.

Por ello, concluye la AEPD, «el diseño de la aplicación no ha tenido presente de forma efectiva los principios aplicables a la protección de datos» y «[e]n la aplicación de las medidas de seguridad técnicas y organizativas, el responsable no ha tenido en consideración los riesgos que representaba este tratamiento»[72]. De hecho, para la AEPD, «aun siendo conscientes del riesgo,

[71] Véase *supra* apartado 4.2.a).

[72] Resolución AEPD SEDIA, p. 210.

no integraron las garantías necesarias para garantizar la confidencialidad de los datos y resiliencia de los sistemas»[73].

4.3. Sanción impuesta por la AEPD

A pesar de las múltiples infracciones detectadas durante el procedimiento de investigación y que son prolijamente descritas en las resoluciones, las sanciones impuestas por la AEPD a la SEDIA y a la DGSP se circunscriben a un simple apercibimiento, sin consecuencias económicas.

El artículo 83.7 RGPD establece que «[s]in perjuicio de los poderes correctivos de las autoridades de control en virtud del artículo 58, apartado 2, cada Estado miembro podrá establecer normas sobre si se puede, y en qué medida, imponer multas administrativas a autoridades y organismos públicos establecidos en dicho Estado miembro».

En España, el artículo 77 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD)[74] establece que para determinados sujetos –y en particular, en relación con la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local–, cuando actuando como responsables o encargados del tratamiento de datos personales, cometan alguna infracción, «la autoridad de protección de datos que resulte competente dictará resolución sancionando a las mismas con apercibimiento. La resolución establecerá asimismo las medidas que proceda adoptar para que cese la conducta o se corrijan los efectos de la infracción que se hubiese cometido».

Puede discutirse si una sanción de apercibimiento tiene poder disuasorio suficiente para prevenir la comisión de infracciones de la normativa de protección de datos. Anticipar que no seguirán a las infracciones unas consecuencias significativas puede no proporcionar incentivos suficientes a los decisores públicos para evitar su comisión. En cualquier caso, hay otros factores en la normativa sobre protección de datos que pueden reducir este riesgo y proporcionar incentivos a la prevención de infracciones: la posibilidad de iniciar procedimientos disciplinarios contra autoridades y directivos (artículo 77.3 LOPDGDD); la responsabilidad civil derivada de infracciones de la normativa sobre protección de datos (artículo 82 RGPD) o la adopción de medidas de corrección o cese que pueden comportar en la práctica un coste muy elevado o la pérdida de las inversiones previamente realizadas. Las consecuencias reputacionales y, en particular el desgaste político, también pueden incentivar la adopción de decisiones más cuidadosas de los derechos de los datos personales de los ciudadanos.

5. Valoraciones y lecciones para futuras pandemias

5.1. Emergencia y ponderación de derechos

Las dos resoluciones dictadas por la AEPD en relación con el desarrollo e implementación de la aplicación para rastreo de casos positivos «Radar COVID» dan buena cuenta de las múltiples

[73] Resolución AEPD SEDIA, p. 210.

[74] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 6.12.2018).

infracciones de la normativa sobre protección de datos personales que sus promotores habrían cometido. La AEPD relata cómo estos, al menos en los primeros estadios de desarrollo de la aplicación, habrían ignorado los deberes más básicos que prescribe el RGPD y situado sus actuaciones muy por debajo del umbral mínimo de diligencia que impone el principio de responsabilidad activa.

No puede servir de justificación que los responsables en el Ministerio de Sanidad y en el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, así como los proveedores externos de la tecnología, consideraran que la aplicación en su fase piloto no trataba datos personales sino únicamente datos manipulados y datos anonimizados[75]. Se trate esta de una creencia errónea o de una justificación construida *ex post*, no ha de valer como argumento para dejar sin aplicación el RGPD y demás normativa sobre protección de datos personales.

La situación de urgencia y emergencia tampoco justifica una ignorancia tal del derecho de protección de datos. Como es incontestable, la declaración del estado de alarma que siguió en España a la propagación del coronavirus SARS-CoV-2 ni suspendió la eficacia del RGPD, ni vació de contenido los derechos fundamentales a la intimidad y a los datos personales. En otros términos, una situación de emergencia sanitaria no genera una suerte de *sandbox* jurídico, que permite a los decisores públicos un amplio margen de maniobra para diseñar nuevas herramientas informáticas sin asumir ningún tipo de responsabilidad jurídica.

Ya desde los inicios de la pandemia en España, la AEPD tomó posición sobre la necesidad de una aplicación estricta del RGPD a las diferentes actuaciones que pudieran implicar tratamientos de datos personales. En este sentido, el Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos elaboró los informes N/REF 0017/2020 y N/REF 32/2020, en los cuales se destacó que la normativa de protección de datos personales debía aplicarse íntegramente a la situación de emergencia sanitaria provocada por la extensión del virus COVID-19. En particular, el informe N/REF 0017/2020 advierte que «las consideraciones relacionadas con la protección de datos -dentro de los límites previstos por las leyes- no deberían utilizarse para obstaculizar o limitar la efectividad de las medidas que adopten las autoridades, especialmente las sanitarias, en la lucha contra la epidemia, por cuanto ya la normativa de protección de datos personales contiene una regulación para dichos casos que compatibiliza y pondera los intereses y derechos en liza para el bien común» (p. 1).

Esta misma posición se repite en las resoluciones que analizamos en este trabajo. La AEPD se refiere en ellas a la necesaria ponderación de derechos e intereses que ha de realizarse para implementar una aplicación informática de rastreo de contactos positivos. El punto de partida es obvio: el derecho a la protección de los datos personales no es absoluto, sino que debe equilibrarse con otros derechos y modularse con arreglo al principio de proporcionalidad (considerando 4 RGPD). La protección de datos no puede, además, obstaculizar el desarrollo tecnológico[76]. Para la AEPD, las circunstancias extraordinarias y de emergencia generadas por la pandemia obligaban a la adopción de diversas medidas para poner fin a la gravedad de la situación[77]. Hay, pues, una necesidad de actuación para la protección de la salud y la prevención de los contagios, pero para la AEPD, en este escenario, no resulta imposible «armonizar los

[75] Véase *supra* apartado 4.2.a).

[76] Resolución AEPD SEDIA, p. 211; Resolución AEPD DGSP, p. 166.

[77] Resolución AEPD SEDIA, p. 210; Resolución AEPD DGSP, p. 166.

derechos e intereses de los usuarios, cuya protección exige escasa justificación ante la situación epidemiológica que aconteció»[78].

Esta ponderación de derechos e intereses ya está en buena parte realizada por el legislador e incluida en el RGPD. La normativa sobre protección de datos proporciona algunas reglas especiales relacionadas con el control de epidemias y su propagación, catástrofes naturales y de origen humano (considerando 46, artículos 6.1.e), 6.1.d), 9.2.g) e i) RGPD)[79], que establecen salvaguardas a la protección de los datos personales. Las propias reglas del RGPD ofrecen un cierto margen de discreción a los decisores públicos, pero, en cualquier caso, la flexibilidad no puede llegar hasta actuaciones punto menos que perfunctorias en el respeto de los derechos a la protección de datos personales.

5.2. Rapidez e incertidumbre en la adopción de decisiones

Una situación de emergencia sanitaria exige inmediatez y rapidez en la toma de decisiones. Es por eso por lo que estas se han de adoptar con un alto grado de incertidumbre. Así, por ejemplo, en el ámbito de innovaciones tecnológicas para hacer frente a las consecuencias de una crisis sanitaria, los decisores públicos, si actúan, lo han de hacer sin contar con suficientes conocimientos acerca de la eficacia de la tecnología, de algunas de sus implicaciones éticas y jurídicas y de la disponibilidad de alternativas mejores. Buscar el equilibrio entre la necesidad de actuar de un modo rápido y la minimización de riesgos imprevistos o imprevisibles que la actuación puede comportar constituye uno de los retos más importantes a los que aquellos se enfrentan.

Adoptar decisiones en este marco comporta necesariamente cierta dosis de improvisación y flexibilidad, pero ello no puede convertirse en una patente de corso para poner en marcha tratamientos masivos de datos personales sin una mínima previsión. Hay diferencias de nota entre la improvisación y el apaño.

El Gobierno español actuó rápido, pero no tanto como los de otros estados. La aplicación «Radar COVID» estuvo operativa a partir de la segunda quincena de agosto de 2020, cuando en otros países como Israel o Corea del Sur sus aplicaciones de rastreo de positivos se lanzaron ya en abril de 2020, o como Suiza, que activó su aplicación el 26 de mayo de 2020, poco después de que Google y Apple pusieran en marcha su interfaz para notificaciones de contactos, fruto de su acuerdo de colaboración (*«Google Apple Exposure Notification application programming interface»*). En otros términos, las operaciones de desarrollo e implementación de «Radar COVID» fueron posteriores –o parejas en algunos casos- a las que tuvieron lugar en otros países. Era pues relativamente sencillo poder obtener información acerca de las garantías en materia de protección datos que otros Estados miembros de la UE adoptaban durante el desarrollo de sus aplicaciones de rastreo de positivos.

Las tareas de desarrollo e implementación de «Radar COVID» también tuvieron lugar después de que el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) y la AEPD se hubieran pronunciado sobre las implicaciones jurídicas que podían comportar los tratamientos de datos realizados por aplicaciones de rastreo y otras herramientas informáticas. En este sentido, en las Directrices

[78] Resolución AEPD SEDIA, p. 192.

[79] Resolución AEPD SEDIA, p. 198.

04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID-19, se insiste en la necesidad de reducir los datos objeto del tratamiento a los mínimos estrictamente necesarios «de acuerdo con el principio de minimización de datos, además de cumplir otras medidas de la protección de datos desde el diseño y por defecto» a efectos de «limitar el riesgo de identificación y de rastreo físico de personas»[80].

En efecto, los promotores de «Radar COVID» conocían o podían conocer cómo la AEPD afrontaba los retos que la pandemia planteaba para la protección de datos personales. Además, como se ha indicado, las actuaciones de vigilancia y supervisión de la AEPD sobre los promotores de la aplicación «Radar COVID» se produjeron ya desde que estos anunciaran el proyecto.

También muchos juristas especialistas en protección de datos advirtieron desde los primeros meses de la pandemia sobre los riesgos que planteaban las aplicaciones de rastreo de contactos positivos y sobre las garantías exigidas por el RGPD para salvaguardar los derechos de los interesados[81]. La literatura científica en este ámbito es abundante y una parte sustancial se publicó o se puso a disposición del público poco después de que la Organización Mundial de la Salud declarara el 11 de marzo de 2020 la situación de pandemia global.

Las resoluciones de la AEPD muestran cómo los responsables en el Ministerio de Sanidad y en el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital iniciaron y prosiguieron con el desarrollo de la aplicación «Radar COVID» a espaldas del estado de los conocimientos técnicos y jurídicos disponibles en aquellos momentos. Si bien gradualmente fueron corrigiendo las diferentes deficiencias y adaptando sus comportamientos a las exigencias derivadas del RGPD, resulta sorprendente su actuación inicial, especialmente cuando la mayoría de información era fácilmente accesible.

5.3. Complejidad del entorno institucional y de decisión

Otro de los aspectos que sobresale en las resoluciones de la AEPD es la complejidad del entorno institucional en el cual han de adoptarse las diferentes decisiones necesarias para el desarrollo y funcionamiento de una aplicación para el rastreo de contactos positivos de COVID-19.

La existencia de varios nodos de decisión difumina las responsabilidades y dificulta la identificación de las diferentes esferas de control. Esta difusión afecta tanto a las relaciones internas -las que se dan entre los diferentes intervinientes en el proceso de desarrollo y adopción de la herramienta tecnológica- como a las relaciones externas -las que se dan entre los ciudadanos y los operadores de la aplicación-. En la dimensión interna, la falta de una

[80] Directrices 04/2020, pp. 10-11.

[81] Véanse, entre otros, EDWARDS, Lilian et al., «The Coronavirus (Safeguards) Bill 2020. Proposed protections for digital interventions and in relation to immunity certificates», *LawArXiv*, 2020 [disponible en: https://osf.io/preprints/lawarxiv/yc6xu/ (fecha de consulta: 15.10.2022)]. En España, véanse entre otros, PIÑAR MAÑAS, José Luis, «Transparencia y protección de datos en el estado de alarma y en la sociedad digital post COVID-19», en BLANQUER CRIADO, David, *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 135-184; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, «Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública», *Diario La Ley*, vol. 38, núm. 1, 2020 [disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/03/27/los-tratamientos-de-datos-personales-en-la-crisis-del-covid-19-un-enfoque-desde-la-salud-publica (fecha de consulta: 15.10.2022)]; y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, «Covid-19 ¿hacia un rediseño de la privacidad?», *La Ley Privacidad*, núm. 5, 2020.

distribución clara de roles y funciones puede inducir a un decisor a creer que son otros quienes asumen la responsabilidad de comprobar que se está cumpliendo con la normativa de protección de datos. Cuando todos o varios de ellos llegan a la creencia de que los deberes los harán otros, la casa queda sin barrer. En la dimensión externa, la difuminación de responsabilidades dificulta el ejercicio de los derechos de los ciudadanos para proteger sus datos personales frente a los operadores de la aplicación: les priva de saber contra quién actuar, por qué razones y de qué modo.

a) *Dimensión interna*

En la dimensión interna, es cierto que el ordenamiento español prevé mecanismos de delegación de competencias o encomiendas de gestión entre diversos órganos administrativos, pero cuyo resultado es siempre que el delegante conserva la competencia y el delegado se ocupa únicamente de su ejercicio[82]. En el ámbito de la protección de datos, ello conlleva que, a pesar de que haya habido una delegación o encomienda, el órgano administrativo en quien se residencia la titularidad de la competencia no pierde su condición de responsable de los tratamientos de datos personales asociados[83]. En otros términos, el principio de atribución competencial permite una correcta identificación *ex ante* de quién se erige como responsable principal del tratamiento de datos personales asociados con una competencia.

Mas, este enfoque formalista puede enredarse: la complejidad deriva de que delegaciones y encomiendas de gestión pueden comportar que el ejercicio de la competencia por otro órgano administrativo suponga una actuación *de facto* como responsable de los tratamientos de datos personales asociados a esa competencia; o bien suponga una actuación como encargado del tratamiento siguiendo las instrucciones y órdenes del delegante; o finalmente, que se trate de un tercero al que de algún modo se le comuniquen los datos personales tratados. Además, la complejidad se incrementa cuando los órganos delegantes y delegados no están sujetos a una relación de subordinación jerárquica, por ejemplo, porque -como en nuestro caso- forman parte de dos ministerios diferentes. Esta última situación puede invitar a los implicados a descartar que la relación entre ambos sea la que media entre un responsable y un encargado del tratamiento de datos personales.

Las resoluciones de la AEPD ponen de manifiesto que cuando se produce una colaboración interministerial para el desarrollo de proyectos que implican tratamientos de datos personales puede fácilmente darse una situación en la cual sujetos sin una atribución competencial explícita acaben comportándose como responsables de los tratamientos y que, en la práctica, acaben determinando por sí mismos o conjuntamente con el titular de la competencia los medios y los fines esenciales. En otros términos, se produce una extralimitación de su propio ámbito de atribución competencial que comporta dejar de actuar en el rol que por defecto asignaría el RGPD -el de encargado del tratamiento- y asumir el rol de responsable. Esta es la conclusión a la que llega la AEPD en relación con el comportamiento de la SEDIA durante el desarrollo de la aplicación «Radar COVID».

[82] Véanse artículos 8-11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2.10.2015).

[83] Resolución AEPD SEDIA, p. 172.

Por otra parte, la AEPD, tanto con base en el criterio de atribución competencial como en atención a la actuación de hecho, concluye que la DGSPCI -ahora DGSP- también ostenta la condición de responsable del tratamiento. Según la AEPD fue esta «la que decidió el uso de nuevas tecnologías, en forma de aplicación móvil, como medio de apoyo de la estrategia de identificación y seguimiento de contactos, condicionado el tratamiento y los "medios esenciales"»[84]. En las resoluciones dictadas por la AEPD no se entra a valorar si ambas sancionadas actuaron como responsables independientes del tratamiento o como corresponsables del mismo. No era necesario para la valoración de las infracciones imputadas. Con todo, esta idea según la cual la DGSPCI habría «condicionado» el tratamiento de los datos personales y los medios esenciales para ello recuerda bastante a los criterios desarrollados por el TJUE para identificar supuestos de corresponsabilidad en los cuales un sujeto al utilizar una determina herramienta proporcionada por otro puede influir decisivamente en las operaciones de tratamiento que, de no haber sido por dicha influencia, no habrían ocurrido[85].

b) *Dimensión externa*

La multiplicidad de sujetos implicados en el desarrollo y gestión de la aplicación «Radar COVID» dificulta el ejercicio de los derechos de los interesados reconocidos por el RGPD. Para un sujeto interesado en proteger, por ejemplo, su derecho de acceso a los datos personales tratados por el responsable de la aplicación, la complejidad institucional puede disuadir su ejercicio y menoscabar la tutela otorgada por el RGPD. Si bien el artículo 12.3 LOPDYGDD establece que el encargado podrá tramitar, por cuenta del responsable, las solicitudes de ejercicio formuladas por los afectados de sus derechos, se trata de una solución voluntaria: el encargado dará respuesta a los interesados si así se estableciere en el contrato o acto jurídico que le vincule con el responsable del tratamiento.

Los cambios en la estructura administrativa del Ministerio de Sanidad ocurridos durante la pandemia y, en particular, durante la fase de desarrollo de la aplicación para el rastreo de casos positivos no contribuyeron a mejorar la posición de los usuarios y otros interesados cuyos datos personales pudieran verse afectados.

Finalmente, los problemas en la dimensión externa se ven incrementados por los problemas de falta de transparencia, los múltiples cambios en los diferentes documentos que acompañaban a la aplicación y la aparición de varias noticias en prensa sobre la brecha de seguridad detectada y los riesgos para la protección de los datos personales.

5.4. Una tecnología que no ha funcionado bien

Las resoluciones de la AEPD llegan tarde a la opinión pública. Han pasado casi dos años desde que se iniciara la fase de pruebas de la aplicación «Radar COVID» para que los ciudadanos de este país hayan podido contrastar si esta era o no compatible con el régimen jurídico aplicable a los

[84] Resolución AEPD DGSP, p. 139.

[85] STJUE de 29.7.2019, asunto C-40/17, *Fashion ID*, par. 78-79: «78. [...] al insertar tal módulo social en su sitio de Internet, Fashion ID influye de manera decisiva en la recogida y transmisión de datos personales de los visitantes de ese sitio a favor del proveedor de dicho módulo —en el caso de autos, Facebook Ireland— que, de no haberse insertado ese módulo, no habrían tenido lugar. 79. En estas circunstancias, [...], debe considerarse que Facebook Ireland y Fashion ID determinan conjuntamente los medios que originan las operaciones de recogida y de comunicación por transmisión de datos personales de los visitantes del sitio de Internet de Fashion ID».

tratamientos de sus datos personales. Y, sobre todo, las resoluciones llegan en un momento en el cual la utilidad y efectividad de las aplicaciones de rastreo de casos positivos habían quedado ya en entredicho.

Las aplicaciones de rastreo de positivos de COVID-19 han fallado en todo el mundo[86]. No únicamente en España encontramos problemas relacionados con la escasa utilización de las aplicaciones de rastreo, con la falta de confianza hacia ellas a partir de las percepciones sobre los riesgos para la privacidad que pueden comportar, o con su eficacia más bien escasa o relativa. También es cierto que los sesgos retrospectivos contribuyen a una valoración crítica: a toro pasado es mucho más fácil ver todo lo que ha fallado.

a) *Utilización escasa de aplicaciones de rastreo*

Las aplicaciones de rastreo han sido escasamente utilizadas. Además, el bajo uso de estas aplicaciones se proyecta sobre todas las modalidades de aplicaciones y no habría sido influido por factores tales como el grado de protección de la privacidad adoptado, el propio diseño tecnológico empleado en la aplicación -por ejemplo, basado en tecnología GPS o Bluetooth-, la arquitectura centralizada o descentralizada del sistema, o las características del proceso de implementación[87]. A pesar de estas diferencias, todas las aplicaciones de rastreo han tenido niveles de uso similares, siempre bajos. La mayoría de países no superaron niveles de uso del 10% de la población[88].

A los factores que condicionan la confianza de los ciudadanos, que examinamos en el subapartado siguiente, hay que añadir las dificultades de acceso a la tecnología por parte de los grupos más vulnerables a la enfermedad. Una parte importante de la población con un mayor riesgo de desarrollar complicaciones derivadas de la COVID-19 -las personas mayores de 80 años- carece de *smartphones* o tiene competencias de uso más limitadas que el usuario medio.

b) *Desconfianza hacia las aplicaciones de rastreo*

El escaso uso de las aplicaciones de rastreo responde, en parte, a problemas de confianza con la tecnología. Los promotores de estas aplicaciones no lograron convencer a sus ciudadanos de la conveniencia de instalar la aplicación en sus teléfonos móviles y de utilizarla y, además, tuvieron que arrostrar obstáculos que fueron surgiendo durante los procesos de desarrollo.

Así, las noticias sobre problemas de seguridad y privacidad que aparecieron en prensa y que se centraron en los riesgos de reidentificación de los sujetos que habían dado positivo en COVID-19 no contribuyeron a una mayor adopción de la tecnología. Si bien los problemas de privacidad son solo uno de los problemas identificados en el desarrollo e implementación de aplicaciones de rastreo[89], la preocupación por una posible vulneración de los derechos a la protección de datos

[86] GIL, Elad D., «Digital Contact Tracing Has Failed: Can it be Fixed with Better Legal Design», *Virginia Journal of Law & Technology*, vol 25, núm. 1, 2021, pp. 1-37, p. 7.

[87] GIL, Elad D., *op. cit.*, p. 7.

[88] GIL, Elad D., *op. cit.*, p. 9. Véase también https://www.coe.int/en/web/data-protection/contact-tracing-apps (fecha de consulta: 15.10.2022).

[89] O'CONNELL, James *et al.*, «Best Practice Guidance for Digital Contact Tracing Apps: A Cross-disciplinary Review of the Literature», *JMIR Mhealth Uhealth*, vol. 9, núm. 6, 2021, pp. 1-23.

personales es seguramente uno de los principales factores que alimenta la desconfianza hacia estas nuevas tecnologías.

Además de la desconfianza generalizada hacia el tratamiento de datos personales llevadas a cabo por parte de las administraciones públicas[90], hay que sumar las suspicacias ante la implicación del sector privado en el desarrollo de las aplicaciones de rastreo. En el caso de «Radar COVID», la participación de grandes empresas como Google, Apple o Amazon puede llevar a las personas a ser más reticentes a descargar la aplicación y a instalarla en sus teléfonos móviles. También las experiencias en otras jurisdicciones, donde se han utilizado sistemas de rastreo y trazabilidad muy intensos y en ocasiones forzados u obligatorios, han despertado otros recelos[91].

Las resoluciones dictadas por la AEPD que comentamos en este trabajo confirman que acaso la desconfianza hacia la aplicación de rastreo «Radar COVID» estaba más que justificada.

c) *Inefectividad de las aplicaciones de rastreo*

Las aplicaciones de rastreo se plantearon como una herramienta que podía contribuir rápidamente a la identificación y aislamiento de casos positivos y evitar medidas más gravosas como confinamientos o restricciones de actividades sociales. En una fase posterior a los primeros confinamientos, las aplicaciones de rastreo debían contribuir a la recuperación económica.

Las aplicaciones de rastreo no han sido una tecnología completamente nueva y, por tanto, una disrupción tecnológica absoluta. Como casi todas las tecnologías, se asienta sobre otras herramientas y factores ya desarrollados en el pasado, que combina para dar lugar a utilidades y funcionalidades novedosas. Así, los sistemas de información geográfica para el tratamiento de epidemias se han venido utilizando al menos desde los años 60[92]. Por otra parte, las operaciones de rastreo son habituales en salud pública para contener y prevenir enfermedades infecciosas. Por último, las tecnologías de GPS y Bluetooth están disponibles desde hace décadas para varios propósitos. De hecho, lo que hacen las aplicaciones informáticas es combinar estos factores, mejorar el rastreo manual y permitir escalarlo fácilmente.

Frente a las ventajas que prometían las aplicaciones de rastreo, pueden indicarse varios elementos que les restan efectividad y fiabilidad. En primer lugar, la efectividad está claramente condicionada por efectos de red: cuantos más usuarios, más efectiva será la aplicación para rastrear casos positivos y advertir a sus usuarios de la necesidad de adoptar medidas de prevención o de realizar nuevas pruebas test. Para un uso efectivo, algunos autores plantearon

---

[90] Por ejemplo, en relación con la aplicación de rastreo en Reino Unido, se ha señalado que la confianza en el gobierno constituyó un factor clave para la adopción de la app, mientras que su uso prolongado venía más condicionado por percepciones de transparencia. En este sentido, HORVATH, Lazlo *et al.*, «Adoption and continued use of mobile contact tracing technology: multilevel explanations from a three-wave panel survey and linked data», *BMJ Open*, vol. 12, núm. 1, 2022, pp. 1-8.

[91] COTINO HUESO, Lorenzo, «Inteligencia artificial, big data y aplicaciones contra la COVID-19: privacidad y protección de datos», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 31, 2020, p. 9.

[92] KAMEL BOULOS, Maged N./GERAGHTY, Estella M., «Geographical tracking and mapping of coronavirus disease COVID-19/severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2) epidemic and associated events around the world: how 21st century GIS technologies are supporting the global fight against outbreaks and epidemics», *International Journal of Health Geographics*, vol. 8, núm. 19, 2020, pp. 1-12., *apud* ROIG BATALLA, Antoni, «Garantías frente a las aplicaciones de rastreo de contagios en situaciones de pandemia», *Teoría y Realidad Constitutional*, núm. 48, 2021, pp. 527-542).

modelos que requerían del rastreo de al menos un 56% de la población[93]. En segundo lugar, la efectividad de las aplicaciones de rastreo como estrategia preventiva depende de que transcurra muy poco tiempo entre un contacto de un usuario con una persona contagiada y la recepción del mensaje acerca de tal contacto de riesgo con un positivo. Esto es, el rastreo de contactos para ordenar una cuarentena no es una medida efectiva salvo en los primeros momentos de transmisibilidad, por lo que la aplicación no ha resultado especialmente efectiva para las finalidades pretendidas por sus promotores. Finalmente, la efectividad también depende de los errores cometidos por la tecnología. Si los niveles de falsos positivos y falsos negativos son relevantes, la fiabilidad de las aplicaciones de rastreo se resiente.

6. Bibliografía

BRADFORD, Laura/ABOY, Mateo/LIDDELL, Kathleen, «COVID-19 contact tracing apps: a stress test for privacy, the GDPR, and data protection regimes», *Journal of Law and the Biosciences*, 2020, pp. 1-21.

ANGIOLINI, Chiara, «Case Law Survey On Data Protection – COVID-19 Litigation Project», *Legal Policy & Pandemics. The Journal of the Global Pandemic Network – LPPJ*, vol. 1, núm. 1-2-3, 2021, pp. 197-224.

COTINO HUESO, Lorenzo, «Inteligencia artificial, big data y aplicaciones contra la COVID-19: privacidad y protección de datos», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 31, 2020, pp. 1-17.

EDWARDS, Lilian *et al*., «The Coronavirus (Safeguards) Bill 2020. Proposed protections for digital interventions and in relation to immunity certificates», *LawArXiv*, 2020.

GIL, Elad D., «Digital Contact Tracing Has Failed: Can it be Fixed with Better Legal Design», *Virginia Journal of Law & Technology*, vol. 25, núm. 1, 2021, pp. 1-37.

GREENLEAF, Graham/KEMP, Katharine, «Australia's "COVIDSafe App": An Experiment in Surveillance, Trust and Law», *University of New South Wales Law Research Series*, vol. 7, 2021, pp. 1-17.

HINCH, Robert *et al.*, «Effective configurations of a digital contact tracing app: a report to NHSX», *GitHub,* 2020.

HORVATH, Lazlo *et al.*, «Adoption and continued use of mobile contact tracing technology: multilevel explanations from a three-wave panel survey and linked data», *BMJ Open*, vol. 12, núm. 1, 2022, pp. 1-8.

KAMEL BOULOS, Maged N./GERAGHTY, Estella M., «Geographical tracking and mapping of coronavirus disease COVID-19/severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2) epidemic and associated events around the world: how 21st century GIS technologies are supporting the global fight against outbreaks and epidemics», *International Journal of Health Geographics*, vol. 8, núm. 19, 2020, pp. 1-12.

[93] HINCH, Robert *et al.*, «Effective configurations of a digital contact tracing app: a report to NHSX», *GitHub,* 2020 [disponible en: https://github.com/BDI-pathogens/covid-19_instant_tracing/blob/master/Report%20-%20Effective%20Configurations%20of%20a%20Digital%20Contact%20Tracing%20App.pdf (fecha de consulta: 15.10.2022)].

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, «Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública», *Diario La Ley*, vol. 38, núm. 1, 2020.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, «Covid-19 ¿hacia un rediseño de la privacidad?», *La Ley Privacidad*, núm. 5, 2020.

O'CONNELL, James *et al.*, «Best Practice Guidance for Digital Contact Tracing Apps: A Cross-disciplinary Review of the Literature», *JMIR Mhealth Uhealth*, vol. 9, núm. 6, 2021, pp. 1-23.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, «Transparencia y protección de datos en el estado de alarma y en la sociedad digital post COVID-19», en BLANQUER CRIADO, David, *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 135-184.

POILLOT, Elise *et al*. «Data protection in the context of COVID-19: A short (hi)story of tracing applications», *Roma TrE-Press*, 2021, pp. 1-150.

RAPOSO, Vera Lúcia «"I'm right behind you": Digital contact tracing under European law», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Agosto 2022.

ROIG BATALLA, Antoni, «Garantías frente a las aplicaciones de rastreo de contagios en situaciones de pandemia», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, 2021, pp. 527-542.

WENDEHORST, Christiane, «COVID-19 Apps and Data Protection», en HONDIUS, Ewoud *et al*., *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2021, pp. 157-179.

YOO, Christopher S./VIDYARTHI, Apratim, «Privacy in the Age of Contact Tracing: An Analysis of Contact Tracing Apps in Different Statutory and Disease Frameworks», *University of Pennsylvania Journal of Law and Innovation*, vol. 5, 2021, pp. 103-158.

InDret
4.2022

Miriam Anderson
Universitat de Barcelona

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (juliol-setembre de 2022). Nota sobre conflictes de demarcació registral

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació de 18 i 27 de juliol de 2022, de 27 de setembre de 2022 i nota sobre conflictes de demarcació registral

Sumari

-

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació de 18 de juliol de 2022 (llicència de segregació concedida per silenci administratiu) i de 27 de juliol i 27 de setembre de 2022 (disposició d'habitatge per part de persona soltera: manifestacions requerides). Nota sobre conflictes de demarcació registral.

Abstract

-

Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation dated 18 July 2022 (segregation of parcels of land: administrative silence) and 27 July and 27 September 2022 (transfer of a home: declarations required when the vendor is unmarried). Note on land-registry demarcation conflicts

***Title*:** *Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation (September-July 2022). Note on land-registry demarcation conflicts*

-

Paraules clau: Dret civil català, Registre de la Propietat, recursos governatius, llicència de segregació silenci administratiu, disposició d'habitatge, persona soltera, demarcació registral.

***Keywords*:** *Catalan private law, Land Registry, Land Registry complaints, license to segregate parcels of land, administrative silence, unmarried vendor, land-registry demarcation.*

-

InDret

4.2022

Miriam Anderson
Universitat de Barcelona

Índex

-

1. Resolució de 18 de juliol de 2022 (JUS/2322/2022; DOGC núm. 8718, de 27.7.2022). Llicència de segregació concedida per silenci administratiu

1.1. Introducció

1.2. La qüestió lingüística

1.3. Inscripció de la segregació davant del silenci de l'Administració

2. Resolucions de 27 de juliol de 2022 (JUS/2450/2022 i JUS/2451/2022; DOGC núm. 8725, de 5.8.2022) i de 27 de setembre de 2022 (JUS/2890/2022; DOGC núm. 8766, de 5.10.2022). Disposició d'habitatge per part de persona soltera: manifestacions requerides

2.1. Introducció

2.2. La manifestació davant del notari de l'estat civil de persona soltera de la venedora i la disposició de l'habitatge

2.3. La situació de l'adquirent si la persona que manifesta únicament que és soltera hagués conviscut en parella estable en l'habitatge familiar transmès

3. Nota sobre conflictes de demarcació registral

4. Bibliografia citada

-

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

1. Resolució de 18 de juliol de 2022 (JUS/2322/2022; DOGC núm. 8718, de 27.7.2022). Llicència de segregació concedida per silenci administratiu*

1.1. Introducció

La societat limitada propietària d'uns terrenys va procedir a segregar dotze parcel·les de les respectives finques d'origen, que constaven al Registre de la Propietat –i, segons la registradora, també al Cadastre– com a rústiques.

En l'escriptura s'hi va fer manifestar que el 6 de juny de 2021 s'havia sol·licitat llicència de parcel·lació a l'Ajuntament, que no es va rebre resposta en el termini de dos mesos que estableix l'art. 81 del Decret 197/1995, de 13 de juny[1], i que, passats els referits dos mesos, es va sol·licitar certificació de silenci administratiu, però tampoc no es va obtenir resposta en el termini d'un mes. Essent el silenci positiu (art. 188.2 del Decret Legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei d'urbanisme[2], en la redacció anterior a la reforma duta a terme per la Llei 2/2021, de 29 de desembre), s'atorga l'escriptura de segregació el mes de novembre de 2021, amb testimoni de la sol·licitud de llicència, incloent la documentació adjunta, i de la sol·licitud de certificació d'acte presumpte.

Per motius que es desconeixen, l'assentament de presentació inicial va caducar i, en tornar-se a presentar l'escriptura el mes de març de 2022, la registradora va qualificar negativament per considerar que no s'acreditava l'obtenció de la llicència per silenci administratiu positiu. Basava la nota en l'art. 13.3 del Reial decret legislatiu 7/2015, de 30 d'octubre, text refós de la Llei del sòl i rehabilitació urbana[3], i considerava que, arran de la Sentència del Tribunal Constitucional 143/2017, de 14 de desembre[4], en els actes de parcel·lació regeix el silenci negatiu. A la nota de qualificació s'hi adjuntava una certificació d'aprofitament urbanístic emesa el mes d'agost per Resolució de l'alcaldia «en resposta l'escrit presentat» per la societat limitada, que no se sap per quina via havia estat rebuda per la registradora (i que no l'esmentava a la nota). En tot cas, d'aquesta certificació se'n desprenien dues coses: a) el sòl de què es tracta era urbà no consolidat; i b) el 12 de juny de 2021 el Ple de l'Ajuntament havia aprovat la suspensió de llicències en la zona de sòl urbà en què es trobaven les finques objecte de segregació durant un any (relació de fets II).

La societat limitada va recórrer, sobre la base de la definició de silenci administratiu i partint de què la Sentència del Tribunal Constitucional citada en la nota va establir que el silenci administratiu és competència de les Comunitats Autònomes i no de l'Estat, i que la legislació catalana citada preveu el silenci positiu.

La registradora de la propietat va confirmar la qualificació, però amb una motivació consistent llavors en què segons l'art. 188 del Decret legislatiu 1/2010 (que la registradora anomenava erròniament «Llei del sòl») el silenci no és positiu per a actes que requereixen un projecte

* Email: miriam.anderson@ub.edu Aquests comentaris s'inscriuen en el marc del Projecte PID2021-127197NB-I00, finançat pel Ministeri de Ciència i Innovació, i en els treballs del Grup d'estudi del Dret Català 2017SGR51.

[1] DOGC núm. 2066, de 23.6.1995.

[2] DOGC núm. 5686, de 5.8.2010.

[3] BOE núm. 261, de 31.10.2015.

[4] BOE núm. 15, de 17.1.2018.

tècnic –com és el cas– o són contraris a la legalitat urbanística –com també podria ser el cas ja que el Ple de l'Ajuntament, sis dies després que la societat limitada sol·licités la llicència de parcel·lació, va acordar suspendre l'atorgament de llicències de parcel·lació (i altres actuacions urbanístiques). L'informe de la registradora feia esment de l'Edicte de l'alcalde donant a conèixer aquesta decisió.

Tot i que ho fa constar, la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (DGDEJM) no retreu a la registradora el fet de no haver notificat l'Ajuntament ni el notari autoritzant (art. 3.5 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril) ni tampoc la diferent motivació de l'informe en comparació amb la qualificació, cosa vetada per doctrina registral consolidada i també per la legislació: l'art. 3.6 de la citada Llei 5/2009 permet la introducció d'explicacions en l'informe, però no que es generi indefensió, com succeeix si es canvia la raó per la qual es denega la inscripció[5]. El que sí que se li retreu, *obiter dictum* i amb clara finalitat pedagògica, és la inaplicació de la normativa lingüística.

1.2. La qüestió lingüística

Tal i com ho ha fet altres vegades, sobretot recentment[6], la DGDEJM es lamenta, en el fonament de dret tercer, del fet que «massa sovint la normativa lingüística no és aplicada en els registres de la propietat amb la cura que cal esperar dels funcionaris que en són titulars, que tenen l'obligació d'aplicar les lleis i garantir els drets de les persones», la qual cosa s'estén també a la previsió de l'art. 17 de la Llei 1/1998, de 7 de gener, de política lingüística. En aquest sentit, es reitera la doctrina segons la qual, malgrat no referir-se expressament el precepte esmentat a la qualificació (sí que ho fa als assentaments i a les certificacions), si l'escriptura es presenta en català, també s'ha d'emetre la qualificació en aquest idioma.

1.3. Inscripció de la segregació davant del silenci de l'Administració

El problema es centra en determinar si, davant del silenci de l'Administració, es pot inscriure una escriptura de segregació que inclou les sol·licituds de llicència i d'acte presumpte, fins i tot si amb posterioritat a la primera sol·licitud esmentada i a una petició de certificació d'aprofitament urbanístic, s'ha produït un acord del ple de l'ajuntament corresponent en què se suspèn la concessió de llicències. La registradora s'empara en l'edicte que pública l'acord en el seu informe i, en la nota, aportava la certificació d'aprofitament urbanístic que hi feia referència, sense que constés com n'havia tingut coneixement.

Comença la DGDEJM, al fonament de dret primer, apartat segon, per assenyalar que la legislació aplicable al cas és la catalana (en concret, el Decret legislatiu 1/2010 i el Decret 64/2014, de 13 de maig, pel qual s'aprova el Reglament sobre protecció de la legalitat urbanística[7]). La interpretació que fa la registradora de la Sentència del Tribunal Constitucional 143/2017, ja citada, parteix d'una comprensió errònia del fonament de dret 23 de la referida

[5] Així, Resolucions de 17.12.2015, FD 1.2 (JUS/3150/2015; DOGC núm. 7078, de 14.3.2016) i 21.7.2021, FD 3 (JUS/2413/2021; DOGC núm. 8471, de 3.8.2021). Comentades, respectivament, a *InDret,* 3.2016 i *InDret,* 4.2021.

[6] La Direcció General 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 *InDret,* 4.2019), de 5.9.2019 (JUS/2357/2019; DOGC núm. 7964, de 20.9.2019; comentada a *InDret,* 1.2020) i de 29.3.2022 (JUS/906/2022; DOGC núm. 8642, de 6.4.2022); comentada a *InDret,* 3.2022).

[7] DOGC núm. . 6623, de 15.5.2014.

decisió, que reconeixia la competència autonòmica per a determinar l'abast del silenci, i no que aquest hagi de ser negatiu[8].

Atesa la legislació aplicable, la DGDEJM considera que, donades les circumstàncies en què es va atorgar l'escriptura, el registrador «no ha d'entrar en altres consideracions i ha d'entendre concedida la llicència» (FD 1.3). Tot i això, per tal de rebatre una afirmació de la registradora segons la qual el canvi de qualificació de sòl rústic a urbà requereix un acte exprés, la DGDEJM addueix que l'acord municipal publicat el 21 de juliol comporta que les parcel·les segregades són en sòl urbà (FD 1.5).

La resolució insisteix sobre el fet que la qualificació s'ha de basar en el que resulti de l'escriptura i dels assentaments registrals, d'acord amb l'art. 18 de la Llei hipotecària, i recorda la doctrina al respecte de la llavors Direcció General dels Registres i del Notariat (DGRN)[9], que la Direcció General catalana va adoptar en Resolucions de 24 i 25 de febrer de 2009[10], en què ja s'havia advertit que sovint mancaran, en seu registral, elements de judici suficients per tal d'escatir si el dret presumptament adquirit per silenci és o no contrari al planejament. Però això no impedeix la inscripció ni permet exigir que s'acrediti un fet negatiu, impossible de demostrar (FD 4).

En el cas que motiva la resolució, això darrer hauria bastat per a estimar el recurs i revocar la nota, que únicament es fonamentava en la manca d'acreditació de l'obtenció del dret per silenci. Segurament el fet que la nota anés acompanyada de la certificació d'aprofitament en què hi constava una observació relativa a l'acord de suspensió de llicències és el que explica que la DGDEJM s'aturi també en les restants qüestions que sorgeixen de l'informe i de l'acord municipal en si mateix. De l'argumentació emprada per la resolució se'n desprèn la idea que «el registre ajuda a qui s'ajuda», i que això afecta també a l'Administració: si l'Ajuntament hagués fet constar registralment l'acord del ple, la inscripció no hauria estat possible (al FD 2.1 es constata el temps que ha transcorregut entre l'adopció de l'acord i la presentació de l'escriptura que finalment és objecte de qualificació). Que la segregació sigui o no un acte nul o anul·lable no es prejutja, però la manca de constància registral dels obstacles urbanístics obre la porta a la inscripció d'actes potencialment contraris a la legalitat.

D'altra banda, la resolució empra la redacció actual de l'art. 188 del Decret legislatiu 1/2010, obra de la Llei 2/2021, de 29 de desembre, que certament és més clara que la vigent en el moment d'atorgar l'escriptura, per reforçar la idea que, en aquests casos, el silenci és positiu

---

[8] STC 143/2017, FD 23: «La regulación del silencio negativo no será inconstitucional en el caso de los movimientos de tierra y explanaciones al amparo de la competencia básica del Estado en materia de medio ambiente, dada la necesidad de preservar los valores propios del medio rural. Por el contrario, la exigencia de silencio negativo en lo relativo a la división de fincas, cuya finalidad no es otra que comprobar el cumplimiento de las condiciones establecidas para su división, ya sea en suelo rural o urbanizado cuando no hay necesidad de equidistribución, vulnera las competencias autonómicas. Al carecer el Estado de título competencial, este inciso del apartado a) es inconstitucional. Lo propio sucede con el artículo 11.4 a) del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, que lo reproduce.»

[9] Vegeu, amb cita a doctrina anterior, la Resolució de 23.2.2006 (BOE núm. 82, de 6.4.2006, FD 2).

[10] JUS/769/2009, de 19.3.2009 (DOGC núm. 5348, de 27.3.2009, FD 1.5, 1.6 i 2) i JUS/1013/2009, de 19.3.2009 (DOGC núm. 5362, de 20.4.2009, FD 1.5, 1.6 i 2). Comentades per MARSAL GUILLAMET a *InDret,* 3.2009. Cfr. Resolució 13.4.2012 (JUS/901/2012, DOGC núm. 6130, de 17.5.2012). Comentada a *InDret,* 1.2013.

(FD 1.3). Entén que si hi ha raons per tal de no permetre les segregacions[11], amb més motiu l'Administració hauria d'haver respost a la sol·licitud de llicència. Això ho il·lustra de la següent manera:

> «1.4 Cal recordar que l'Administració té obligació de resoldre i notificar la resolució a la persona interessada dins de termini no només per donar compliment al principi d'eficàcia administrativa i al dret de la ciutadania a comptar amb una Administració eficient, sinó també com una manifestació del principi d'interdicció de la discrecionalitat que, en cas que l'Administració no resolgui en termini, permet resoldre un expedient i no uns altres sense cap motivació. Precisament per garantir a la ciutadania aquests drets i evitar possibles ineficàcies o abusos s'estableix la figura del silenci administratiu, que legitima les persones interessades a presumir que l'acte s'ha resolt, en sentit favorable o desfavorable segons els casos. No podem entrar en aquest supòsit específic, ni aquesta direcció general ni la registradora de la propietat, en els motius d'oportunitat que han dut l'ajuntament a no dictar la resolució expressa i a suspendre l'atorgament de llicències just uns dies més tard de la petició de la llicència. Però sí que podem afirmar que, precisament en aquest cas, és quan més necessària seria la resolució expressa per a protegir els interessos públics que potser l'ajuntament vol protegir. En conseqüència, entenem que les segregacions atorgades en l'escriptura que origina aquest recurs són inscriptibles, naturalment sense perjudici de la facultat de l'ajuntament a incoar un expedient de disciplina urbanística i a ordenar-ne la constància en el Registre de la Propietat d'acord amb l'article 204 de la Llei d'urbanisme i el 113 del Reglament de protecció de la legalitat urbanística aprovat pel Decret 64/2014, de 13 de maig, o la d'iniciar un expedient de revisió d'actes administratius, que també podrà fer constar en el Registre.»

En conseqüència, s'estima el recurs i es permet la inscripció de la segregació autoritzada per silenci positiu.

2. Resolucions de 27 de juliol de 2022 (JUS/2450/2022 i JUS/2451/2022; DOGC núm. 8725, de 5.8.2022) i de 27 de setembre de 2022 (JUS/2890/2022; DOGC núm. 8766, de 5.10.2022). Disposició d'habitatge per part de persona soltera: manifestacions requerides

2.1. Introducció

Aquestes tres resolucions resolen sengles recursos presentats pel notari que havia autoritzat escriptures de compravenda en què la persona venedora manifestava que el seu estat civil era el de soltera. En tots tres casos, la registradora de la propietat va qualificar negativament en considerar que mancava la manifestació sobre si l'immoble constituïa l'habitatge habitual de qui en disposava, als efectes de l'art. 231-9 CCC, al qual remet l'art. 234-3.2 CCC, en seu de parelles estables.

Els motius dels recursos es van basar en l'argumentació realitzada per la llavors DGDEJ en la Resolució d'11 d'octubre de 2017[12], que era ja conforme amb la continguda en la Resolució de

[11] Consultat el lloc web de l'ajuntament corresponent, es comprova que l'acord del Ple es va basar en què els terrenys de què es tracta no semblen tenir gran viabilitat econòmica, com ho demostra que fa tres dècades que no s'han desenvolupat actuacions en ells, i en què l'Ajuntament «preveu estudiar la possibilitat de dotar-se en aquest àmbit d'un equipament dotacional que permeti donar resposta a la necessitat de disposar de terreny per a determinades tipologies residencials que responguin a la necessitat dels col·lectius als que es fa difícil l'accés a un habitatge de la tipologia que es troba al municipi» (disponible a: https://www.elbrull.cat/ajuntament-seu-electronica/informacio-oficial/actes-dels-plens.html).

22 de maig de 2006[13] –tot i que en la Resolució de 19 de febrer de 2007 hi va haver una considerable desviació[14].

Les resolucions ara comentades consoliden la doctrina segons la qual no són necessàries de cara a la inscripció, per a donar compliment als preceptes citats, manifestacions ulteriors quan qui aliena el bé immoble expressa que el seu estat civil és de solteria. Anant més enllà del que requeria l'estricta resolució del recurs, la DGDEJM es pronuncia també sobre les conseqüències per a l'adquirent en cas que l'immoble fos efectivament habitatge habitual d'una parella estable, sense que això s'hagués manifestat a l'escriptura ni hi hagués assentit l'altre integrant de la parella.

2.2. La manifestació davant del notari de l'estat civil de persona soltera de la venedora i la disposició de l'habitatge

En el fonament de dret primer la DGDEJM recorda quin és el règim jurídic dels negocis de disposició de l'habitatge habitual d'una parella, casada o no. Entén que l'art. 231-9 CCC –que, segons expressa, hauria de referir-se a l'assentiment del cònjuge o convivent i hauria de preveure la ineficàcia i no l'anul·labilitat de l'acte (FD 3.3)– afegeix un requisit suplementari per a la inatacabilitat de l'adquisició del tercer a títol onerós i de bona fe: la manifestació que l'immoble no té la condició d'habitatge familiar. Com es veurà, però, en el fonament de dret tercer es conclou que la manca de manifestació al respecte per part d'una persona soltera no tindrà conseqüències sobre el dret de l'adquirent, que no podrà ser atacat per la persona que efectivament convivia amb el transmetent en l'habitatge en qüestió. D'altra banda, encara en el fonament de dret primer, es remarca que l'art. 231-9 CCC vincula l'exigència de manifestació a la condició de cònjuge o de persona casada, mentre que l'art. 234-3 CCC no es refereix a l'estat civil, atès que la convivència en parella estable és una situació de fet i perquè també les persones casades i separades de fet en poden ser integrants (art. 234-2 CCC).

Dit això, del que es tracta és de determinar si cal o no que una persona soltera que transmet una finca manifesti que no conviu en parella o que, convivint-hi, l'immoble no constitueix l'habitatge habitual, o bé si ni el notari ni el registrador han de dur a terme indagacions ulteriors en cas que la persona no faci cap manifestació al respecte. La registradora havia considerat, en el seu informe, que el que es persegueix no és esbrinar si qui disposa conviu en parella o no, sinó si té suficient poder de disposició sobre l'habitatge, perquè el principi de legalitat impedeix que accedeixin al Registre titularitats dubtoses[15]. La DGDEJM parteix, com ja ho havia fet a la citada Resolució d'11 d'octubre de 2017, de què ni els preceptes del CCC ni l'art. 159 del Reglament notarial imposen sobre els atorgants l'obligació de realitzar cap manifestació respecte a aquestes qüestions i tampoc no obliguen el notari a fer constar en l'escriptura més del que els compareixents optin per expressar; de la manifestació d'una persona en el sentit de ser soltera no se'n dedueix ni que conviu en parella ni tampoc que no hi

[12] JUS/2443/2017 (DOGC núm. 7482, de 26.10.2017). Comentada a *InDret,* 1.2018.

[13] JUS/2479/2006, de 10.7.2006 (DOGC núm. 4684, de 26.7.2006. Comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret,* 3.2007.

[14] JUS/918/2007, de 22.3.2007 (DOGC núm. 4854, de 2.4.2007). Comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret,* 3.2008. Vegeu també el comentari, ja citat, a la Resolució d'11.10.2017.

[15] La registradora s'emparava en aquest punt en la tesi recollida a la Resolució DGRN de 21.5.2013 (BOE núm. 153, de 27.6.2013).

conviu. I el principi de bona fe (art. 111-7 CCC) condueix a què no s'hagi de sospitar cap actuació contrària a ell. Això no obstant, al fonament de dret segon, apartat quart, la DGDEJM fa constar que, de la mateixa manera que el notari ha de fer les preguntes que calgui per a determinar si la persona té suficient capacitat natural[16], també s'ha de pressuposar que el notari informa a la persona que ven de l'abast de la seva manifestació (art. 17 bis de la Llei del notariat i 147 del Reglament notaria) i que l'ha assessorada quant a la transcendència que té respecte a l'acte que s'atorga. I afegeix que «si l'atorgant manifestés l'estat civil de soltera en unió estable, hauríem de pressuposar que el notari ha fet les indagacions necessàries sobre si la finca constitueix un habitatge familiar, atès que, si bé la interessada por no conèixer l'abast de la declaració de ser soltera en unió estable, el notari sap bé l'abast d'aquesta declaració». D'això se'n podria deduir que, si la persona es limita a manifestar que és soltera, no cal cap assessorament ni informació per part del notari, la qual cosa resultaria sorprenent, justament pel que explica la pròpia resolució: la persona pot desconèixer que, malgrat ser soltera, si conviu en parella té restringida la facultat de disposar de l'habitatge familiar. Per aquest motiu la DGDEJM pressuposa també «l'assessorament sobre el valor i l'abast de la manifestació» en aquest cas. Realitzat aquest assessorament, no ha de fer més indagacions i l'escriptura ha de tenir accés al Registre. En aquesta línia (FD 2.5):

> «És cert que el principi de legalitat al qual al·ludeix la registradora de la propietat en el seu informe exigeix que els títols reuneixin els requisits establerts per les lleis; però, pel que fa a la parella estable, la manifestació sobre la condició familiar de l'habitatge que és objecte d'un negoci dispositiu l'exigeix la llei per a l'escriptura en què el convivent en parella (solter o casat) disposi d'un habitatge de la seva propietat, no per al supòsit en què una persona soltera disposa d'un habitatge del qual és propietària. D'aquest supòsit res no diu la llei: la manifestació sobre la condició de l'habitatge es requereix del solter que també manifesta que conviu en règim de parella estable, no del solter que manifesta ser-ho sense més ni més. De fet, la registradora entén que, si a l'escriptura el venedor afirma que és solter, pel sol fet d'afirmar-ho hi ha de constar a més la manifestació que l'habitatge de què disposa no constitueix «habitatge habitual estable», amb la qual cosa omet o prescindeix del fet que, perquè aquesta manifestació sigui exigible, cal que prèviament el venedor manifesti –sense estar-hi obligat– si conviu o no en parella estable amb una altra persona. Això és el que determina el règim jurídic de l'habitatge familiar i la necessitat de la manifestació sobre aquesta condició: no que el titular sigui solter, sinó que sigui solter convivent.»

Tal i com ja s'havia fet en la Resolució d'11 d'octubre de 2017 (FD 2.5 i 2.6), s'acaba concloent que «s'ha d'interpretar la manifestació d'estar soltera com la significació inequívoca d'un estat civil, incompatible amb altres afirmacions de les quals se'n deriven conseqüències jurídiques diferents, com ara l'afirmació d'estar en situació de parella de fet». Per tant, de la manifestació d'estar solter, el que se'n dedueix en realitat és que no s'és part d'una parella estable (i no, com s'havia estat afirmant, que es tracti d'una manifesta «neutra» en aquest context). S'apel·la en aquest sentit a l'art. 111-8 CCC, en tant que es considera que les conseqüències jurídiques es deriven de la significació inequívoca, i no d'interpretacions o conjectures (FD 2.6).

En conseqüència, es revoca la nota i es permet la inscripció de l'escriptura amb la mera manifestació d'estat civil de soltera de la venedora. El mateix art. 231-9.2 CCC, en establir el termini per a la impugnació de l'acte de disposició, contempla que el còmput comenci des de la inscripció registral, la qual cosa confirma la interpretació que es manté; és a dir, que l'escriptura es pot inscriure sense manifestacions addicionals (FD 3.3).

---

[16] Resolució de 26.11.2015 (JUS/2904/2015; DOGC núm. 7022, de 21.12.2015). Comentada a *InDret,* 2.2016.

2.3. La situació de l'adquirent si la persona que manifesta únicament que és soltera hagués conviscut en parella estable en l'habitatge familiar transmès

Tot i que no és necessari per a resoldre els recursos, tal i com s'acaba de comentar, la DGDEJM dedica el tercer fonament de dret a escatir quines conseqüències té la manifestació de solteria, sense ulteriors precisions, sobre l'adquisició.

Es planteja primer els diferents possible escenaris. Així:

a) Qui transmet és una persona soltera que no convivia amb ningú altre: l'adquisició es manté (no hi ha cap particularitat)
b) Qui transmet és una persona soltera, però convivia amb una altra persona:
   b.1. L'immoble no era habitatge habitual de la parella: l'adquisició es manté (no hi ha cap particularitat)
   b.2. L'immoble era l'habitatge habitual de la parella: l'adquisició es manté

Per tal d'arribar a aquesta darrera conclusió, la DGDEJM equipara la situació a la de la persona casada que manifesta que l'habitatge no és familiar, malgrat ser-ho. Tot i que es planteja l'alternativa, que consistiria en considerar que hi ha manca de manifestació i, per tant, que la transmissió seria impugnable pel convivent, entén que cal donar el mateix tractament de «manifestació inexacta» al fet d'ocultar la situació de parella que al fet d'amagar que es tracta de l'habitatge familiar d'una persona casada, sempre que l'adquirent sigui de bona fe i a títol onerós.

Compartit o no, el pronunciament de la DGDEJM en aquest punt és d'agrair, atesa la funció unificadora de la doctrina que realitzen les seves resolucions, tot i que segurament tindria poc recorregut si l'autoritat judicial adoptés un criteri diferent i declarés la ineficàcia («l'anul·lació») de la transmissió. Difícilment podria la qualificació emparar-se en la doctrina aquí mantinguda per contradir el fons d'una eventual resolució judicial d'aquest estil.

3. Nota sobre conflictes de demarcació registral

La finalitat d'aquesta nota consisteix en precisar que no són objecte d'aquests comentaris les resolucions que, si bé són emeses per la DGDEJM, no donen resposta a recursos contra les qualificacions registrals en el sentit de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, atès que el que es sol·licita no és en cap cas la constància registral d'una operació ni la modificació de les titularitats registrals. No es recorre una qualificació. És a dir, no es tracta pròpiament de recursos governatius, segons l'òrgan resolutori català (i a diferència del que manté l'estatal).

En el darrer any, han estat múltiples les resolucions d'aquest tipus, derivades gairebé totes de la controvèrsia entre dos registres de la ciutat de Barcelona (els números 11 i 12) sobre la demarcació corresponent a les aproximadament quatre-centes finques registrals que componen diversos immobles i que estan inscrites a tots dos registres. El fet que motiva la majoria d'aquestes resolucions es produeix quan la registradora titular del Registre núm. 12 sol·licita al Registre núm. 11, per a finques concretes, certificació literal de l'historial per trasllat, en considerar que corresponen a la seva demarcació, ateses la Resolució de la DGRN de 7 de juliol

de 2017[17], en resposta a una consulta sobre la interpretació del Reial decret 195/2017, de 3 de març[18], i la Resolució de la DGSJFP d'1 de juny de 2020[19]. El titular del Registre núm. 11, en canvi, denega l'expedició de la certificació basant-se en què, en estar situada la major part de la superfície de l'immoble en la demarcació que li correspon, en tot cas hauria de ser la titular del Registre núm. 12 qui expedís la certificació de trasllat, i també es fonamenta en la interpretació de l'origen dels problemes, agreujat perquè el Reial decret 172/2007, de 9 de febrer[20], va crear un nou Registre núm. 29, que no es va arribar a concursar mai.

La primera de les resolucions de la DGDEJM relativa a la controvèrsia entre els Registres núm. 11 i 12 sobre aquesta qüestió, d'11 d'octubre de 2021[21] ja revela que la disparitat de criteris amb la DGSJFP és notòria, fins al punt que aquesta darrera inclou resolucions d'aquest tipus dins de l'àmbit del recurs governatiu (cfr. el fonament de dret primer, apartats 1 i 2, de la resolució que s'acaba de citar, amb la Resolució DGRN de 15 de juny de 2012[22] o amb la més directament referida a aquesta particular irregularitat, d'1 de juny de 2020, ja citada). Mentre que la Direcció General del Ministeri de Justícia tramita aquestes sol·licituds com a recursos governatius, acaba decidint si confirma o no la «nota de qualificació» i remet a la jurisdicció civil per a recórrer, d'acord amb els art. 325 i 328 de la Llei hipotecària, per a la DGDEJM, segons va afirmar ja en la Resolució de 29 d'abril de 2021[23] (FD 1.1), relativa a una controvèrsia similar, però entre els Registres núm. 11 i el 13:

> «La sol·licitud que formula la registradora, amb la finalitat que un altre registrador emeti una certificació literal, no es pot considerar inclosa entre els títols inscriptibles que poden accedir al Registre, segons l'article 2 de la Llei hipotecària. Tampoc no es tracta d'un document relatiu al domini o a altres drets sobre béns immobles, sinó sobre la procedència que consti dins d'una o altra circumscripció registral, segons la demarcació existent, establerta d'acord amb la normativa aplicable. Igualment, no hi ha, en rigor, una qualificació com la que preveu l'article 18 de la llei esmentada, orientada a confirmar o desmentir la legalitat de les formes extrínseques dels documents de tota mena, així com la capacitat dels atorgants i la validesa dels actes dispositius que contenen les escriptures públiques; sobretot, sense necessitat d'entrar en disquisicions dogmàtiques sobre la naturalesa jurídica de la qualificació registral, perquè no es tracta d'un document inscriptible o en virtut del qual se sol·liciti una inscripció. El que es planteja, contràriament, és el trasllat d'una finca ja inscrita, d'un registre de la propietat a un altre. [...] Contràriament, es podria produir una doble afectació competencial: en primer lloc, pel fet d'adoptar una decisió no normativa, sinó d'aplicació, que consisteix en la resolució d'un dubte, pròpia de la competència executiva de l'Administració de la Generalitat relativa a l'establiment de la demarcació registral, inclosa la determinació dels districtes hipotecaris, i a la resolució dels dubtes que sorgeixin en aquest àmbit; en segon lloc, pel fet d'atribuir a la jurisdicció civil la revisió de l'exercici d'una potestat administrativa, com és l'establiment de la demarcació registral i la determinació de la competència territorial de cada registre de la propietat, tant per la via normativa com per la via d'aplicar els criteris normatius o de resoldre els dubtes que s'hi generin.»

D'altra banda, sorgeixen també qüestions competencials. La titular del Registre núm. 12 presenta els seus recursos reiteradament davant la DGSJFP i és el titular del Registre núm. 11 qui remet a la DGDEJM, de forma reiterada, l'informe que la DGSJFP li requereix, per considerar competent l'òrgan resolutori de la Generalitat. Aquest mateix registrador va plantejar una

[17] Disponible a: http://regispro.es/wp-content/uploads/2017/07/RDGRN-7-7-2017-CONSULTA-CORPME-sobre-nuevo-art-2-RH.pdf

[18] BOE núm. 54, de 4.3.2017.

[19] BOE núm. 201, de 24.7.2020.

[20] BOE núm. 66, de 17.3.2007.

[21] JUS/3094/2021 (DOGC núm. 8529, de .22.10.2021).

[22] BOE núm. 177, de 25.7.2012.

[23] JUS/1300/2021 (DOGC núm. 8406, de 10.5.2021).

primera consulta sobre la línia de demarcació a la DGDEJM, atès que la registradora del núm. 12 li havia denegat la certificació per al trasllat a ell[24], tal i com havia fet respecte a la controvèrsia amb el Registre núm. 13 que va donar lloc a la ja citada Resolució de 19 d'abril de 2021. La DGDEJM es considera competent (per totes, vegeu els fonaments de dret 1.3 a 1.9 de la Resolució, d'11 d'octubre de 2021, JUS/3094/2021, o els fonaments de dret 2.4 a 2.9 de la Resolucions de 18 de maig de 2022[25],), així com, encara amb anterioritat al seguit de resolucions que ara es tracten, fonaments de dret 1.2 a 1.7 de la repetida Resolució de 29 d'abril de 2021. La competència es basa en la disposició final segona del Decret 69/2015, de 5 de maig, pel qual es modifica la demarcació dels registres de la propietat, mercantils i de béns mobles de Catalunya (l'apartat primer de la qual no va resultar afectat per la STC 67/2017, de 25 de maig[26]), en l'art. 147.1.*c* de l'Estatut i en normes estatals que la reconeixen (així, el Reial decret 172/2007, de 9 de febrer, i amb posterioritat a la STC 31/2010, de 28 de juny[27], i d'acord amb l'admissió de la constitucionalitat del referit article estatutari, el Reial decret 195/2017, de 3 de març). Vist que la DGSJFP s'ha pronunciat sobre algunes de les finques afectades, no es pot descartar que hi hagi resolucions contradictòries sobre els mateixos immobles.

Possiblement també hi hagi discrepàncies entre els dos òrgans resolutoris quant al fons de la qüestió; és a dir, quant a la fixació de les respectives demarcacions registrals. Segons la titular del Registre núm. 12, el criteri que havia adoptat la Resolució de la DGSJFP d'1 de juny de 2020 (FD 2) era el del carrer d'accés (interpretació aquesta de la resolució que tant el titular del Registre de la Propietat núm. 11 com la DGDEJM qüestionen), mentre que la DGDEJM considera que cal atenir-se al criteri de la ubicació de la major part de la superfície de l'immoble i que, en tot cas, el trasllat s'hauria de dur a terme de tot l'edifici i no només d'elements privatius concrets integrats en un règim de propietat horitzontal, que no es pot disgregar registralment (vegeu també, per totes, les Resolucions de 18 de maig de 2022, FD 3, així com la ja citada Resolució de la DGRN de 7.7.2017, apartat 8, lletra *a*).

Al maig de 2022, la DGDEJM va aprofitar que la titular del Registre núm. 12 demanava una solució per a totes les finques afectades per tal de donar per resolt tant el recurs presentant com tots els posteriors que li arribessin relatius a les mateixes finques i als mateixos registres, de manera que els inadmetria en el futur. Així:

> «Atenent, doncs, a l'expressa sol·licitud de la registradora, aquesta resolució s'orienta no sols a resoldre el recurs interposat contra la denegació de l'expedició de certificació per al trasllat de finques en relació amb la finca número 2/1782 del Registre número 12, corresponent al pis quart, porta tercera, de la casa situada a l'avinguda de la República Argentina número 238-240 de Barcelona, que és també la finca número 45902-N del Registre número 11, sinó que és d'aplicació també a totes les finques registrals situades entre l'avinguda de la República Argentina i el carrer de Gomis de Barcelona i que es troben en la mateixa situació, inscrites en tots dos registres. D'acord amb l'article 2 del RH, si alguna finca radica en territori pertanyent a dos o més registres, és íntegrament competent aquell en la circumscripció del qual s'ubiqui la major part de la finca matriu. Per tant, si la cabuda més gran està inscrita en el Registre de la Propietat número 12, la registradora titular d'aquest registre pot reclamar al titular del Registre de la Propietat número 11 el trasllat de les finques corresponents, mentre que si, al contrari, la major cabuda està inscrita al Registre de la Propietat número 11 és el registrador titular d'aquest registre qui pot reclamar de la titular del Registre de la Propietat número 12 el trasllat de finques. Consegüentment, qualsevol recurs que s'interposi davant aquesta Direcció General i que no s'ajusti a aquest criteri no serà admès a tràmit.» (Resolució de 18 de maig de 2022, JUS/1531/2022, FD 4.2).

[24] JUS/3095/2021, d'11 d'octubre de 2021 (DOGC núm. 8529, de 22 d'octubre de 2021).

[25] JUS/1529/2022, JUS/1530/2022 i JUS/1531/2022 (DOGC núm. 8677, de 27.5.2022).

[26] BOE núm. 156, d'1.7.2017.

[27] BOE núm. 172, de 16.7.2010.

I això és el que ha succeït amb posterioritat; així, en les Resolucions de 23 de maig de 2022[28], 22 de juliol de 2022[29] i de 2 d'agost de 2022[30]. Havent aclarit –reiteradament– quin és el criteri aplicable, la DGDEJ entén que correspon als titulars dels registres afectats resoldre la controvèrsia entre ells o amb la mediació que estimin oportuna. La identitat de la qüestió discutida, en tots els sentits, justifica àmpliament aquesta decisió.

4. Bibliografia citada

ANDERSON, Miriam, «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques (i Mediació)», *InDret,* 1. 2013, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/948.pdf; *InDret,* 2.2016, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1226_ca.pdf; *InDret,* 3.2016, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1240.pdf; *InDret,* 1.2018, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2018/03/1374-1.pdf; *InDret,* 4.2019, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2019/12/1494.pdf; *InDret,* 1.2020, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/1517-2.pdf; *InDret,* 4.2021, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2021/10/1676.pdf; *InDret,* 3.2022, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2022/07/1724-numerat.pdf.

MARSAL GUILLAMET, Joan, «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques», *InDret,* 3.2007, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2007/07/456_cat.pdf; *InDret,* 1.2008, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/511_cat.pdf; *InDret,* 3.2009, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/661_cat.pdf.

[28] JUS/1610/2022 i JUS/1611/2022 (DOGC núm. 8681, de 2.6.2022).

[29] JUS/2509/2022 i JUS/2510/2022 (DOGC núm. 8727, de 9.8.2022).

[30] JUS/2512/2022 (DOGC núm. 8727, de 9.8.2022) i JUS/2522/2022 (DOGC núm. 8728, de 10.8.2022).

InDret
4.2022

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès[*]

El *stealthing* como delito de violación. Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre, por Ivó COCA VILA

Incitación a la comisión de desórdenes públicos de gran afluencia de personas. Comentario a la STS de 22 de junio en el caso Tamara Carrasco (y a su voto particular), por Mariona LLOBET ANGLÍ

El tirador de Tarragona ha muerto (un caso de eutanasia en prisión preventiva). Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 641/2022, de agosto de 2022, por Alejandro FREELAND

-

[*] 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
4.2022

El *stealthing* como delito de violación

Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre

Ivó Coca Vila*
Universidad Pompeu Fabra
ivo.coca@upf.edu

-

1. Introducción

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual supone la culminación de un largo proceso de transformación del objeto de protección del delito de agresión sexual, desde el modelo basado en la coerción (violencia o intimidación) al centrado en la falta de un consentimiento que exprese la voluntad de quien participa en la relación sexual. Atrás quedan, pues, aquellos tiempos en los que el delito sexual reprimía esencialmente ataques contra la propiedad del padre o marido de la víctima, o contra el honor de la mujer que mantenía (forzada) relaciones sexuales extramatrimoniales[1]. El nuevo delito de agresión sexual del art. 178 CP refleja paradigmáticamente un Derecho penal sexual construido sobre la noción de libertad o autonomía sexual[2]. Así las cosas, es evidente que el consentimiento pasa a ocupar un lugar predominante en la dogmática del nuevo delito de agresión sexual. La pregunta central es la siguiente: ¿ha consentido (válidamente) la potencial víctima su participación en una relación sexual, de modo que esta pueda ser considerada expresión de su autonomía o libertad sexual?

En este lugar no pretendo ocuparme de los muchos problemas que plantea el art. 178 CP al acoger una suerte de la (antigua) «teoría de la declaración de voluntad», según la cual el consentimiento debe haberse «manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del

* Este trabajo se enmarca en el proyecto PID2020-115863GB-I00/MICIN/AEI/10.13039/51100011033. Una primera versión de este trabajo fue presentada en la Facultad de Derecho de la UBA el 16.09.22 y en el Seminario de Derecho Penal de la UPF el 11.10.22. Agradezco a todos los participantes, así como a Carlos Castellví Monserrat, sus muy valiosas críticas y sugerencias.

[1] Sobre la evolución del objeto de protección del delito sexual, cfr. HÖRNLE, «Rape as Non-Consensual Sex», en MÜLLER/SCHABER (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s.; MASFERRER, *De la honestidad a la integridad sexual*, 2020, passim.

[2] Sobre la autonomía sexual (negativa) como objeto de protección central del moderno Derecho penal sexual, fundamental, HÖRNLE, «Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen», *ZStW,* (127-4), 2015, pp. 859 ss., 862. En el marco del ordenamiento español, vid. p.ej., RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., 2021, pp. 131 s. Para una crítica al frágil modelo del consentimiento como criterio rector del Derecho penal sexual en una sociedad hipersexualizada vid. MASFERRER, *De la honestidad a la integridad sexual*, 2020, pp. 374 ss.

caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona»[3]. Reconstruir el alcance de lo consentido atendiendo a la vaguedad con la que habitualmente se consienten actos sexuales supone un reto de primera magnitud del que no me puedo ocupar en este lugar. Tampoco me interesa discutir la cuestión de cuándo la expresión de un consentimiento constituye efectivamente un ejercicio de la autonomía sexual: ¿es suficiente la expresión de un "sí" o el sentido de este acto comunicativo debe corresponderse — como ha defendido por ejemplo AMELUNG — [4] con el propio sistema de valores de quien consiente? Mi interés se centra en un problema distinto, aunque no menos relevante, a saber, el de los vicios del consentimiento y su relevancia en el marco del nuevo delito de agresión sexual (art. 178 CP). En particular, me interesa en lo que sigue abordar la cuestión de cómo valorar penalmente aquellos supuestos en los que quien consiente lo hace en una situación de error respecto de un aspecto que resulta (subjetivamente) decisivo (*deal breaker*) para aprobar su participación en una relación sexual. Por un lado, es posible que el hipotético autor simplemente se aproveche del error en el que se encuentra su víctima, quien no hubiera consentido en caso de conocer la realidad de las cosas. Con un ejemplo: (V) confunde a (A), a quien acaba de conocer, con un millonario futbolista profesional y accede a mantener relaciones sexuales con (A), quien se percata del error, pero sabe que si desvela a (V) su verdadera identidad, (V) no consentiría. Por otro lado, es posible que el autor genere a través de un engaño (expreso o concluyente) el error en su víctima, siendo aquel determinante en términos causales para conseguir el consentimiento. Con un ejemplo: (A) promete a (V) falsamente matrimonio en caso de que (V) acceda a mantener antes relaciones sexuales. La promesa de matrimonio es decisiva para que (V) consienta.

Mientras que en el primer ejemplo el error guarda relación con cualidades personales del sujeto, en el segundo la víctima es engañada respecto del motivo que la lleva a consentir. El error, claro está, puede afectar a otros muchos aspectos (subjetivamente) determinantes para el consentimiento sexual de la víctima[5]. Un caso especialmente relevante, tanto por su interés teórico como práctico, es el del *stealthing*, esto es, aquel en el que dos sujetos acuerdan mantener una relación sexual con acceso carnal bajo la condición del uso de preservativo, siendo que quien debería usarlo no llega a hacerlo o tras haberlo hecho decide quitárselo y seguir con la relación sexual sin avisar a la otra parte. El objetivo en lo que sigue es abordar el problema de la relevancia penal de los engaños causalmente decisivos para conseguir el consentimiento en materia sexual de la mano de la SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre (ponente Lledó González), en la que se condena por un delito de abuso sexual con acceso carnal — del ahora derogado art. 181.4 CP — en un caso de *stealthing*, así como de la STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio (ponente García Laraña), en la que se ratifica la condena de instancia. En particular, mi objetivo es presentar a grandes rasgos los fundamentos normativos de una teoría capaz de diferenciar entre aquellos engaños que lesionan la libertad sexual de la víctima penalmente protegida por el delito de

[3] Al respecto, cfr. FARALDO CABANA, «"Solo sí es sí": hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en ACALE SÁNCHEZ et al. (eds.), *Reformas penales en la península ibérica*, 2021, pp. 276 ss. Una defensa de una determinación convencional del alcance del consentimiento en TILTON/JENKINS ICHIKAWA, «Not What I Agreed To: Content and Consent», *Ethics*, (132-1), 2021, pp. 146-150. De otra opinión, vid. TADROS, «Beyond the Scope of Consent», *Philosophy & Public Affairs*, 2022, pp. 4 ss., para quien lo relevante es la intención de quien consiente, esto es, lo que la víctima había querido permitir.

[4] Cfr. AMELUNG, *Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willlensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten*, 1998, p. 41.

[5] Un panorama de la casuística en KEßLER, *Sexuelle Täuschungen*, 2022, pp. 334 ss.

agresión sexual y aquellos engaños que, aun siendo causalmente decisivos para el consentimiento, no deben ser reprimidos ex art. 178 CP.

A tal fin, (2) se expone en primer lugar el supuesto de hecho (2.1) enjuiciado por la Audiencia y se presentan tanto los argumentos esgrimidos para sustentar la condena en primera instancia (2.2), como los esgrimidos por el TSJ para ratificar la condena (2.3). Acto seguido formulo una reflexión crítica (3) sobre la relevancia penal de los engaños en materia sexual tomando como punto de partida los argumentos de ambos Tribunales. En particular, defiendo (3.1) que el engaño puede ser un medio comisivo típico del nuevo delito de agresión sexual. Aunque no todo engaño causalmente decisivo para conseguir el consentimiento sexual es típico ex art. 178 CP, el *stealthing*, en tanto que engaño lesivo de una pretensión de veracidad efectivamente cubierta por el alcance de la norma del art. 178 CP, es un comportamiento penalmente relevante (3.2). Finalmente, expongo por qué razón el *stealthing*, en consonancia con lo argumentado por la AP-Sevilla, debe ser considerado ahora constitutivo de un delito de agresión sexual con acceso carnal (3.3). Esto, sin embargo, no empece para afirmar que existen muy buenos motivos para reconducir todos los casos de engaño sobre un aspecto protegido por una pretensión de veracidad al nuevo subtipo atenuado del art. 178.3 CP (3.4). Este comentario concluye con una breve reflexión final (4).

2. El *stealthing* a ojos de la AP-Sevilla y el TSJ-Andalucía

2.1. Hechos probados

Resumidamente, los hechos asumidos como probados por la Audiencia de Sevilla son los siguientes: (A) y (V) mantenían desde hacía un tiempo relaciones sexuales. Aunque (A) había puesto en conocimiento de (V) que había sido asistido médicamente de una infección genital para la que seguía recibiendo tratamiento farmacológico, ambos se concertaron una vez más en el coche de (V) con el único propósito de mantener relaciones sexuales. Como venía siendo la regla, (V) estableció como condición indefectible que (A) utilizara preservativo. De hecho, (V) le entregó a (A) el preservativo encontrándose ya ambos en el interior del vehículo. No obstante, (A) no llegó a ponérselo en ningún momento y, pese a ello, sin informar a (V), inició una penetración por vía vaginal que (V) toleró en la convicción de que (A) tenía puesto el profiláctico.

Pasado un tiempo no determinado, (V) sospechó que (A) pudiera no hacer uso del preservativo, por lo que le dijo que parara y se quitara de encima, lo que acompañaba del gesto de empujarlo. No consta que (A) se percatara de la intención de (V), por lo que durante un breve lapso de tiempo continuó con el coito, sin que ejerciera fuerza alguna más allá de la derivada de encontrase encima de (V). Acto seguido, sin haber eyaculado, (A) se retiró, se vistió y se marchó del lugar arrojando al suelo el preservativo que no había llegado a tener puesto en ningún momento.

(A) era consciente de que al mantener relaciones sexuales con penetración por vía vaginal existía una alta probabilidad de transmitirle a (V) la enfermedad de transmisión sexual para la que seguía medicándose. A consecuencia de dicho contacto sexual, (V) se contagió con una bacteria (*Chlamydia Trachomatis*). La enfermedad resultante de la infección precisó para su curación de atención médica y prescripción de antibióticos, antinflamatorios y ansiolíticos.

2.2. SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre

La AP-Sevilla condenó a (A) como autor del — ahora derogado — delito de abuso sexual del art. 181.4 CP (acceso carnal por vía vaginal) a una pena de prisión de cuatro años, y como autor de un delito de lesiones del art. 147.1 CP a una pena de prisión de seis meses. A los efectos de este comentario debe quedar desde ya a un lado el problema de las lesiones. La AP-Sevilla fundamenta su calificación jurídica en que el acusado, siquiera con dolo eventual, provocó un menoscabo de la salud de la víctima al contagiarle una enfermedad que precisó tratamiento médico más allá de una primera asistencia. En la medida en que la víctima había exigido el uso de preservativo, el acusado no podría eludir su responsabilidad amparándose en una supuesta autopuesta en peligro de la víctima. En lo que sigue, pues, me centro en los dos problemas estrictamente vinculados con la afectación a la autonomía sexual de (V), a saber, la tipificación del hecho como un abuso sexual con acceso carnal del derogado art. 181.4 CP y la no apreciación de la agravante de género (art. 22.4 CP).

a. Stealthing como abuso sexual con acceso carnal

La Audiencia descarta en primer lugar que el hecho de proseguir la relación sexual durante unos instantes tras pedirle (V) a (A) que parara y se apartara, intentando incluso (V) quitarse de encima a (A) a través de gestos, pueda ser considerado un modo de ejercer violencia en el sentido requerido por el antiguo delito de agresión sexual (art. 178 CP). Dado el contexto en el que se produce, ya durante la penetración, por un breve lapso de tiempo y mientras el acusado está tumbado sobre su víctima, se trata aquella de una violencia atípica, dice la Audiencia, propia del apasionamiento de una relación sexual. El Tribunal entiende que (A) no decidió conscientemente servirse del uso de la fuerza para continuar manteniendo una relación ya iniciada en contra de la voluntad de (V)[6].

La Audiencia tipifica el comportamiento de (A) como un delito de abuso sexual con acceso carnal, antes tipificado en el art. 181.4 CP; hoy, tras la supresión del delito de abusos sexuales, en el de violación del art. 179 CP[7]. Para ello, afirma en primer lugar que el bien jurídico protegido por el delito de abuso sexual es la autodeterminación sexual, «como capacidad de toda persona adulta de decidir realizar o no determinadas conductas o mantener o negarse a mantener, relaciones sexuales concretas con otros, lo que se conecta directamente con los derechos inherentes a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad en materia sexual»[8]. A partir de aquí, entiende el Tribunal que (V) «había consentido exclusivamente una relación sexual que incluía la penetración vaginal con preservativo»[9]. En consecuencia, cuando (A) realiza tal penetración ocultándole a (V) que no tenía puesto el preservativo, estaría «atacando gravemente su libertad sexual y manteniendo un contacto sexual no consentido»[10]. De este modo sienta las bases para la tipificación del hecho como un delito de abuso sexual. Ahora bien, ¿estamos ante un abuso sexual simple o ante un abuso agravado por acceso carnal?

---

[6] SAP Sevilla, Sección Cuarta, de 29 de octubre, (ECLI:ES:APSE:2020:1459), p. 5.

[7] Al respecto, vid. *infra* 3.3.

[8] SAP Sevilla, Sección Cuarta, (ECLI:ES:APSE:2020:1459), p. 6.

[9] SAP Sevilla, Sección Cuarta, (ECLI:ES:APSE:2020:1459), p. 6.

[10] SAP Sevilla, Sección Cuarta, (ECLI:ES:APSE:2020:1459), p. 6.

La Audiencia se inclina por apreciar el subtipo agravado. Y es que «el consentimiento otorgado para una determinada actividad sexual no puede extenderse unilateralmente por el otro u otros actores a distintas prácticas o relaciones, que dejarían de ser consentidas»[11]. En contra de lo defendido en la sentencia de conformidad dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Salamanca[12], en la que se descarta tipificar el *stealthing* como un abuso con acceso carnal, afirma la AP-Sevilla que del mismo modo que «el consentimiento para la penetración vaginal no permite presumir consentida también la penetración anal [...], el prestado para el acceso carnal con una muy específica condición cual es el uso de preservativo, no permite presumir que retirando tal medio la penetración sigue, no obstante, siendo consentida»[13]. En definitiva, que (A) no solo ataca la libertad sexual de (V), sino que mantiene una relación sexual con acceso carnal no consentida. Lo consentido era — única y exclusivamente — una penetración con preservativo. En las palabras del propio Tribunal, «no cabe entender que [V] consintió en todo caso la penetración y que el acusado modificó tan sólo una condición accesoria de ésta, debemos por el contrario entender que el acusado se sirvió del engaño para, sin conocimiento ni consentimiento de [V], mantener un contacto sexual distinto del que habían acordado, tan esencialmente distinto que son muy diversos su alcance y eventuales consecuencias»[14].

b. Stealthing y agravante de discriminación por razón de género

Las dos acusaciones postulaban la apreciación de la agravante de discriminación por razón de género (art. 22.4 CP). La AP-Sevilla afirma que la exasperación punitiva se justifica cuando el hecho típico supone un atentado contra el principio de igualdad constitucional, en la medida en que la conducta del agente pueda servirse o estar imbuida de estereotipos negativos sobre las identidades, roles, funciones y valores de lo masculino y lo femenino. Por ello, «la meritada circunstancia exigirá identificar ese rol desigual que tiñe la conducta enjuiciada y el modo en que se traduce en una discriminación no justificada por razón alguna»[15].

Sentado lo anterior, el Tribunal descarta la apreciación de dicha agravante. Dejando aquí a un lado la alusión de la Audiencia a su escasa fundamentación por parte de las acusaciones, y el problema que plantea desde la óptica del principio acusatorio la apreciación de una agravante meramente citada pero no fundada[16], entiende el Tribunal que no cabe apreciar la agravante tampoco por razones estrictamente sustantivas. Asumiendo que esta no se puede aplicar por el mero dato objetivo de ser la víctima mujer, entiende la Audiencia que la relación entre autor y víctima en el caso enjuiciado es de naturaleza estrictamente sexual, aceptada voluntariamente entre dos partes adultas de forma libre e igualitaria, «participando ambos de la decisión, sin que se detecten en ese proceder alguno de aquellos estereotipos de género que pudieran apuntar a que el varón ejercía o pretendiera ejercer un papel dominante, que de alguna manera intentara

[11] SAP Sevilla, Sección Cuarta, (ECLI:ES:APSE:2020:1459), p. 6.

[12] SJI núm. 2 de Salamanca, de 15 de abril, (ECLI:ES:JI:2019:1), p. 2: en donde se tipifica el hecho como un abuso sexual simple «al poder considerarse que se ha prestado pleno consentimiento a mantener relaciones sexuales usando preservativo, y la posterior retirada sigilosa del profiláctico se realiza sin consentimiento, lo que atenta contra la indemnidad sexual de la víctima, quien consintió el acto sexual únicamente con las debidas garantías para evitar embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual.»

[13] SAP Sevilla, Sección Cuarta, (ECLI:ES:APSE:2020:1459), p. 7.

[14] SAP Sevilla, Sección Cuarta, (ECLI:ES:APSE:2020:1459), p. 7.

[15] SAP Sevilla, Sección Cuarta, (ECLI:ES:APSE:2020:1459), p. 8.

[16] SAP Sevilla, Sección Cuarta, (ECLI:ES:APSE:2020:1459), p. 9.

subyugar a la mujer [...]»[17]. En prueba de lo anterior, alude el Tribunal al hecho de que el comportamiento del autor «no es exclusivo per se del varón sobre la mujer sino que puede razonablemente construirse invirtiendo el sexo de los protagonistas [...], e incluso entre una pareja de dos varones, con un alcance y consecuencias prácticamente idénticos a los que aquí enjuiciamos [...]»[18]. El hecho de (A), en resumidas cuentas, no presenta «ese elemento subjetivo de dominación machista que sustente la discriminación por la sola razón de género de la víctima»[19].

2.3. STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio

El TSJ-Andalucía ratifica en su resolución el sentido de la sentencia acabada de presentar, al desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de (A). A los efectos de este comentario baste con aludir al fundamento jurídico quinto de dicha sentencia, en la que se da respuesta a la alegación del recurrente según la cual la sentencia de instancia lesionaría el principio de legalidad, toda vez que se consideran constitutivo de delito de abuso sexual con acceso carnal un hecho que, de *lege lata*, sería atípico.

En opinión del Tribunal *ad quem,* la tipificación de la Audiencia es correcta desde el mismo momento en que se acepta que el uso de preservativo era una condición esencial del consentimiento de (V). Es decir, el consentimiento relevante no se ciñe exclusivamente a mantener una relación sexual, sino que en este caso se extiende a una condición esencial, no meramente accesoria o secundaria, como es la de la utilización del preservativo por parte de (A). Al engañar a (V) al respecto, (A) está manteniendo una relación sexual con (V) no consentida y, por tanto, atentado contra la libertad sexual de forma penalmente relevante[20]. Y, al igual que sostuviera la Audiencia, entiende el TSJ-Andalucía que procede la aplicación del subtipo agravado (ahora derogado) por acceso carnal (art. 181.1.4 CP): el consentimiento para una concreta actividad sexual, a saber, mantener una relación sexual con penetración vaginal con uso de preservativo, no puede extenderse unilateralmente por el autor a otros tipos de contactos no consentidos, en particular, a una penetración vaginal sin uso de preservativo[21].

3. Bases para una teoría delimitadora de los engaños sexuales penalmente relevantes

El objetivo en lo que sigue es analizar las tres cuestiones que estimo centrales para entender la dimensión de ataque contra la autonomía sexual propia de la práctica del *stealthing*. Aunque comparto el sentido del fallo de la AP-Sevilla, su fundamentación resulta insuficiente. En concreto, obvia una cuestión de partida relevante, a saber, si el engaño, dada la estricta regulación que se hacía del estupro en el sistema penal español en el momento de los hechos, era siquiera un medio comisivo idóneo del delito de abuso sexual. Por otro lado, aunque la Audiencia sí arguye por qué el *stealthing* constituye un ataque contra la autonomía sexual y aborda lacónicamente las razones en favor de su tipificación como abuso con acceso carnal, sus

[17] SAP Sevilla, Sección Cuarta, (ECLI:ES:APSE:2020:1459), p. 9.

[18] SAP Sevilla, Sección Cuarta, (ECLI:ES:APSE:2020:1459), p. 10.

[19] SAP Sevilla, Sección Cuarta, (ECLI:ES:APSE:2020:1459), p. 10.

[20] STSJ Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, de 1 de julio, (ECLI:ES:TSJAND:2021:12396), p. 5.

[21] STSJ Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, (ECLI:ES:TSJAND:2021:12396), p. 5.

argumentos son ambiguos respecto de las razones por las que un engaño puede ser un medio comisivo típico del delito sexual. Asimismo, dada la reciente supresión del delito de abuso sexual merece la pena en este comentario abordar sucintamente el problema de cómo tipificar la práctica del *stealthing* en el marco del vigente ordenamiento jurídico-penal español.

3.1. ¿Puede un engaño ser un medio comisivo típico del delito de agresión sexual?

En ninguno de los dos fallos comentados se plantea con carácter general la pregunta de si el engaño puede ser un medio comisivo típico del delito de abuso o agresión sexual[22]. A esta cuestión se puede responder negativamente del siguiente modo: en un Derecho penal liberal, con carácter general, las falsedades verbales, las mentiras no escritas, no son punibles[23]. El legislador español, como mínimo hasta la reforma del año 2022, había restringido la relevancia penal del engaño como medio comisivo a un caso (muy) particular, esto es, al estupro contra persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años (art. 182.1 CP). Si resulta que solo el engaño a un menor es considerado penalmente relevante, y lo es además con una pena sensiblemente inferior a la del delito de agresión sexual, sería evidente que el engaño a un adulto habría de ser considerado penalmente atípico.

Esta interpretación *sensu contrario* del delito de estupro tendente a negar relevancia típica al engaño como medio comisivo de un delito de abuso sexual no resulta convincente. No era aceptable antes de la reforma, pues la regulación del estupro no determinaba *per se* el alcance del tipo del delito de abuso sexual. De hecho, la doctrina española se negaba ya antes de la reforma a limitar el alcance de los engaños sexuales punibles a los típicos ex art. 182 CP[24]. Si el acto de *stealthing* era considerado un atentado contra la libertad sexual no consentido, aquel encajaba tanto desde un punto de vista formal como material en el tipo de abuso sexual. Sea como fuere, con la reciente aprobación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, el argumento de la vis atractiva del delito de estupro queda sin efecto, pues el legislador, en consonancia con lo reclamado desde hace tiempo por un importante sector de la doctrina[25], lo ha derogado. Además, conforme al vigente art. 178 CP solo «se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». El consentimiento viciado no expresa de manera clara la voluntad de la persona, por lo que tal consentimiento carece de fuerza excluyente del injusto penal. Excluir el engaño como medio comisivo típico con carácter general no es ya en el sistema penal español una opción plausible[26].

---

[22] El problema sí es tematizado por GILI PASCUAL, «"Stealthing". Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *CPC,* (135), 2021, pp. 108 ss.: quien defiende que el error sobre las circunstancias que afectan a la concreta práctica sexual sí puede ser considerado un atentado contra la libertad sexual. El delito de estupro tipificaría errores sobre los motivos.

[23] En profundidad, SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad,* 1999, pp. 77 ss.

[24] GILI PASCUAL, *CPC,* (135), 2021, pp. 108 ss., con ulteriores referencias.

[25] Cfr. p.ej., GÓMEZ TOMILLO, «Artículo 182», en EL MISMO (dir.), *Comentarios Prácticos al código Penal*, t. II, 2015, p. 512.

[26] En la discusión norteamericana, negando la relevancia del engaño como medio típico, cfr. RUBENFELD, «The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy», *The Yale Law Journal,* (122), 2013, *passim*: el engaño no puede ser un medio típico de la agresión sexual (rape) porque la víctima no pierde la posesión de su propio cuerpo.

3.2. El *stealthing* como atentado no consentido contra la libertad sexual

La AP-Sevilla asume que el engaño de (A) es penalmente relevante: (V) había consentido mantener la relación sexual con la condición de que (A) usara preservativo; al realizar la penetración ocultándole a su víctima que no hace uso de aquel «está atacando gravemente su libertad sexual y manteniendo un contacto sexual no consentido»[27]. El hecho, pues, era constitutivo antes de la reforma de un delito de abuso sexual y, desde la aprobación de la LO 10/2022, de un delito de agresión sexual (art. 178 CP) o, eventualmente, de violación (art. 179 CP). En esta misma línea, entiende el TSJ-Andalucía que (A) desoye «una condición impuesta por la pareja como complemento — esencial y no meramente accesorio o secundario — de su consentimiento, es decir, está manteniendo una relación no consentida que, así, atenta contra la libertad sexual»[28].

Aunque comparto la tipificación defendida por ambos Tribunales, la escueta fundamentación esgrimida parece basarse en una tesis radicalmente subjetivista como la defendida paradigmáticamente por el filósofo Tom DOUGHERTY[29] y acogida recientemente en la doctrina penal (alemana) por Rita VAVRA[30]. Lo sostenido por dichos autores es, resumidamente, lo siguiente: el delito sexual protege única y exclusivamente la autonomía sexual. Quien engaña a su víctima respecto de cualquier factor (causalmente) decisivo para que aquella consienta está manteniendo una relación sexual en contra de la voluntad de su víctima[31]. Mantener una relación sexual con una persona que de no haber sido engañada no habría consentido es un hecho gravemente injusto. Así pues, todos los engaños (causalmente) bastantes son normativamente equivalentes, esto es, todo engaño que es *conditio sine qua non* (*deal breaker*) del consentimiento es penalmente relevante en tanto que forma de atacar la autonomía sexual de la víctima[32].

Desde esta perspectiva, las teorías distintivas sostenidas por la doctrina, en particular, la distinción — todavía mayoritaria en Alemania — entre el error referido al bien jurídico (*rechtsgutsbezogenen Irrtum*) frente al referido a una contraprestación o motivo[33]; o la que mediaría — según muchos autores anglosajones — entre un fraude en el hecho (*fraud in the factum*) y un fraude en la inducción (*fraud in the inducement*)[34], carecerían de fundamento. Es más,

---

[27] SAP Sevilla, Sección Cuarta, (ECLI:ES:APSE:2020:1459), p. 6.

[28] STSJ Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, (ECLI:ES:TSJAND:2021:12396), p. 5.

[29] DOUGHERTY, «Sex, Lies and Consent», *Ethics,* (123), 2013, pp. 717 ss.; resumidamente, EL MISMO, «Deception and consent», en MÜLLER/SCHABER (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent,* 2018, p. 167. En un sentido similar, ya antes, HERRING, «Mistaken Sex», *Criminal Law Review,* (July), 2005, pp. 511 ss., 514.

[30] VAVRA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, 2020, pp. 331 ss.; y resumidamente, ya antes, VAVRA, «Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?», *ZIS*, (12), 2018, pp. 613 s.

[31] Cfr. DOUGHERTY, *Ethics,* (123), 2013, p. 736: «people validly consent to sexual encounters only if they are willing to engage in these encounters, given all the features that these encounters have».

[32] Cfr. DOUGHERTY, *Ethics,* (123), 2013, p. 731. Esta tesis es acogida igualmente entre nosotros por GARCÍA CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, 2014, pp. 172 s., aunque sin tematizar el problema del engaño sexual y estableciendo un límite normativo: es irrelevante el engaño sobre un motivo puramente económico.

[33] Desarrollada por ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, pp. 17 ss.: un engaño convierte en ineficaz el consentimiento solo cuando conduce a un error referido al bien jurídico, esto es, cuando el que consiente yerra sobre el modo, dimensión o peligrosidad de la renuncia al bien. Es irrelevante el error referido a una contraprestación esperada.

[34] Cfr. p.ej., FEINBERG, «Victims' Excuses: The Case of Fraudulently Procured Consent», *Ethics,* (96-2), 1986, pp. 331 ss.: es penalmente relevante el fraude en el hecho, esto es, aquel en el que se engaña a la víctima sobre la

decidir objetivamente o convencionalmente qué vicios del consentimiento son relevantes y cuáles no supondría una moralización insoportable de la relación sexual[35]. DOUGHERTY señala que las «tesis indulgentes» que distinguen entre factores centrales y periféricos asumen una diferenciación inaceptable entre el valor de los *deal breakers*[36]. El Estado, en resumidas cuentas, decidiría qué razones son adecuadas para consentir una relación sexual y cuáles no, algo abiertamente contrario a una visión liberal y pluralista del ejercicio de la autonomía sexual[37]. ¿Por qué debería el Estado o el Derecho tomar en cuenta el engaño que recae sobre el uso de preservativo, pero no, en cambio, el que lo hace sobre la orientación religiosa de quien se presenta como judío siendo realmente musulmán? Si en ambos casos el engaño determina causalmente el consentimiento de la víctima, estamos ante dos comportamientos que afectan en igual medida a la libertad sexual. En resumidas cuentas, «le corresponde a cada individuo determinar qué factores de un encuentro sexual son para él particularmente importantes»[38].

Así las cosas, incurriría en un delito de agresión sexual quien miente sobre el uso del preservativo, quien pacta no usarlo y finalmente lo usa (*stealthing* inverso), quien finge una razón médica para practicar una exploración vaginal con ánimo lascivo, quien consigue el consentimiento mintiendo sobre su estado civil, su religión, sus sentimientos amorosos o animalistas, o su intención de pagar un precio una vez finalizada una relación sexual. Desde esta perspectiva, en realidad, nada empecería afirmar con carácter general la relevancia penal del aprovechamiento de un error preexistente en la víctima[39]: quien no revela a su víctima un factor que hubiera llevado a esta a no consentir la relación sexual, piénsese en la persona transgénero que omite desvelar su sexo biológico, estaría igualmente atentando contra la libertad sexual de forma penalmente relevante. VAVRA, sin embargo, trata de contener la expansión radical del Derecho penal sexual a la que conduce este planteamiento imponiendo a la potencial víctima una incumbencia de comunicar (*Kommunikationsobliegenheit*) su *deal breaker* particular, negando al mismo tiempo un deber general de comunicación de aquellos factores relevantes para la contraparte: quien informa a su contraparte que solo desea mantener relaciones sexuales con personas cuyo sexo biológico coincide con el género exteriorizado pasa a quedar protegida por la norma del delito de agresión sexual. Y esto último vale con independencia de la valoración moral del *deal breaker*: también razones discriminatorias viciarían el consentimiento de forma penalmente relevante[40].

La aproximación subjetivista a la relevancia penal de los vicios del consentimiento tiene razón en que las relaciones sexuales no consentidas, con carácter general, representan una

naturaleza sexual del encuentro. El fraude en la inducción (motivos, intenciones), por el contrario, sería penalmente irrelevante.

[35] Así, muy clara VAVRA, *ZIS*, (12), 2018, p. 613: «Cada persona es libre de decidir por sí misma las condiciones que establece para la realización o tolerancia de actos sexuales (por ejemplo, el pago de dinero). La sociedad y la ley deben abstenerse de una evaluación (moralizante) de tales condiciones». En esta misma línea, ya DOUGHERTY, *Ethics,* (123), 2013, p. 727 ss.

[36] DOUGHERTY, *Ethics,* (123), 2013, pp. 729 s.

[37] DOUGHERTY, *Ethics,* (123), 2013, p. 730.

[38] DOUGHERTY, *Ethics,* (123), 2013, p. 730.

[39] Con ulteriores referencias, vid. GIBSON, «Deceptive Sexual Relations: A Theory of Criminal Liability», *Oxford Journal of Legal Studies*, (40-1), 2020, pp. 87 s.

[40] Al respecto, con ulteriores referencias, VAVRA, *ZIS*, (12), 2018, pp. 616 s.; LA MISMA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, 2020, pp. 382 ss.

instrumentalización y cosificación de la persona que consiente engañada[41]. Contra dicha teoría tampoco son decisivas las alusiones a la importancia de la fantasía y a una pretendida adecuación social de la seducción engañosa[42]. Pese al encanto de su sencillez, sin embargo, la aproximación subjetivista no resulta convincente. Aquella está basada en una concepción unilateral o solipsista de la relación sexual y en una visión extremadamente subjetivizadora del ámbito de protección de la norma penal del delito sexual[43]. En particular, esta aproximación convierte el delito de agresión sexual en una herramienta genérica de protección de la libertad de la víctima (y de sus idiosincrasias particulares en materia sexual) al margen del haz de derechos y deberes de la contraparte en la relación sexual. La decisión sobre qué vicios del consentimiento son penalmente relevantes, en definitiva, no puede depender exclusivamente de que el error sea o no causalmente determinante para el consentimiento de la específica víctima. Aquella precisa de un juicio normativo más complejo, en el que sean tomados en consideración en un plano de igualdad al autor y a la víctima como titulares de derechos y obligaciones en el marco de una relación sexual. El que el engaño recaiga sobre un *deal breaker* es, pues, condición necesaria, pero no suficiente para considerar penalmente viciado el consentimiento sexual.

El punto de partida — en el marco de un Derecho penal liberal — a la hora de enjuiciar qué vicios del consentimiento son relevantes no puede ser otro que el principio de autorresponsabilidad. Con carácter general le compete a quien consiente asegurarse de disponer de toda la información que estime oportuna para decidir sobre cómo disponer de su libertad (sexual). Sin autorresponsabilidad no hay autodeterminación[44]. Esto significa, pues, que no cabe legitimar con carácter general deberes (penalmente garantizados) de sacar del error a la otra parte en el marco de una relación sexual[45]. No existen deberes genéricos de revelar información, ni siquiera aquella que se sabe decisiva para la otra parte[46]. Quien se aprovecha para conseguir el consentimiento sexual de un error preexistente, por ejemplo, en lo que se refiere al sexo biológico de una persona transexual, actúa de forma moralmente reprobable, pero su hecho no puede ser considerado constitutivo de un delito de agresión sexual. Y esta conclusión no puede burlarse imponiendo genéricas posiciones de garantía: la persona transexual no genera el error a través de una injerencia (antijurídica) en su víctima, por lo que no está obligada — en tanto que garante — a desvelar a su contraparte su sexo biológico antes de iniciar una relación sexual.

Por otro lado, no todo engaño (activo o a través de un silencio concluyente) causalmente determinante del consentimiento constituye un injusto penalmente relevante, sino solo aquel que lesione una pretensión de veracidad de la víctima garantizada por el delito de agresión sexual (art. 178 CP). Expresado desde la perspectiva del autor: no todo engaño causalmente eficaz

---

[41] VAVRA, *ZIS*, (12), 2018, p. 616; o HERRING, «Under what circumstances should "sex by fraud" be rape?», en EL MISMO, *Great Debates in Criminal Law*, 2020, pp. 127 ss., 132 s.

[42] Cfr. sin embargo RUBENFELD, *The Yale Law Journal,* (122), 2013, p. 1416; o GROSS, «Rape, Moralism and Human Rights», *The Criminal Law Review,* (March), 2007, p. 221,

[43] Así ya LAZENBY/GABRIEL, «Permissible Secrets», *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, p. 273. En la discusión penal, BERGELSON, «Rethinking Rape-By-Fraud», en ASHFORD/REED/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, pp. 152 ss. En esta misma línea, vid. además ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, 5ª ed., 2020, § 13, nm. 106a; GILI PASCUAL, *CPC,* (135), 2021, p. 123.

[44] Al respecto, en detalle, vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 234 s.

[45] Así, con razón, SCHEIDEGGER, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz*, 2018, p. 91. Próximo CHIESA, «Solving the Riddle of Rape-by-Deception», *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, p. 407.

[46] De otra opinión, aunque limitando normativamente el alcance de los deberes de revelar información, cfr. LAZENBY/GABRIEL, «Permissible Secrets», *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, pp. 276 ss.

elimina la validez penal del consentimiento, sino solo aquel que supone un menoscabo — contrario a deber — de la base de información de su víctima[47]. Una solución distintiva al problema del engaño en materia sexual no pasa, pues, por distinguir entre actos sexuales no consentidos y consentidos de forma viciada[48], sino directamente por una determinación normativa de qué clase de engaños están penalmente prohibidos por el delito de agresión sexual[49]. O en las palabras de Vera BERGELSON: «La cuestión central es la siguiente: ¿cuáles son nuestros derechos legales con respecto a las diversas mentiras utilizadas para conseguir el consentimiento sexual?»[50].

Dejando a un lado ámbitos en los que la distribución de cargas de información está expresamente regulada, piénsese por ejemplo en el ámbito médico-terapéutico y, en particular, en la figura del consentimiento informado, definir la pretensión de verdad de la víctima penalmente protegida, como demuestra ya la controvertida dogmática de la estafa por omisión[51], resulta extraordinariamente complejo[52]. Lo es sin duda en el ámbito de las relaciones sexuales. ¿Qué clase de engaños vician el consentimiento de modo que el menoscabo de la libertad sexual de la víctima constituye un delito de agresión sexual y cuáles son a tal efecto irrelevantes? A falta de un estudio detallado de la cuestión que no puede emprenderse en este lugar, me limito a esbozar en lo que sigue las piedras angulares de mi propuesta de solución. En mi opinión, son dos las cuestiones fundamentales de las que depende la relevancia penal del engaño en materia sexual.

En primer lugar, es fundamental decidir con carácter general cuáles de los infinitos aspectos relevantes a ojos de una víctima en una relación sexual están garantizados por una pretensión de veracidad penalmente protegida en el delito de agresión sexual. Me limito a enumerar en este lugar los tres factores que, tomando en consideración la específica naturaleza del injusto del delito de agresión sexual, merecen quedar *prima facie* garantizados por una pretensión de veracidad en tanto que características esenciales de toda relación sexual. Me refiero, en primer lugar, al hecho de *conocer si uno está o no participando en una actividad de naturaleza sexual*. Quien engaña a su víctima sobre la naturaleza sexual del acto en cuestión para conseguir su consentimiento, lesiona una expectativa de veracidad protegida. Con un ejemplo: el proctólogo que se inventa un motivo médico para llevar a cabo una exploración anal con ánimo lascivo atenta contra la libertad sexual de su víctima de modo penalmente relevante. No parece que exista diferencia normativa alguna relevante entre este supuesto y el de una agresión sexual ejecutada sobre una persona que se halla privada de sentido[53]. En segundo lugar, queda también

---

[47] En este sentido, cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 234 s.; y en profundidad, EL MISMO, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 103 ss. Con razón señala JAKOBS (*Coacciones. Explicación de la raíz común a todos los delitos contra la persona*, 2018) que, en puridad, no se trata aquí de una pretensión de veracidad, sino más bien de una pretensión a no ser desinformado.

[48] Así, en cambio, vid. TILTON/JENKINS ICHIKAWA, *Ethics*, (132-1), 2021, *passim*, quienes reducen el problema a una cuestión (meta)semántica: ¿a qué ha consentido (desde una perspectiva convencional) el sujeto?; y entre nosotros, en un sentido parecido, CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 4 ss.

[49] Lo advierte con razón SCHEIDEGGER, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz*, 2018, pp. 92 s. En un sentido parecido, vid. LAZENBY/GABRIEL, «Permissible Secrets», *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, pp. 265 ss., para quienes solo son relevantes los engaños causales que lesionan un *claim-right* de la víctima.

[50] BERGELSON, en ASHFORD/REED/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, 2016, p. 162.

[51] Fundamental al respecto, IZQUIERDO, *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*, 2018, Cap. 5; y antes ya, PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 169 ss.

[52] Así ya LAZENBY/GABRIEL, *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, pp. 276 s.

[53] Así, con razón, FEINBERG, *Ethics*, (96:2), p. 339; o HOVEN/WEIGEND, «Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht», *KriPoZ*, (3), 2018, p. 160.

cubierto por la pretensión de veracidad protegida por el delito de agresión sexual *la identidad personal de quien participa en el acto sexual*. La suplantación de identidad es, pues, *prima facie* penalmente relevante[54]. Con un ejemplo: quien entra a hurtadillas en una habitación oscura y haciéndose pasar por el marido de quien yace en la cama inicia una relación sexual infringe asimismo una pretensión garantizada de veracidad. Finalmente, en tercer lugar, queda igualmente cubierto por la pretensión de veracidad protegida por el delito de agresión sexual *el particular grado de injerencia corporal de la relación sexual*[55]. Con un ejemplo: quien acuerda con su víctima mantener una relación por vía vaginal para, acto seguido, penetrar analmente a su víctima lesiona asimismo una pretensión de veracidad penalmente protegida. Como más adelante detallaré, esta es la razón por la que el *stealthing* debe ser estimado penalmente relevante: el engaño afecta a un factor decisivo como es el grado de injerencia corporal de la relación sexual. Como señala Elisa HOVEN, se trata de un comportamiento que supone un plus de injerencia, y no solo un «aliud» frente a la relación sexual con preservativo[56].

¿Significa que todo engaño sobre el «si» de la relación sexual, la identidad de la contraparte o la naturaleza de la actividad es constitutivo de un delito de agresión sexual? En mi opinión la respuesta debe ser negativa. Existen, ahora ya en segundo lugar, engaños sobre tales aspectos que no vician el consentimiento de forma suficiente a efectos penales. En este lugar me limito a presentar dos *topoi* relevantes para la concreción de qué engaños *prima facie* relevantes son efectivamente lesiones de las expectativas de veracidad penalmente protegidas por el delito de agresión sexual. Por un lado, no deben atribuirse al autor aquellos errores reconducibles en primera instancia a una autopuesta en peligro de la víctima por infracción de sus incumbencias de cuidado. Quien afirma en una discoteca ser un conocido cantante y con ello consigue el consentimiento sexual de su víctima no la agrede sexualmente cuando aquella accede a mantener relaciones sexuales. Aquí debe importarse de la dogmática de la estafa los criterios de restricción del alance típico en los casos de engaño burdo o absoluta falta de perspicacia o extraordinaria indolencia. Y, por el otro, tampoco cabe afirmar la infracción de una pretensión de veracidad penalmente protegida cuando el autor, aun engañando a su víctima respecto de uno de los tres aspectos centrales arriba referidos, lleva a cabo un acto sexual que constituye un *minus* en términos de afectación a la libertad sexual (injerencia corpórea) respecto de la injerencia pactada. El fundamento de este criterio clásico de exclusión de la imputación por disminución del riesgo también deber tener relevancia práctica en el ámbito de la delincuencia sexual: quien pacta con su víctima mantener relaciones sexuales con penetración anal sabiendo que solo está dispuesto a mantener una relación sexual sin penetración no comete un delito de agresión sexual cuando inicia la relación sexual. Y lo mismo vale para el caso del *stealthing* inverso: quien usa

[54] En este sentido ya, HÖRNLE, *ZStW,* (127:4), 2015, 880 s.; o HOVEN/WEIGEND, *KriPoZ*, (3), 2018, p. 160. Próximo RENZIKOWSKI, «§ 177», *NK-StGB,* 4a ed., 2021, nm. 52. Asumo aquí un concepto estricto de identidad personal: quien mantiene relaciones sexuales con (A) porque ha sido engañado sobre el hecho de que (A) es primo de (B) no ve penalmente garantizada su pretensión de veracidad. Y por la misma razón tampoco comete un delito de agresión sexual quien miente sobre su sexo biológico: no es solo que no exista obligación de revelar una información íntima jurídicamente protegida (art. 18 CP, Art 8 CEDH), sino que el engaño no afecta a la dimensión estricta de la identidad protegida penalmente. Al respecto, monográficamente, vid. SHARPE, *Sexual Intimacy and Gender Identity "Fraud"*, 2018, passim.

[55] Próxima HÖRNLE, *ZStW,* (127:4), 2015, pp. 861 ss., 880 s., quien aboga por distinguir entre errores relativos al fin de la norma y aquellos relativos a factores no cubiertos por el fin de la norma (p.ej., motivos).

[56] HOVEN, «Das neue Sexualstrafrecht - Ein erster Überblick», *NStZ*, (10), 2020, p. 581.

preservativo habiendo pactado lo contrario con su víctima no lesiona la pretensión de veracidad penalmente protegida por el delito de agresión sexual[57].

Esta determinación normativa (intersubjetiva) de las condiciones respecto de las que cabe predicar una pretensión de veracidad protegida por el delito de agresión sexual no constituye en contra de lo afirmado por algunos autores una moralización insoportable de las relaciones sexuales. La tesis subjetivista radical desconoce que el Derecho (penal) debe operar tomando en consideración a todos los sujetos implicados y adoptando por lo tanto un punto de vista necesariamente intersubjetivo: el delito de agresión sexual no protege la pura defraudación subjetiva de expectativas particulares en materia sexual, sino una autonomía sexual cuyos límites quedan necesariamente normativamente definidos. En consecuencia, aquellos engaños causalmente relevantes que no quedan abarcados por la pretensión de veracidad arriba configurada, por moralmente reprobables que sean, deben ser considerados penalmente atípicos ex arts. 178 y 179 CP. Harina de otro costal es si tales defraudaciones no merecerían ser también tipificadas y sancionadas con una pena menor que la prevista para el delito de agresión sexual. Con un ejemplo: quien engaña a una persona que ejerce la prostitución respecto de su pretensión de pagar un precio tras mantener una relación sexual no comete un delito de agresión sexual, pero el injusto del delito de estafa parece no absorber todo el desvalor de la conducta de quien consigue así el consentimiento. La tan vilipendiada figura del estupro, ahora ya completamente derogada, podría ofrecer una vía interesante de represión de aquellos engaños no constitutivos de un delito de agresión sexual[58].

3.3. El *stealthing* como forma de violación

Antes de la reforma de 2022 resultaba objeto de discusión si el *stealthing* debía considerase un abuso sexual común o si, por el contrario, debía tipificarse como un abuso sexual agravado por acceso carnal tipificado en el ahora derogado art. 181.4 CP[59]. Esta misma discusión puede trasladarse *mutatis mutandis* al contexto vigente, en el que lo decisivo ahora es decidir si estamos ante una forma simple de agresión sexual (art. 178 CP) o ante un delito de violación (art. 179 CP). En favor de considerar el *stealthing* un caso común de agresión sexual hablaría el hecho de que la víctima sí ha consentido una relación sexual con penetración. El injusto del tipo básico ya absorbería de manera suficiente el injusto consistente en conseguir mediante engaño el consentimiento sexual. Desde un punto de vista axiológico, así GILI PASCUAL, resultaría errado considerar equivalentes el caso de un abuso sexual por un consentimiento viciado de aquel en el que no existe acto de consentimiento alguno[60]. Esta es también la conclusión alcanzada por el

[57] De otra opinión, vid. sin embargo KEßLER, *Sexuelle Täuschungen*, 2022, p. 342; o CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 8: «desde la perspectiva de la libertad sexual ambas prácticas resultan equivalentes y, por tanto, el «stealthing inverso» también deberá calificarse como abuso sexual»». Si lo entiendo bien, el razonamiento especular defendido por estos autores les lleva asimismo a afirmar que quien pacta el tocamiento de un pecho por debajo de la ropa y, sin embargo, procede a dicho tocamiento por encima de la ropa estaría cometiendo también un delito de abuso sexual, pues «la ropa resulta lo suficientemente relevante como para definir el tocamiento consentido» (p. 8).

[58] Sobre el engaño como medio comisivo en el delito de estupro, cfr. REIG, *El delito de estupro fraudulento*, 1979, pp. 191 ss.

[59] En detalle, GILI PASCUAL, *CPC,* (135), 2021, pp. 114 ss.

[60] GILI PASCUAL, *CPC,* (135), 2021, pp. 115 s., p

Juzgado de Instrucción núm. 2 de Salamanca[61], en una sentencia de conformidad en la que se condena en un caso de *stealthing* por un delito simple de abusos sexuales.

Esta interpretación, por muy loable que sea el intento por mitigar el castigo en estos supuestos, no resulta convincente. La víctima habría consentido el acceso carnal, pero no habría consentido la relación sexual tal y como finalmente se produjo. Así las cosas, el injusto básico ya absorbería todo el desvalor del hecho[62]. Esta interpretación disociadora del objeto del consentimiento resulta en mi opinión incompatible con la previa tipificación del *stealthing* como un delito (ahora) de agresión sexual. Si resulta que el engaño en estos casos es penalmente relevante porque la víctima había consentido una relación sexual en condiciones distintas a las que finalmente determinan la relación sexual, en particular, había condicionado su consentimiento al uso de preservativo, es evidente que el acceso carnal como elemento constitutivo de la relación sexual queda también condicionado al uso de preservativo. Dicho de otro modo: dado que la víctima no consiente un acceso carnal sin preservativo, la penetración no puede entenderse como consentida. Si a fin denegar la tipicidad ex art. 179 CP asumiéramos que el acceso carnal como tal fue consentido, ¿dónde reside el injusto del hecho consistente en una única penetración por quien finge estar utilizando preservativo? Es decir, ¿cuál es el hecho de naturaleza sexual que no ha sido consentido por la víctima y que atenta contra su libertad sexual? Estaban, pues, en lo cierto tanto la AP-Sevilla como el TSJ-Andalucía cuando calificaban en las dos sentencias aquí en comento el *stealthing* como una forma de abuso sexual con acceso carnal. A tenor de la regulación vigente, el *stealthing* tiene que ser considerado una forma de violación típica ex art. 179 CP[63].

3.4. Criminalización de la agresión sexual *y fair labelling*

Entre las críticas que merece la reforma penal sexual aprobada en 2022, resulta en mi opinión especialmente importante la relativa a la falta de diferenciación suficiente entre los distintos injustos contra la libertad sexual (*unfair labelling*)[64]. En particular, me interesa ahora destacar que en el marco del nuevo delito único de agresión sexual (art. 178 CP) todos los medios comisivos reciben en principio un tratamiento idéntico, por lo que constituye idéntico delito cometer una agresión sexual ejerciendo violencia para doblegar la voluntad de la víctima que hacerlo abusando de una situación de superioridad sobre aquella. Y aunque es cierto que el legislador, consciente del problema, ha optado por incorporar en el art. 178.3 CP un subtipo atenuado para casos de agresión sexual de menor gravedad, previendo incluso la posibilidad de sancionar una agresión sexual con una pena de multa (!)[65], el art. 179 CP castiga como delito de

[61] SJI núm. 2 de Salamanca, (ECLI:ES:JI:2019:1).

[62] Próximo, sin embargo, GILI PASCUAL, *CPC,* (135), 2021, p. 131.

[63] A esta misma conclusión, aunque en el marco del ordenamiento alemán, llega MAKEPEACE, «„I'm not sure this is rape, but…" Zur Strafbarkeit von „Stealthing" nach dem neuen Sexualstrafrecht», *KriPoZ*, (1), 2021, p. 14.

[64] Sobre el principio del *fair labelling*, según el cual las distinciones entre los delitos deben reflejar las diferencias en la naturaleza y la gravedad de las infracciones que criminalizan, vid. recientemente el interesante trabajo de CORNFORD, «Beyond Fair Labelling: Offence Differentiation in Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, (0), 2022, *passim*.

[65] Crítico con el castigo de delitos sexuales a través de penas pecuniarias vid. YOUNG, «Putting a Price on Harm: The Fine as a Punishment», en: DUFF/MARSHALL/DOBASH (eds.), *Penal Theory and Practice*, 1994, pp. 185 ss.: la multa pondría precio a la libertad sexual de la víctima. He defendido la tesis opuesta en: COCA-VILA, «What's Really Wrong with Fining Crimes? On the Hard Treatment of Criminal Monetary Fines», *Criminal Law and Philosophy*, (16), 2022, p. 404, n. 59.

violación toda agresión sexual con acceso carnal. Es decir, toda agresión sexual con acceso carnal, con independencia del medio comisivo (violencia, intimidación, aprovechamiento de una situación de superioridad o engaño) recibe ahora un tratamiento unitario.

En mi opinión, la tipificación del *stealthing* (o cualquier otro caso de agresión sexual mediante engaño) junto los casos de violación con violencia o intimidación resulta errada, en tanto abre la puerta a castigar con idéntica pena conductas de distinto desvalor. El que el engaño sea un medio comisivo idóneo del delito de agresión sexual no obsta a que debamos castigar las distintas formas de agresión sexual en función de su distinto desvalor[66]. Ello, que resulta posible en el marco de las agresiones sin acceso carnal gracias al nuevo subtipo atenuado del art. 178.3 CP, no resulta tan sencillo en los casos de violación, pues el art. 179 CP no prevé paralelamente un subtipo atenuado. Ahora bien, lo cierto es que el legislador reformista ha rebajado la pena mínima del delito de violación del nuevo art. 179 CP, pasando de los seis años a los cuatro. Precisamente cuatro años era la pena mínima prevista antes de la reforma para el delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 181.4 CP). En la medida en que no quepa aplicar en los casos de *stealthing* la norma del art. 178.3 CP al entender que el art. 179 CP es una ley especial preferente (art. 8.1ª CP)[67], solo cabe esperar que sea el juez penal quien a través del recurso al umbral inferior del marco penal del art. 179 CP evite castigos desproporcionados (prohibición de exceso) de las agresiones sexuales cometidas a través de un engaño.

4. Reflexión final

La reducción del delito sexual a un atentado contra la libertad sexual no consentido obliga a determinar en detalle cuándo una relación sexual ha sido consentida y cuándo no. Entre los muchos problemas que plantea esta tarea, surge la duda de si el engaño, con carácter general, debe ser considerado un medio comisivo típico del nuevo delito de agresión sexual. Aunque comparto las conclusiones alcanzadas por la AP-Sevilla y el TSJ-Andalucía en las dos resoluciones aquí en comento, he defendido en este trabajo que es imprescindible distinguir normativamente qué engaños causalmente decisivos (*deal breakers*) son suficientes para entender viciado el consentimiento y cuáles no. Solo aquellos engaños que lesionen una pretensión de veracidad protegida por la norma del art. 178 CP son penalmente relevantes. El *stealthing*, en tanto engaño que afecta al grado de injerencia corporal de la relación sexual, debe ser considerado penalmente típico. Tras la reciente supresión del delito de abuso sexual, dado que el acceso carnal no ha sido consentido, el hecho es constitutivo de un delito de violación (art. 179 CP). Creo sin embargo que existen importantes razones (prohibición constitucional de exceso) para castigar los atentados contra la libertad sexual cometidos mediante engaño con menor pena que los cometidos con violación o intimidación, incluso cuando consistan en un acceso carnal.

[66] Así ya, con razón, GIBSON, *Oxford Journal of Legal Studies*, (40:1), 2020, pp. 99 ss.

[67] Deja entrever la posibilidad de recurrir al 178.3 CP ya GILI PASCUAL, *CPC,* (135), 2021, p. 131.

InDret
4.2022

Incitación a la comisión de desórdenes públicos con gran afluencia de personas

Comentario a la STS de 22 de junio de 2022 en el caso Tamara Carrasco (y a su voto particular)

Mariona Llobet Anglí
Universitat Pompeu Fabra
mariona.llobet@upf.edu
-

1. Contextualización del delito y problemas de legitimidad El caso Tamara Carrasco

Ese proverbio de Aristóteles según el cual somos dueños de nuestros silencios y esclavos de nuestras palabras define muy bien el caso Tamara Carrasco, imputada, aunque absuelta, por un mensaje de voz distribuido a un grupo de *WhatsApp*. No obstante, antes de entrar en el asunto, conviene contextualizar el delito por el que fue acusada, así como los problemas de legitimidad que sobre su existencia ha planteado la doctrina.

Como es sabido, la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, trajo consigo grandes novedades. Seguramente, la eliminación de las faltas y la introducción de la prisión permanente revisable fueron las más notables y comentadas. No obstante, otro tema muy polémico y discutido ha sido la denominada *criminalización del disidente*, con el actual art. 559 CP como uno de sus máximos referentes. En efecto, dicho precepto tipifica, dentro de los desórdenes públicos, la conducta consistente en distribuir o difundir públicamente mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración de la paz pública del art. 557 bis CP, esto es, de las modalidades agravadas previstas, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo.

Se trata, pues, de un acto preparatorio elevado a la categoría de delito autónomo. Por un lado, con la mención a reforzar se sancionan tentativas de complicidad psíquica y, por el otro, en lo que aquí interesa, con la referencia a incitar se prevén conductas constitutivas de provocación. Sin embargo, esta figura no exige que se promueva directamente la comisión de delitos de desórdenes públicos, a diferencia del genérico art. 18 CP. Es decir, en virtud del tenor literal del art. 559 CP no es necesario que se vislumbre una evidente, suficiente e idónea llamada a la realización de un hecho concreto que sea un delito reconocible como tal. De este modo, con tal concepto amplio de provocación se contradicen las normas generales en materia de actos preparatorios punibles en el ordenamiento jurídico español y se adelantan todavía más las barreras de punición. Asimismo, pugna, al menos en parte, con la libertad de expresión y el derecho a la reunión y la manifestación, consagrados constitucionalmente, lo que puede conllevar un efecto desaliento en su ejercicio.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que, como acaba de indicarse, las únicas modalidades cuya incitación *sui generis* pueden castigarse son las previstas como más graves. Así, las dos primeras modalidades y la cuarta se centran en un mayor desvalor de la conducta por el peligro inherente bien sobre la vida o la integridad de las personas que los medios usados comporta (1ª y 2ª: armas, explosivos, incendios, etc.), bien sobre las cosas (4ª: actos de pillaje). Por su parte, la quinta y la sexta toman en consideración la naturaleza pública del sujeto activo del desorden (en la línea de la agravante genérica del art. 22. 7ª CP) o el uso de medios para evitar la identificación de sus autores (en la línea de la agravante genérica del art. 22. 2ª CP), respectivamente. Finalmente, la tercera circunstancia, que genera los mayores problemas desde la perspectiva de los derechos mencionados, prevé desórdenes producidos, simplemente, en una manifestación o reunión numerosa. Así, aunque el concepto de desorden implica, en virtud del art. 557 CP, bien violencia o intimidación sobre las personas, bien sobre las cosas, no es ni mucho menos extraño que en manifestaciones pacíficas numerosas sean grupos minoritarios, sin conexión con los propósitos de la reunión, los que realicen actos violentos e intimidatorios y daños patrimoniales. Por tanto, conociendo que ello podría llegar a producirse (dolo eventual), el tenor literal del tipo agravado permite imputar a quienes, sin más, alienten a participar en una manifestación numerosa.

Tal vez por todas estas dudas de legitimidad no se había planteado su aplicación hasta ahora, casi siete años después de su entrada en vigor. Sin embargo, el conocido como caso Tamara Carrasco ha conllevado la existencia de tres pronunciamientos, todos absolutorios, pero con un voto particular disidente firmado por cinco magistrados de la Sala Segunda. Además, la modalidad planteada es, precisamente, la de la circunstancia 3ª, concretamente, la inducción a participar en una manifestación o reunión numerosa en la que se cometan actos de violencia. Este comentario, pues, va dirigido a sintetizar y analizar los principales aspectos jurídicos discutidos, así como a ofrecer algunas observaciones y reflexiones ulteriores sobre ellos y, de lege ferenda, sobre los peligros de la tipificación de conductas tan abstractas y precoces.

2. El caso Tamara Carrasco

2.1. Los hechos probados

Según los hechos probados fijados judicialmente, el día 25 de marzo de 2018, Tamara Carrasco García envió a un grupo de *WhatsApp* compuesto por un número indeterminado de amigos suyos, un mensaje de voz que, de forma un tanto caótica, vertía, esencialmente, el siguiente contenido: por un lado, exponía que, para poder llegar a producirse una huelga general e indefinida, pretendida por los conocidos como CDR (*Comitès de Defensa de la República*), se tenía que generar el contexto previo idóneo a tal fin. Así, ello debía pasar, ante todo, por la posible realización de distintos actos consistentes en cortes de múltiples carreteras, estando previsto en algún caso la posible existencia de fuego, así como sabotajes, sin violencia, en vías de tren y en fibra óptica. La consigna era, en palabras textuales, «caldear el ambiente para que [hubiera] un movimiento en la calle para poder justificar después la huelga general». Además, por el otro lado, una vez se hubiera publicado la huelga indefinida, pedía a los destinatarios colaborar y participar en ella, no quedando claro qué concretos actos se llevarían a cabo. Se insinúa una posible entrada en el aeropuerto, aunque se reconocen los peligros que ello podía comportar, y que otra opción era parar Mercabarna y el puerto, reiterando que todavía había que trabajar el plan y que debía ser aprobado por la sección nacional.

Por último, es también importante poner de relieve que en los hechos probados no consta que este mensaje se difundiera por *WhatsApp* a terceras personas, aunque en el voto particular se afirma que circulaba por esta red social. Igualmente, tampoco se da por probado que la acusada formara parte de los mencionados CDR.

2.2. El recorrido judicial y los elementos (fácticos, normativos y probatorios) en pugna

El primer órgano en conocer por estos hechos fue el Juzgado de lo Penal núm. 25 de Barcelona que, en su Sentencia de 6 de octubre de 2020, absolvió a Tamara Carrasco del delito previsto en el art. 559 en relación con el 557 *bis* 3 CP por el que era acusada. Concretamente, el Ministerio Fiscal consideró que su conducta era subsumible en la modalidad consistente en difundir públicamente a terceros mensajes incitadores a la comisión de desórdenes públicos realizados en una manifestación o reunión numerosa. Ante dicha resolución, la acusación interpuso recurso de apelación, el cual fue desestimado por la SAP-Barcelona de 4 de enero de 2021, por lo que, de nuevo, recurrió en casación y, otra vez, el Pleno de la Sala Segunda denegó dicha pretensión en su sentencia de 22 de junio de 2022. Sin embargo, dicha resolución contiene un voto particular disidente firmado por cinco magistrados.

A grandes rasgos, los elementos (fácticos) en disputa son, por un lado, la publicidad o no de dicho mensaje, y, por el otro lado, su naturaleza explicativa o incitadora. Además, dentro de esta segunda problemática se discuten las concretas características (normativas) qué ha de tener el acto incitador, esto es, si ha de ser directo, incorporando, aunque no se diga expresamente, el elemento distintivo de la provocación genérica del art. 18 CP o, por el contrario, también puede ser indirecto, como sucede en la incitación descrita en el art. 510 CP, dentro de los delitos de odio. Ciertamente, el art. 559 CP no adjetiva este elemento, por lo que o bien puede entenderse que ello implica la imposibilidad de aceptar la provocación indirecta o, en cambio, que, al no exigirse que sea directa, también cabe la indirecta. Finalmente, y como contexto decisional previo, se confronta una cuestión probatoria, a saber, un entendimiento más o menos rígido sobre la posible reinterpretación de los hechos probados en el momento de subsunción jurídica.

2.3. Los razonamientos absolutorios del TS

Como se detallará a continuación, los motivos absolutorios de la Sala Segunda fueron, siguiendo la argumentación del tribunal de instancia, la falta del elemento comunicativo del tipo, esto es, la publicidad, por un lado, y, por el otro, la falta de la conducta típica, es decir, la incitación a un desorden público agravado. Tales conclusiones parten, como cuestión previa, de un entendimiento muy rígido de la precomprensión de los hechos fijados en la sentencia, esto es, de una caracterización de estos como algo eminentemente descriptivo y poco valorativo. Así, los presupuestos fácticos de los que parte la Sala Segunda no se pueden (re)valorar, sino que arrojan unas conclusiones claras vinculadas con los elementos del tipo relativos a la existencia o no de publicidad y a su naturaleza incitadora o explicativa, tal y como fueron entendidos por el tribunal de instancia.

Comenzando por esta última cuestión, pues, dado que es el contexto decisional del que parte el TS para llegar al fallo absolutorio, se cita, por un lado, doctrina constitucional y del TEDH sobre la reconfiguración del espacio revisorio de la valoración de las llamadas pruebas personales y,

por el otro, la reforma operada por Ley 4/2015, que introduce un modelo fuertemente restrictivo de revisión. Sobre su base, se afirma la imposibilidad del tribunal superior de revalorar la prueba sobre la que el tribunal inferior funda su decisión absolutoria para revocar y condenar a las personas absueltas. En definitiva, significa que el mensaje transcrito en el caso de autos no es público ni incitador, tal y como los valoró el tribunal de instancia.

En primer lugar, respecto a las *condiciones comunicativas del mensaje*, parece que la Sala Segunda distingue dos clases de redes sociales. Por un lado, aquellas que moldean la emisión y la recepción de los mensajes intersubjetivos, como *Twitter*, y que, por ende, generan emisiones públicas y colectivas de interacciones comunicativas. En estos casos, no hay duda del contenido público de lo transmitido. Sin embargo, por el otro lado, la aplicación *WhatsApp* se dirige a un grupo cerrado y determinado de interlocutores (como máximo, los componentes de un grupo). Por tanto, ello no puede ser equivalente a una difusión pública de lo transmitido, sino un acto de comunicación intersubjetivamente delimitado. El hecho de que mediante dicho aplicativo la transmisión se entable entre varios interlocutores no anula la expectativa de privacidad de quienes participan en el acto comunicativo concertado mediante un canal cerrado a terceros no autorizados. Otra cosa es que alguno de los interlocutores distribuya lo recibido. Sin embargo, ello no se puede trasladar, sin más, al acto comunicativo original -en otras palabras, puede decirse que no habría una intrínseca posición de garantía de controlar lo que terceros hagan con el mensaje emitido-. A lo sumo, habría que constatar que el distribuidor originario pretendiera su difusión a terceros ajenos al inicial grupo (cerrado).

En segundo lugar, respecto a la *idoneidad incitadora del mensaje*, por un lado, no se identifican suficientemente actos concretos que pudieran desembocar en desórdenes del art. 257 *bis* CP, y, por el otro, lo pretendido por la remitente era informar sobre acciones o estrategias de terceros. La única llamada explícita constatada por los tribunales de instancia es a participar en una huelga general que se pudiera programar en el futuro.

En relación con esto, y vinculándose con el aspecto más normativo del caso, se considera que la naturaleza de este delito está emparentada con la genérica modalidad de provocación del art. 18 CP, antes que con el art. 510 CP, como alega el Ministerio Fiscal. Es cierto que el silencio sobre la naturaleza incitadora conlleva indagar sobre su alcance. Una solución es aproximarlo a la figura genérica. Otra, en cambio, vincularlo con otras figuras incitadoras en las que se equiparan formas directas e indirectas. Así, a falta de hermanamiento en cualquiera de los dos sentidos, a juicio de la Sala Segunda lo más razonable parece «acudir antes a la categoría matriz de la provocación que contempla la incitación directa como fórmula de acción», para neutralizar efectos extensivos. En definitiva, «la incitación indirecta debe limitarse a aquellos tipos en los que el legislador de forma expresa la ha previsto como fórmula de acción». Dicha interpretación se le antoja a la Sala Segunda más respetuosa con riesgos insignificantes o socialmente aceptados, así como con riesgos amparados en el ejercicio legítimo de derechos constitucionales; riesgos, en definitiva, que no pueden ser considerados jurídicamente desaprobados, como la generación de malestar colectivo. Por tanto, una incitación directa exige un mínimo de precisión que incremente *ex ante* el riesgo de comisión, dada la eficacia del mensaje incitador. Todo ello se descarta en las tres instancias. En definitiva, partiendo de la ambigüedad sobre el sentido y el alcance de lo comunicado, dicho mensaje no constituye una provocación *directa* a cometer desórdenes públicos, que se interpreta que constituye un elemento del tipo.

2.4. Los razonamientos condenatorios del voto particular

Ante los razonamientos esgrimidos por la mayoría del pleno existe un extenso voto particular formulado por el Magistrado Ángel Luis Hurtado Adrián, al que se adhieren otros cuatro: Manuel Marchena Gómez, Julián Sánchez Melgar, Antonio del Moral García y Vicente Magro Servet. De hecho, este tiene más páginas que la propia sentencia y analiza cuestiones planteadas por la parte recurrida, pero que no aparecen reflejadas en la resolución de la mayoría: por un lado, el relativo a los óbices procesales de inadmisión y, por el otro, la fricción de la conducta perseguida con el derecho de reunión[1].

Por lo que respecta a las cuestiones en conflicto, esto es, la existencia de incitación y de publicidad, los principales argumentos -poco sistemáticos y un tanto confusos, en general-, son los siguientes. En primer lugar, aun admitir el contexto general de huelga en el que se inserta el mensaje, a su juicio hay pasajes en los que no se puede ignorar ni su signo incitador, más allá del meramente explicativo, ni su contenido coactivo, intimidatorio y violento[2]. En consecuencia, concurre la conducta típica, pues «se invita a una movilización violenta mediante directrices encaminadas a tal efecto» cuando se habla de «caldear el ambiente», de actos «más heavies» y, sobre todo, de las acciones referidas a entrar en el aeropuerto, el puerto y Mercabarna, aunque el binomio incitación-violencia no siempre aparece bien emparejado en la argumentación, como se desarrollará más adelante.

En segundo lugar, sobre la necesidad de que tal incitación (cuya existencia se ha constatado) sea directa, es decir, sobre la cuestión normativa en disputa, el voto particular considera que el art. 559 CP no está vinculado por los límites del art. 18 CP, pues, de ser así, sería irrazonable pensar que se hubiera creado este tipo especial de provocación. Para ello se sirve de la naturaleza jurídica del delito, en concreto, de su naturaleza como delito de riesgo hipotético o potencial[3], teniendo que constatarse, únicamente: «que la conducta, por vía de hipótesis, sea potencialmente peligrosa o idónea, ex ante, para generar el riesgo de lesión del bien jurídico», esto es, del orden público. Por tanto, trasladada tal doctrina al supuesto de hecho, lo esencial, para los magistrados disidentes, es que la acusada difundió unos mensajes cuyo contenido violento e intimidatoria iban dirigidos a la alteración del orden público, eran idóneos a tal fin, y lo hizo de manera consciente (aunque solo fuera a título de dolo eventual), pese a que no se concretara la conducta delictiva en la que tenían que participar los destinatarios.

Por último, respecto a la naturaleza pública del mensaje, aunque pueda diferenciarse entre redes sociales abiertas y la aplicación *WhatsApp*, no se debe ignorar su potencial efecto multiplicador.

---

[1] Como estas cuestiones no se encuentran en la disputa que determina la absolución o la condena, a juicio de la mayoría, baste la siguiente breve mención. En primer lugar, para el voto particular, la interpretación del Ministerio Fiscal no incluye nuevos hechos, sino que varía el juicio de inferencia que se hace a partir de ellos, llegando a otras conclusiones que también encuentran apoyo en el propio relato histórico. Por tanto, se trata de un problema de subsunción. En segundo lugar, la Constitución solo ampara el derecho a reuniones pacíficas, lo que no sucede en el caso de autos, de marcado carácter violento.

[2] De nuevo, pues, con relación al derecho de reunión, el voto particular se detiene en justificar el calificativo de violentos de los actos explicitados en el mensaje, que no quedarían amparados por el derecho fundamental.

[3] Así, aunque llega a la misma conclusión que el Ministerio Fiscal, la justificación sigue derroteros distintos. Para el voto particular, el fundamento de si la incitación puede ser también indirecta no se encuentra en su equiparación con el art. 510 CP, como defiende la parte recurrente, sino en la naturaleza de peligro hipotético del propio art. 559 CP.

En efecto, su contenido tiene gran proyección de redifusión o redistribución, como lo evidencia la función de reenvío automático que contiene. Por ello, aunque la acusada no pretendiera que su grupo de amigos lo difundieran, sería irrazonable concluir que no fuera consciente de que ese mensaje iba a circular de manera indiscriminada y se iba a multiplicar sin control entre otros individuos -al ser esta una realidad más propia de la comunicación de esta concreta red social-. En definitiva, las previsibles, pero indiferentes, consecuencias de su discurso en cuanto a la publicidad colman el elemento subjetivo del injusto, y, a la vez, parece que la convierten en garante de controlar la propia fuente de peligro creada, respecto de lo que terceros previsiblemente realizarán en el futuro. Así, se fundamenta, aunque no se dice expresamente, el necesario elemento objetivo de imputación. Sobre ello, también, se volverá más adelante.

Por todo lo indicado, en definitiva, el voto particular concluye que hubo difusión pública de mensajes con el fin de que se ejecutasen actos de violencia sobre las personas o las cosas en el ámbito de una manifestación o reunión numerosa. En consecuencia, Tamara Carrasco debiera haber sido condenada como autora penalmente responsable del delito de desórdenes públicos previsto en el art. 559, en relación con el art. 557 bis 3º, que, a su vez se refiere al tipo básico del art. 557.1 CP. En cuanto a la pena, sin embargo, ante la alternativa ofrecida por el precepto entre la privativa de libertad y la pecuniaria, hubiera optado por esta última, menos aflictiva, y en su mínima extensión de tres meses (con una cuota diaria de seis euros).

3. Algunas consideraciones para el debate

Establecido todo lo anterior, de las cuestiones indicadas se incidirá en las siguientes tres, por considerarse las de mayor trascendencia por sus efectos, tanto de subsunción al caso concreto, como de interpretación y legitimidad del precepto en contienda.

3.1. ¿En términos comunicativos es *WhatsApp* equivalente a redes sociales abiertas?: sobre los riesgos comunicativamente relevantes y la prohibición de regreso

Como se ha indicado, uno de los puntos de fricción del caso es el relativo a si los efectos comunicativos de la aplicación *WhatsApp* son equivalentes a redes abiertas, como, por ejemplo, *Twitter*. Así, mientras la sentencia afirma que no, el voto disidente fundamenta dicha equivalencia en la pérdida de control previsible de los mensajes difundidos. Ahora bien, aceptando que esto último es cierto desde una perspectiva descriptiva, valorativamente, esto es, en aras a la atribución de responsabilidad, creo que solo sería posible dicha solución si se dieran dos circunstancias: en primer lugar, que se pudiera legitimar un deber primigenio de control de todo mensaje que, en manos de terceros autónomos, se sabe que implica, por lo menos, un eventual peligro o lesión para bienes jurídicos; y, en segundo lugar, que, dado el contenido del mensaje concreto fuera razonable inferir una comunicación en cadena o masiva, por su interés manifiesto al público de tal red social. Lo primero, pues, guarda relación con criterios de imputación objetiva del comportamiento; lo segundo, en cambio, tiene que ver con criterios de razonabilidad para fundamentar la subsunción jurídica en el caso concreto, aunque ambas cuestiones están relacionadas.

Comenzando por lo primero, se coincide con el voto particular cuando afirma que en la aplicación *WhatsApp* «hay carencia de control sobre su zigzagueante difusión, pues su destinatario puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión». Sin embargo, más

allá de esta constatación se debe fundamentar si dicha pérdida de control -y, por tanto, su publicidad- ha de ser siempre y en todo caso objetivamente imputable al primer mandatario de un mensaje incitador, puesto que su reenvío masivo es incumbencia, al fin y al cabo, de los terceros receptores[4]. Por tanto, obsérvese como la prohibición de regreso, en cuanto criterio de imputación objetiva, se pone de manifiesto. Como establece JAKOBS[5], «prohibición de regreso es el nombre que se emplea para expresar que otro sujeto no puede imponer al comportamiento del que actúa en primer lugar un sentido lesivo de la norma», todo y existir conocimiento (directo o eventual). Así, en una sociedad cuyos miembros persiguen preferencias muy diferentes, a nadie se le tiene que reprochar el modo de actuar de otro sujeto a su propio arbitrio. Ello es únicamente cosa del otro, esto es, en el caso que nos ocupa, lo sería de los que decidieran reenviar el mensaje masivamente, convirtiéndolo en público[6] (lo que, como se ha indicado, tampoco aparece en los hechos probados, aunque el voto particular afirma que corría por las redes).

Por tanto, más que del carácter público o privado de la aplicación *WhatsApp*, en términos generales -puesto que, efectivamente, las emisiones masivas por el cúmulo de comportamientos individuales son usuales en su seno-, lo que hay que fundamentar es la responsabilidad individual del emisor inicial por su incitación *pública* en cuanto garante de su actuar precedente (peligroso[7]). Como potenciales emisores originarios, ¿tenemos el deber de evitar cualquier difusión inicial privada de contenidos que, previsiblemente, pueden transmitirse como la pólvora por las redes sociales? Con otras palabras, ¿es equivalente difundir como autor directo un mensaje determinado a través de una red social abierta (*Twitter*, por ejemplo) -o, en redes de carácter privado, pero como inductor de la reemisión masiva (por ejemplo, decir 'pásalo')-, que valerse de la dinámica usual de los usuarios de esta última, ávidos de morbo, burlas y rebeldía (*WhatsApp*), entendiendo que son instrumentos robotizados y sin voluntad que reenviarán el mensaje de forma automática?[8]

---

[4] JAKOBS, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'», *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp., 209-230, 222.

[5] JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp. 216 ss.

[6] Piénsese que, si los receptores lo reenviaran, a su vez, a otros grupos cerrados, se reproduciría la misma problemática. Por tanto, a dicha cuestión se sobrepone la relativa a la legitimidad de los denominados delitos cumulativos, que ya se ha planteado en otros ámbitos, especialmente, el medioambiental. Como es sabido, los 'delitos cumulativos (o acumulativos) (*Kumulationsdelikte*, *accumulative harms*) permiten sancionar penalmente una conducta individual aunque «ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga por sí misma en peligro relevante), si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta –*per se* no lesiva- se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico» (cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., 2001, p. 131, con ulteriores referencias).

[7] Esta discusión es trasladable al ámbito de los delitos contra la intimidad respecto a los deberes de no difundir fotos o videos íntimos que se hayan recibido a través de *WhatsApp*, sin que el autor del reenvío haya intervenido en la captación ni tenga un deber de sigilo. Precisamente, esta conducta ha sido introducida en el Código Penal de la mano de la reciente LO 10/2022, de 6 de septiembre. Así, el nuevo art. 197.7 CP castiga a quien, habiendo recibido imágenes o grabaciones audiovisuales, inicialmente realizadas con la anuencia de la víctima, las difunda, revele o ceda a terceros sin su consentimiento.

[8] En este sentido, es muy reveladora y acertada la aplicación de la prohibición de regreso en la STS 483/2022, Penal, de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2033), que resuelve un caso en el que un primer envío de una información íntima acabó reenviándose masivamente. Sin embargo, a juicio de la Sentencia, «el resto de las comunicaciones que integraron la cadena quedaba por entero fuera de su conocimiento y control, de su ámbito de actuación, de su propio dominio. El relato de hechos probados no presta fundamento para atribuir a la única acusada en este procedimiento ninguna clase de participación en las decisiones autónomas que adoptaron después los sucesivos

Pues bien, cuando la previsibilidad objetiva de tal automatización, partiendo de las reglas de experiencia del funcionamiento de estas redes, está garantizada para el observador medio desde una perspectiva *ex ante* (piénsese en el reciente caso de la filtración del video sexual del presentador y humorista, Santi Millán), me parece legítimo equipar dichas formas de autoría, esto es, la directa con la mediata. Sin embargo, más allá de contenidos altamente morbosos o incendiarios, tengo más dudas en el caso de Tamara Carrasco. No me parece claro que sea un supuesto de creación *ex ante* de un riesgo desaprobado de automatización. Ciertamente, podrían añadirse otros criterios para determinar dicho riesgo, como, por ejemplo, las características del grupo de *WhatsApp*, en especial, ideológicas o políticas (por ejemplo, un grupo radical en algún aspecto) y, sobre todo, el número de receptores del envío inicial en función de sus dimensiones, que, como el voto particular indica, puede llegar a los 256 intervinientes. Así, a más miembros receptores, más pérdida de control. Sin embargo, tal número exacto tampoco aparece en los hechos probados, así como las características del grupo, más allá de hacer referencia a la amistad («grupo de amigos» dice los hechos probados).

En segundo lugar, además, en el ámbito de la imputación subjetiva, esa indiferencia que al Ministerio Fiscal y al voto particular les parece tan razonable inferir de los hechos, y que sirve para fundamentar, al menos, el dolo eventual de la autora, no se me antoja tan clara e incontrovertida. «Si no como cierto, sí, al menos como razonable», ¿la acusada se tuvo que representar *ex ante* la posible gran difusión de su mensaje? Pues, bien, no me parece irrazonable concluir lo contrario, esto es, que la emisora no se representara una posible difusión en cadena. Precisamente porque, como se acaba de indicar, hay casos de mayor o menor previsibilidad objetiva, con el mensaje de Tamara Carrasco bien se puede inferir que su contenido no iba a convertirse en viral, lo que en el ámbito de fotos o vídeos íntimos o sexuales sí es absolutamente irrazonable.

En conclusión, pues, la existencia de publicidad imputable objetiva y subjetivamente a la acusada genera problemas, que, aun y admitiendo que no son insalvables, sí representan un *primer escollo* importante en la legitimidad de la condena. Veamos, pues, qué sucede con el resto de los elementos.

3.2. ¿Información o incitación –y, además, violenta–?

Sobre esta segunda cuestión controvertida, ante todo hay que indicar que, en el mensaje de voz objeto de imputación, se pueden diferenciar claramente dos bloques temporales: el primero, de carácter *explicativo*, informa sobre las acciones planeadas, algunas violentas, *previas* a la huelga general y dirigidas a generar un contexto idóneo para su producción. Dada dicha naturaleza informativa, pues, resulta indiferente que se haga referencia a actos de desórdenes violentos -lo que, en cambio, le parece muy relevante al voto particular-. A saber, en el fundamento tercero disidente se reproducen los, a su juicio, «pasajes de inequívoco contenido violento». Sin embargo, dos de ellos aluden a la violencia de naturaleza explicativa: los cortes de carreteras y sabotajes, incluso incendiarios, forman parte del contexto previo al que no se invita a participar. Por tanto, falta la realización de la conducta típica en relación con estos: la incitación, aunque

trasmisores. *Impide así el referido criterio de prohibición de regreso que le resulte objetivamente imputable el resultado de todas las comunicaciones posteriores a la que ella misma realizó*» (cursiva añadida).

concurra violencia. A lo sumo, se podría fundamentar que Tamara Carrasco había formado parte de una conspiración a la comisión de desórdenes públicos. Sin embargo, esta conducta es atípica dado que los actos preparatorios no son punibles como tal en este ámbito.

Ahora bien, a continuación, en un segundo bloque temporal, se pide a los destinatarios colaborar y participar en dicha huelga. Por tanto, en este momento sí concurre una conducta incitadora. Además, no se relaciona la huelga general con una mera movilización, sino que parece claro que se vincula con una eventual ocupación del aeropuerto, del puerto y de Mercabarna[9]. En esto tiene razón el voto particular. Sin embargo, en primer lugar, no se explicita el carácter violento de dichas ocupaciones, ya que no se alude a actos concretos de tal naturaleza (a diferencia de lo que sucede con algunos cortes de carretera previos a la huelga general). Aceptar, sin más, como afirman el Ministerio Fiscal y el voto particular, que «la convocatoria a un número indeterminado de personas a ocupar el puerto y el aeropuerto ha de significar necesariamente asumir que el grupo será muy grande y [también] que es seguro que habrá violencia», es discutible respecto de este ulterior elemento. Por un lado, es cuestionable que no tenga que ser elemento del tipo la incitación a la propia comisión de desórdenes violentos, siendo suficiente la posibilidad de que se lleven a cabo en la manifestación o reunión numerosa, sea quien sea su autor. Con esta interpretación nadie podría animar a la participación en movilizaciones masivas, sobre todo en temas especialmente polarizados, porque siempre es imaginable que algunos sectores recurran a la violencia. Por el otro, además, ¿no sería también razonable considerar que tal convocatoria podía conllevar una ocupación pasiva, sin actos de violencia sobre las personas o las cosas en el sentido del art. 557 CP, destinada, solo, a impedir el normal funcionamiento de tales lugares[10]? Tamara Carrasco alude a parar el puerto o Mercabarna para provocar un desabastecimiento de mercancías en algunos lugares.

Ciertamente, el concepto de violencia es muy debatido en la parte especial, sobre todo, respecto al tradicional tipo de coacción (art. 172 CP)[11] y, más recientemente, en relación con la rebelión (art. 544 CP)[12]. No obstante, el art. 557.1 CP es claro que incluye la violencia sobre las personas, esto es, la fuerza física, la violencia sobre las cosas, es decir, los daños materiales, y, finalmente, la intimidación vinculada con la realización de tales violencias. En cambio, ocupaciones que entrañen una perturbación relevante del normal funcionamiento de espacios públicos son

[9] Según los hechos probados: «[…] tema huelga indefinida, esto es lo que os quería explicar y *puede ser que aquí sí que podáis colaborar*, dando más información y luego *participando en la huelga indefinida*. ¿Qué pasa? Que en la huelga indefinida no volveremos a hacer lo mismo, o sea, cortar fronteras y todo eso […] Que muchos decían de *meternos en el aeropuerto*, pero la mitad no se quiere meter porque, o sea, es muy jodido […] *Estamos pensando en Mercabarna y el puerto*» (cursiva añadida).

[10] Para el voto particular, decir «que si podemos parar el Puerto sería brutal o si dejamos sin avituallamiento a Baleares son frases de evidente puesta en marcha de actuaciones propias de un sabotaje, *desde luego nada pacíficas*».

[11] RAGUÉS I VALLÈS, «¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional de derecho penal», *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, 2003, pp. 481-497.

[12] COLOMER BEA, «Perturbación del orden, rebelión y sedición. Especial referencia al proceso catalán», en ALONSO RIMO (dir.)/COLOMER BEA (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, pp. 247-269.

subsumibles en el art. 557 *ter*[13] -o, a lo sumo, en el ámbito de las coacciones[14]-; conductas que, sea como fuere, no son objeto de incitación típica en el art. 559 CP, al no formar parte del art. 557 *bis* CP (recuérdese, únicos desórdenes de referencia). Por tanto, desde los cánones literal y sistemático, ocupar, *per se*, lugares públicos, no es violencia, en el sentido del art. 557.1 CP[15], y esta posibilidad bien puede ser considerada tan razonable como la defendida por el voto particular. Por tanto, *escollo número dos*.

Además, en segundo lugar, tales acciones son proyectos incipientes, imprecisos y, en el caso del aeropuerto, además, poco probables, esto es, se trata de actos indeterminados. Según los hechos probados, la acusada reconoce, por un lado, que la «mitad no quiere meterse en el aeropuerto porque es muy jodido» y «te puede disparar la guardia civil» y, por el otro, que respecto a ocupar el puerto y Mercabarna, todavía había que trabajar el plan y ser aprobado por la sección nacional. Por tanto, hay que decidir qué grado de determinación de los actos inducidos exige el tipo, lo que se vincula con si la provocación del art. 559 CP requiere que sea directa, o no, dada su falta de adjetivación.

3.3. La incitación sin el apellido "directa" ¿qué es?

Finalmente, pues, la última cuestión a determinar versa sobre las características que la incitación *sui generis* del art. 559 CP requiere. Así, hay que decidir si esta se emparenta con la genérica provocación del art. 18 CP o, por el contrario, puede tener contornos más difusos que la acerquen a las modalidades de provocación indirecta previstas en el ámbito de los delitos de odio (art. 510 CP). Téngase en cuenta que, para un sector importante de la doctrina[16], una incitación directa implica, además de una efectiva virtualidad persuasiva en relación con su destinatario, que lo sea a un delito concreto y determinado, excluyéndose las incitaciones imprecisas o las meras alusiones –que es lo característico, según creo, en el caso Tamara Carrasco–.

Partiendo del tenor literal, ciertamente, ambas exégesis son posibles, conllevando, las dos, problemas de distinta índole. Así, desde una perspectiva de seguridad jurídica y proporcionalidad, es más garantista exigir que la incitación lo sea a un desorden determinado, en el sentido ya defendido por el fallo mayoritario. En primer lugar, como indica DEL ROSAL

[13] Art. 557 *ter* 1: «Los que, actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público, y causen con ello una perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal, serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, salvo que los hechos ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código».

[14] Art. 172.1 CP: impedir a otro hacer lo que la ley no prohíbe o compelerle a efectuar lo que no quiere.

[15] Parece que opina de modo distinto la sentencia de apelación del caso, incluyendo las meras perturbaciones del orden público en el concepto de violencia.

[16] BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, pp. 247 ss., pone de relieve que la doctrina se ha manifestado de diversas maneras respecto a la incorporación del adverbio 'directamente' del art. 18.1 CP, pero que una interpretación, mayoritaria, ha sido la de entender que se excluyen «las incitaciones vagas, imprecisas o indefinidas» (REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 81) o «las meras alusiones o insinuaciones» (CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)*, 1997, pp. 162-163). Por tanto, como indica FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, Comares, Granada, 2006, p. 336, «tiene que poder vislumbrarse en la manifestación una evidente, suficiente e idónea llamada a la realización de un hecho concreto, que sea un delito reconocible como tal». También en este sentido, DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, 1986, pp. 116-117; y RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, 2002, p. 21.

BLASCO[17], autor que hace expresa referencia a las formas veladas de provocación, esto es, «no claras ni directas», admitirlas como típicas conllevaría gran inseguridad jurídica, puesto que «tendrían que ser los tribunales de justicias los que delimitaran hasta qué punto y cuándo una incitación (indirecta) podría constituir provocación a cometer un delito», implicando, a su vez, «un inmenso riesgo para la libertad de expresión». Por ello concluye que «hay que exigir que queden fuera de la provocación formas veladas, esotéricas, indirectas, de excitación. Es preciso que quien incita lo haga de forma inequívoca». Además, en segundo lugar, con base en el principio de proporcionalidad, si la provocación directa implica una rebaja penológica en uno o dos grados, la indirecta debería exigir una rebaja mayor, lo que no se observa en el art. 559 CP que, pese y prever, como alternativa, la pena de multa, la privativa de libertad puede alcanzar un año, que es el mínimo del art. 557 bis CP. Y, por último, desde una perspectiva histórica, tampoco el Código Penal anterior, de 1973, adjetivaba la provocación. Sin embargo, se había entendido, por un sector importante de la doctrina, que había de ser directa[18].

Ahora bien, de entrada, que la incitación tenga que ser directa no casa bien, desde una perspectiva sistemática, con la existencia de la figura genérica de provocación. Como indica el voto particular, si los requisitos del art. 18 CP se consideran trasladables al art. 559 CP, «lo razonable sería concluir con que no se hubiera creado este tipo de provocación, como especial». No obstante, los problemas de constitucionalidad me parecen más importantes que los de sistematicidad, por lo que una interpretación que los solvente es, a mi juicio, preferible. Además, por último, tampoco me parece insalvable este último problema. Ciertamente, si estuvieran previstos los actos preparatorios expresamente en el ámbito de los desórdenes públicos, la crítica sistemática cobraría absoluto rigor. No obstante, puede también interpretarse que el legislador, por los motivos que sea, ha querido solo tipificar uno de los tres actos preparatorios punibles posibles en el Derecho penal español, es decir, que de la conspiración, la proposición y la provocación, únicamente ha considerado necesario prever esta última forma.

Por tanto, *tercer escollo*: siendo posible la interpretación del voto particular, desde una perspectiva literal y sistemática, los problemas que ello acarrea en relación con principios básicos del Derecho penal hacen preferible la decisión acordada por la mayoría, en el sentido de interpretar que la provocación del art. 559 CP ha de referirse a hechos concretos[19]. Además, casa mejor con las interpretaciones basadas en los principios de favor *libertatis*[20] e interdicción del efecto desaliento (*chilling effect*), defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[21].

---

[17] DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito*, 1986, pp. 117-118.

[18] DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito*, 1986 pp. 116-117, analiza las consecuencias de la no inclusión del término directamente en la provocación descrita en el anterior Código Penal de 1973 (art. 4 III). Sin embargo, llega a la conclusión de que ni así es admisible castigar las provocaciones «que de forma vaga, imprecisa o indefinida -es decir, indirecta- puedan incitar a ello».

[19] Exigir los requisitos de la provocación genérica es, también, la opinión de un sector de la doctrina. Así, COLOMER BEA, *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, 2021, p. 261, con ulteriores referencias.

[20] STS 106/2015, Penal, de 19 de febrero (ECLI:TS:2015:748).

[21] Cfr. COLOMER BEA, «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *CEFD*, (41), 2019, pp. 97-116; CUERDA ARNAU, «La doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia», *InDret*, (2), 2022, pp.

4. Recapitulación y últimas valoraciones generales

El caso Tamara Carrasco pone de relieve los peligros de tipificar conductas imprecisas y muy limítrofes con la limitación de derechos fundamentales, aunque el resultado concreto haya sido la triple absolución. Por tanto, desde una perspectiva de *lege ferenda*, sería recomendable que el legislador replanteara la tipificación de esta clase de delitos, o, por lo menos, los reformulara en términos de taxatividad y proporcionalidad. Pero, en lo que aquí interesa especialmente, de *lege lata*, es preferible optar por interpretaciones restrictivas y garantistas, tal y como hacen las tres instancias de este supuesto, aunque ello no quite el despilfarro de recursos económicos públicos, ni el sufrimiento que el proceso penal implica *per se* a los acusados de un hecho delictivo. Así, aunque la solución del voto particular se ajusta al tenor literal del precepto y los hechos pueden subsumirse en él con los juicios de razonabilidad por él defendidos, hay demasiados escollos. Por tanto, cuando una condena es tan discutible en todos los aspectos relevantes del caso, a mi juicio, debería optarse por la libre absolución: *in dubio pro reo*.

InDret
4.2022

El tirador de Tarragona ha muerto (un caso de eutanasia en prisión preventiva)

Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 641/2022, de 4 de agosto de 2022

Alejandro Freeland
Universidad de Buenos Aires
freeland.abogados@gmail.com
-

1. Antecedentes

Antes de salir, el hombre de 45 años examinó por última vez las armas y su disfraz. Vestía todo de negro y llevaba en la cabeza una peluca rojiza y una gorra de béisbol, que disimulaban su faz, pero enfatizaban su estrafalario aspecto. A pesar de los esfuerzos, el guardia que lo recibió minutos después lo reconoció de inmediato. Era Eugen, el empleado que habían despedido de Securitas en Tarragona hacía seis meses. Decía a quien quisiera escucharlo, que en esa empresa le habían hecho la vida imposible, explotado laboralmente y discriminado por su condición de rumano. Eugen actuó rápido. Disparó al guardia y a dos de sus jefes, un varón y una mujer a los que había prometido venganza, hiriéndolos gravemente. «No quiero matarlos, los dejaré jodidos… para que sufran», les juró sin rodeos y por mail un tiempo antes. Después saltó por la ventana y huyó en un Citroën gris. Los Mossos d'Esquadra lo persiguieron hasta una masía desocupada en Reus. Allí se parapetó, se calzó un chaleco antibalas, tomó un escudo y su arsenal y se dispuso a resistir. «Estoy jugado, nada tengo para perder… no me dan miedo ni la cárcel ni la muerte» aseguró en otro correo (le gustaban) que envió a Securitas en plena y loca huida. El tiroteo duró poco. Eugen, buen tirador, hizo blanco con una escopeta y mira telescópica en el brazo de uno de los policías y siguió en frenética carga hasta que un disparo lo fulminó. Quedó en el suelo, vivo pero inmóvil de la cintura para abajo, con la espina lesionada; parapléjico. Fue el martes 14 de diciembre de 2021, el dislate empezó cerca del mediodía y terminó hacia las 5 de la tarde, cuando el despechado y gris Mari Eugen Sabau se hacía conocido para la posteridad como el «pistolero de Tarragona»[1].

Pero su caso dio mucho más que hablar y estas líneas se dedican, en realidad, a lo que vino después. Eugen fue a parar al hospital Penitenciario de Terrassa con prisión provisional, imputado de varios delitos de tentativa de homicidio («¿no quiero matarlos?»), atentado contra la autoridad y tenencia ilícita de armas. «No siento el cuerpo, me duele la mano, no me puedo

[1] Entre nosotros, por ejemplo, https://www.clarin.com/internacional/murio-eutanasia-pistolero-tarragona-guardia-entrado-tiros-ex-empresa-despedido_0_TfQKHHmx38.html. Los periodistas Jesús García Bueno y Marc Rosen de El País, han hecho una cobertura muy completa del caso que he aprovechado para este comentario. Ver https://elpais.com/espana/catalunya/2021-12-24/el-pistolero-de-tarragona-voy-a-vacunar-a-los-jefes-de-securitas.html y posteriores.

mover, sufro y quiero morir», les dijo a la Juez de Instrucción y a la Comisión de Eutanasia que atendió su pedido de que lo ayudaran a morir con dignidad. La eutanasia es ley en España desde junio de 2021 y ya han sido «asistidas» casi 200 personas. La fecha de su muerte se fijó para julio, pero hubo que esperar un poco más. Es que las víctimas del tiroteo exigían justicia. Querían que Eugen fuera juzgado y «que pagara por lo que hizo». Argumentaron ante la Juez que esto de morir a pedido no constituye más que una forma de sustraerse de la acción de la justicia, de escapar. Y que, con ello, se frustra, se lesiona, el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva. Tenemos aquí un caso en el que se plantea un conflicto entre el «derecho a morir con dignidad, a petición» (de un imputado por delitos graves en prisión provisional) y el «derecho a la tutela judicial efectiva» (de sus víctimas). Interesantísimo y, hasta donde alcanzo, el primero.

Describiré aquí los argumentos que se dieron, tanto en primera como en segunda instancia para rechazar la petición de cese del proceso de eutanasia, y comentaré la decisión de la Alzada que fue, finalmente, confirmada por el Tribunal Constitucional[2].

2. El pedido de suspensión o cese del procedimiento de eutanasia en la primera instancia

El 16 de junio de 2022, la Sra. Juez de Instrucción núm. 5 de Tarragona recibió una comunicación del director del Hospital Penitenciario informándole que se había accedido a la solicitud de Eugen (en la resolución «Antonio») para iniciar el proceso de eutanasia al amparo de la Ley Orgánica 3/2021, y que los médicos evaluaron que cumplía con los requisitos previstos en los arts. 4 a 6 de esa Ley. El 21 de junio, los abogados de las cuatro víctimas pidieron a la Juez el cese de ese proceso de eutanasia con la pertinente comunicación al hospital.

Sus argumentos no aparecen con claridad en la resolución, pero podemos inferirlos de las respuestas que la Juez les da. *Evidentemente, han pedido el cese del procedimiento de eutanasia*. La Juez contesta que el texto de la ley no prevé procedimiento de interrupción o aplazamiento, ni lo somete a una previa autorización judicial, ni contempla la situación de personas en prisión provisional o sujetas a procedimiento judicial alguno. Tampoco contiene excepciones distintas a la decisión autónoma del paciente. Sólo excluye del proceso a los menores o a las personas que no tengan *capacidad de decidir*.

La magistrada se declara incompetente para decidir acerca de ese proceso que, en todo caso, les corresponde a los médicos responsables, a la Comisión de Garantías y Evaluación y, en último término, a un juez contencioso administrativo respecto de los recursos que se interpongan contra las decisiones médicas, conforme lo dice la ley.

Las partes invocan el *derecho a la tutela judicial efectiva* del art. 24 de la CE. Pero, dice la magistrada, lo hacen en forma genérica y no especifican qué disposición del Estatuto de la Víctima del Delito (Ley 4/2015 del 27 de abril) se infringiría en este caso en el que, declara, «a lo

[2] En efecto, con posterioridad al Auto de la Audiencia, las víctimas interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este recurso, según los medios de comunicación, fue inadmitido en agosto de 2022 por falta de trascendencia constitucional. La redacción de InDret se puso en contacto con el gabinete de prensa del Tribunal para solicitar copia de dicha resolución, pero fue denegada aduciendo que no tiene carácter público, pese a que algún medio (como el diario El País de 12/08/2022) afirma haber tenido acceso a ella. Por ello, este comentario se centrará exclusivamente en el contenido de las resoluciones de la jurisdicción ordinaria.

largo del proceso se ha tratado de respetar y cumplir todos y cada uno de los derechos que les asisten».

Dijeron los presentantes que *su solicitud se ampara en la necesidad de asegurar la presencia del investigado en el proceso*. Y se les contesta que si bien uno de los fines de la prisión provisional es ese (art. 503 LECrim) «cuando pueda inferirse un riesgo de fuga», el requisito no concurría en el caso porque su no presencia no vendría dada por la fuga sino por fallecimiento del imputado.[3] Luego la Juez identifica (parece que más por iniciativa propia que por argumentación ajena) la *existencia de una colisión entre derechos fundamentales*. De un lado el derecho a la integridad física y moral, a la dignidad, a la libertad y a la autonomía personal. Y, del otro el de la tutela judicial efectiva «que la parte proponente identifica como del derecho a un juicio justo». Entiende en frase confusa, que los primeros prevalecen sobre el segundo, no sólo por su entidad, sino por la proximidad *del primero* al núcleo del derecho a la vida (parece, por lo que sigue, que se refiere a la dignidad y no a la integridad).

Cita entonces sentencias del STC que se refieren a la dignidad y a la autonomía personal en la que se declara que «la dignidad de la persona humana es el valor jurídico fundamental, germen y núcleo de unos derechos que le son inherentes y vinculada íntimamente al libre desarrollo de la personalidad (10.1. CE)»[4]. […] «la dignidad es un valor espiritual moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás»[5] y «la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales»[6]. Asimismo, «que en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona[7], la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera sea la situación en que la persona se encuentre… constituyendo en consecuencia un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que sean una u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona»[8].

Y para finalizar el tratamiento de este agravio, la Juez dice que el derecho a la tutela judicial efectiva y de las víctimas a un juicio justo, «en modo alguno debe interpretarse como un derecho al castigo, sino como un derecho a que el proceso se desarrolle con el cumplimiento de las normas procesales y de las garantías aplicables, debiendo desarrollarse así hasta que sea racionalmente admisible, porque existen múltiples causas que pueden conllevar una frustración del mismo como la declaración de nulidad de una prueba imprescindible, la prescripción o el fallecimiento del investigado, incluso si es voluntario, como en este caso».

---

[3] «fugado al más allá, imposibilitado de asistir, por propia elección», diría yo.

[4] STC (Pleno) 66/2022, de 6 de junio (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2022).

[5] STC (Pleno) 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119 de 18 de mayo de 1985), FFJJ 3 y 8.

[6] STC (Pleno) 212/2005 de 21 de julio, FJ 4; STC (Pleno) 236/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 2007), FJ 8 y STC (Pleno) 81/2020, de 15 de julio (BOE núm. 220, de 15 de agosto de 2020), FJ 11.

[7] STC (Pleno) 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119 de 18 de mayo de 1985), FJ 8.

[8] STC (Pleno) 120/1990, de 27 de julio (BOE núm. 181 de 30 de julio de 1990) FJ 4; STC (Sala Segunda) 57/1994, de 28 de febrero (BOE núm. 71 de 24 de marzo de 1994), FJ 3 a); STC (Sala Primera) 192/2003 de 27 de octubre (BOE núm. 283 de 26 de noviembre de 2003), FJ 7 y STC (Pleno) 81/2020 de 15 de julio (BOE núm. 220 de 15 de agosto de 2020), FJ 11.

La Juez comprende «la desazón de las víctimas quienes podrían ver dificultado su proceso resarcitorio» pero contesta que pueden obtenerlo por otras vías aunque sea de modo incompleto o parcial. Pero además, señala, «las partes no argumentan claramente que el fin resarcitorio sea el que persiguen con su solicitud, y puesto que él vendría con el cumplimiento íntegro de la pena y el abono de la correspondiente responsabilidad civil y no sólo con el juicio y el dictado de la sentencia (como parecen sugerir) ello podría tardar 10, 15 o más años, sin que sea posible someter a ese proceso de eutanasia a semejante demora» [9].

Concluye afirmando entonces que no existe habilitación legal como para limitar los derechos fundamentales en juego ni presente la exigencia de proporcionalidad en dicha limitación que exige, entre otras, la STC 66/2022 ya citada, y dispone que no procede acordar el cese o la interrupción del proceso de eutanasia iniciado por «Antonio».

3. La apelación y la sentencia que motiva este comentario

Las víctimas recurrieron en apelación ante la Audiencia Provincial de Tarragona cuya Sala segunda (de vacaciones) decidió en Auto núm. 641/2022 del 4 de agosto pasado. Se adhirieron el Fiscal, otra representación procesal cuyo nombre aparece oculto, y Securitas.

Esta vez los jueces sí hacen una descripción de los agravios antes de tratarlos y de responderlos (considerando primero). Leemos entonces que una de las apelantes sostuvo «que la resolución dictada conculca el deber del juzgado de asegurar la presencia del investigado garantizado por la prisión provisional, así como el derecho a la tutela judicial efectiva, citando en forma genérica el estatuto de la víctima del delito». Otro, sostuvo «que la prestación de la ayuda para morir, no debe ser el resultado de presiones externas que son las que concurren porque el solicitante, está investigado por varios delitos». La de los Mossos d´Esquadra dijo «que la decisión apelada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y priva a las víctimas de un juicio justo y de obtener una resolución motivada y fundamentada en derecho». Y que «entre el derecho a la dignidad y el de la tutela judicial efectiva debe prevalecer el segundo» (pero no leemos por qué). El Fiscal se adhiere a los demás argumentos y agrega «que la decisión vulnera el deber del juez de asegurar la presencia en juicio del investigado (art. 299 LECrim) y de tomar luego ella misma una decisión, pues el solicitante está encausado en un procedimiento penal».

El tribunal (considerando segundo) trata primero el cuestionamiento de las partes a la declarada incompetencia de la Juez. Sostiene que lo ha fundamentado en una interpretación esencialmente literal del texto de la ley y en la ausencia de previsión del caso concreto. Que el legislador ha configurado el proceso como un acto de naturaleza sanitaria-administrativa y sólo ha previsto a la jurisdicción (contenciosa) para recurrir un informe desfavorable de la Comisión, tal como lo hicieron otros países (Bélgica, Alemania, Canadá, Suiza o Italia). Que no puede suponerse que el legislador lo ha olvidado, sino que no ha querido que la justicia de instrucción participe en modo alguno del proceso (es que, cuando el legislador lo quiere lo habilita, como en la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de extranjeros en España que faculta al juez instructor a

[9] Es que acaso no fuera el resarcimiento lo que interesara o lo único que les interesara. Justicia, en el más clásico e histórico sentido, o en el más moderno y kantiano para restablecer el equilibrio quebrado. Pero claro, no es cuestión de adivinar.

autorizar o a denegar la ejecución de una decisión administrativa de expulsión de un extranjero en situación irregular y que se encuentra investigado en una causa penal).

El problema aquí, en mi opinión, es que, más allá de la previsión o de la imprevisión de la ley (y que deja en manos de la burocracia una decisión tan trascendente), ya existía un juez de instrucción interviniendo (no es uno que aparece con o por el pedido de eutanasia) y que tenía sometido a proceso y privado de la libertad al solicitante de la medida ya cuando la solicitó. Acaso la justicia penal, en lugar de desentenderse absolutamente del «problema», podría haber intentado por lo menos alguna instancia de comunicación entre acusado y víctimas que significara «algo» superador para ellas (y para el imputado y para todos). Acaso algo muy importante (explicación, arrepentimiento, reencuentro, reconciliación, perdón)[10].

Hace luego la Audiencia un gran esfuerzo por contestar el argumento referido al artículo 299 de la LECrim. Señala que, en efecto, la ley impone la obligación al juez de tratar de asegurar que los investigados no impidan la celebración del juicio y que se sustraigan a la acción de la justicia, y que para ello dotan a los jueces de diferentes mecanismos. Y reconoce que, en el caso, la juez utilizó el más grave, la decisión de encarcelarlo preventivamente. Pero, razona: «no puede identificarse el ejercicio de un **derecho fundamental de carácter individual como es la eutanasia [...]** como una suerte de acto voluntario de sustracción a la acción de la justicia». *Y para explicar esto, nos dice que* «nos encontramos frente a una crisis anticipada del procedimiento derivada de **un hecho externo**, **ajeno a la causa**, equiparable a otra causa legal cuya consecuencia sería la misma, como es el fallecimiento por causas naturales del investigado» (énfasis añadido) a las que el mismo legislador equipara.

El entusiasmo parece nublar el juicio aquí. Es que, de un lado, no parece acertado afirmar que la eutanasia sea un derecho fundamental. Por lo demás, hace falta argumentar mejor por qué es que, en este caso, no es o se parece mucho a un acto voluntario de evasión, y tampoco creo que pueda afirmarse que la muerte de un procesado en prisión preventiva «sea un hecho ajeno a la causa». Comentaremos esto también.

En cuanto al argumento de la existencia de presiones externas en la prestación del consentimiento del Sr. Eugen derivadas de que se encuentra investigado por delitos muy graves (y preso, agrego yo) el Tribunal dice que quien debe valorar esas presiones y verificar que el consentimiento que se da es libre y sin presiones, es el órgano administrativo respectivo, esto es la Comisión de Garantías y Evaluación. Y que la ley no establece ningún tipo de control judicial en relación con la prestación de dicho consentimiento.

El argumento tampoco parece convincente. Por más que Eugen declarara que su decisión de morir era bien libre y que no respondía a presión alguna, ahí estaba inmóvil, sufriente, privado de la libertad y sometido a proceso penal con la expectativa de penas severas, como consecuencia

[10] En el plano o dimensión horizontal –interpersonal- del delito y como deber positivo del Estado. «Entre otras consecuencias ya mencionadas, parece obligada una posición del Estado favorecedora de la reconciliación entre el autor y la víctima. Esta posición estatal no debe ser puramente simbólica» (SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*, 2018, p. 237). Y aún sin delito y sin autor declarados todavía. Las leyes penales y procesales fomentan ese encuentro en varios institutos aún en etapa investigativa (suspensión del proceso a prueba (*probation*), perdón del ofendido, conciliación, reparación total del daño, etc.

de sus propios actos. Una persona que se presenta atada a una cadena o con una pistola que apunta a su cabeza, no es libre, por más que lo diga.

Ingresa luego el Tribunal a la consideración de los derechos en conflicto (considerando tercero) y al examen sobre si la decisión ha afectado o no el derecho a la tutela judicial efectiva que se reclama vulnerado. Repite en este caso los argumentos de la Juez, en cuanto a que es un derecho de acceder a la jurisdicción y de participar del proceso para que un juez resuelva las pretensiones. Y no a una condena y tampoco un incondicional derecho a la obtención de una sentencia o de un juicio, que pueden terminarse o frustrarse en las condiciones o circunstancias que la ley procesal prevé. Este es un derecho fundamental, dice el Tribunal, pero no absoluto ni incondicionado, sino sometido al concreto orden legal y siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes o intereses constitucionales. Nada que decir aquí, más que lo mismo es predicable de los demás derechos fundamentales.

Termina el Auto rechazando, y acierta aquí, el argumento de que la tutela judicial efectiva prevalece sobre la dignidad e integridad moral y física de las personas. Y da varios ejemplos, extraídos de la propia LECrim que demuestran el yerro de ese argumento (suspensión del proceso por enfermedad mental sobrevenida del investigado, suspensión de penas por enfermedad, etc.).

4. Análisis

4.1. Breve sobre la ley de eutanasia

La ley española[11] dice en su Preámbulo que *eutanasia* (etimológicamente «buena muerte») se puede definir como el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona producido por la voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar su sufrimiento. Que lo que la ley pretende es atender al debate social y a sus demandas y valores, preservando y respetando los derechos y adecuando para ello las normas que regulan la convivencia. Señala los derechos constitucionales en liza (de un lado la vida y la integridad física y moral y, del otro, la dignidad y la libertad –o la autonomía de la voluntad–) y declara que hacer compatibles esos derechos es necesario y que es posible. Se busca, con la ley, legislar para respetar la autonomía y voluntad de poner fin a la vida de quien está en lo que se denomina un «contexto eutanásico», esto es una situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o de enfermedad grave e incurable, padeciendo un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que se consideren aceptables.

La ley reconoce al individuo un «nuevo derecho individual» y le asegura «la absoluta libertad de la decisión, descartando presión externa de cualquier índole» (se ejemplifica con aquellas que podrían provenir de entornos sociales, económicos o familiares desfavorables o incluso de decisiones apresuradas. La ley cuida mucho que el solicitante tenga espacio de reflexión y de puesta en común de su decisión). Distingue entre dos conductas eutanásicas diferentes, la activa (el médico pone fin a la vida del paciente a petición de éste) y aquella en la que es el propio paciente quien termina con su vida, mediante la provisión médica de los medios necesarios.

[11] Ley Orgánica 3/2021 de 24 de marzo de Regulación de la Eutanasia. BOE 72, Sec. I, p. 32.037 y ss. del 25 de marzo de 2021.

Dice además, en párrafo que quiero destacar, que «**cuando una persona plenamente capaz y libre** se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad, intimidad e integridad, como es la que define el contexto eutanásico [...] el bien de la vida puede decaer a favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra del titular del derecho a la vida» (énfasis añadido).

Entre los requisitos del Capítulo II se dice que puede aplicar toda persona mayor de edad **y en plena capacidad de obrar y de decidir**, siempre que lo haga en forma autónoma, consciente e informada. La evaluación sobre el contexto y sobre la decisión es de los médicos y –si es desfavorable o no aceptan la prestación– de una Comisión de Garantías y Evaluación multidisciplinaria (médicos, enfermeros, juristas) que existe en cada una de las autonomías y en Ceuta y en Melilla.

4.2. La eutanasia como "derecho fundamental" (¿?)

Es una de las afirmaciones de la sentencia de la Alzada que más me han impresionado. Cierto es que el legislador relaciona el nuevo «derecho a la eutanasia» -que está creando- con derechos fundamentales (vida, integridad, dignidad, libertad, intimidad). Pero está claro que no ha nacido un derecho fundamental, ni podría el legislador crearlo o elevarlo a tal nivel.

El «derecho a morir con asistencia» no es un derecho fundamental, constitucional, sino que nace de ley[12]. Debe interpretarse en cada caso (en su contexto y condiciones de goce y aplicación), como conforme o no a las demás previsiones legales y constitucionales[13]. Por lo demás, como la Audiencia reconoce al tratar la garantía de la tutela judicial efectiva, tampoco el ejercicio de los que sí son derechos fundamentales resulta absoluto, ilimitado o incondicionado. Evidentemente tengo derecho a mi libertad, pero pierdo la ambulatoria, y se limitan otras, cuando voy preso. Y todos tenemos derecho a la vida, pero autorizados estamos a matar a otro si es que a matarnos viene, etc. Acaso en la dignidad, como respeto y reconocimiento recíproco de nuestra condición de personas, puede encontrarse algo parecido al absoluto. El agresor que viene a matarme revela una falta de respeto máxima por mi dignidad (al intentar eliminarme me niega o desconoce como persona) y habilita o autoriza por ello mi máxima respuesta (puedo matarlo, privarlo de su derecho a la vida). Pero la ley no me autoriza a negar su dignidad, a desconocerlo o a destratarlo absolutamente (requisito de la racionalidad). El problema de la eutanasia en este caso está más relacionado con la autonomía individual que con la dignidad. No son lo mismo, ni una deriva de la otra. Desarrollaré algo más la cuestión, difícil, en lo que sigue.

[12] «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10 de la Constitución Española).

[13] «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, *podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades*» (cursivas añadidas) (art. 53.1 CE).

Antes quiero decir que el valor superior de la «justicia» que la Constitución destaca esencial[14], no ha merecido mención ni discusión en el caso, y se extraña[15].

4.3. ¿Tomó Eugen una decisión libre, o era Eugen libre para tomar esa decisión?

Eugen estaba en el Hospital, pero no era una persona en plena capacidad de obrar o decidir nada relacionado con su plan de vida o con su libertad de movimientos. Estaba en régimen de prisión provisional (arts. 502 y ss. de la LECrim) porque la Juez consideró presentes las condiciones para privarlo de la libertad durante el proceso. En especial, señala en su auto, «para cumplir los fines del artículo 503 LECrim., cuales son la finalidad de asegurar la presencia del investigado en el proceso evitando que se sustraiga a la acción de la Administración de Justicia, la necesidad de evitar el riesgo de reiteración delictiva, la necesidad de evitar el riesgo de que desee atentar de nuevo contra los intereses jurídicos de las víctimas, y finalmente también, de asegurar fuentes de prueba»[16]. Cierto es que poco de ello se explica o entiende en las condiciones en las que estaba el prevenido (tullido, en la cama y dentro de un hospital penitenciario). Pero, en todo caso, está bien claro que Eugen no era una persona libre, *con capacidad de obrar y de decidir*, sino encarcelada y a disposición de un Juez, que, por lo demás, cierto es que asumió con esa decisión un especial deber de aseguramiento y de cuidado de la persona privada de esa libertad (art. 299 fine LECrim: «asegurando sus personas»). La prisión preventiva, aún en un Hospital penitenciario, no debería significar otra cosa que la privación de libertad ambulatoria, pero de hecho supone limitaciones a otras libertades (de comunicación, de expresión, etc.), una interrupción o una pausa en nuestras propias decisiones o elecciones acerca de nuestro plan, e injerencias limitadas en la intimidad. Todo ello para que el procesado no se escape, no se sustraiga a la acción de la justicia (en curso y que obliga a postergar nuestros deseos), no evada el proceso y la aplicación de la ley a su caso concreto.

Por eso es que, según entiendo, el procesado en régimen de prisión provisional no tiene el «mismo derecho individual a la eutanasia» que tienen aquellos que no lo están. En rigor no lo tiene, porque no es libre, aquella condición que la ley se encarga de subrayar, reclamar y asegurar. Para algunos, en libertad puedo disponer libremente de mi propia vida (matarme) si es que con ello no daño directamente a otro (no puedo elegir hacerlo arrojándome a la calle concurrida desde un piso alto, porque puedo matar a otros). El derecho a matarme quizá sea la expresión más acabada de mi autonomía. Aquella con la que «declaro» que me despojo de mi condición de persona, que renuncio a ella y que me convertiré en otra cosa (o en una cosa). Podemos discutir si ello es jurídica o moralmente aceptable o no. Pero claro está que no puedo «elegir» matarme en prisión preventiva o digamos, pretender que el Estado me facilite ni pueda facilitarme la faena, por más que reclame ese derecho a ejercer mi libertad y autodeterminación («ah, sí pues mire usted, aquí tiene su cama, su retrete y su dentífrico y, además, una soga por si decide muy libre y autónomamente colgarse»).

[14] «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1. CE).

[15] Si justicia es la acción, la voluntad constante o la virtud de dar a cada uno lo suyo en la medida en que le corresponde, pues uno la evita y otros la reclaman (no la condena, la decisión justa para el caso concreto).

[16] Considerando primero *fine* del auto de la Juez de primera instancia.

Mi autodeterminación, la capacidad de elegir cómo quiero organizar, conformar y desarrollar mi vida y cómo la quiero vivir -o dejarla-, aparece suspendida o muy condicionada en prisión. En todo caso, según entiendo, el imputado debió pedir su excarcelación (ni peligro de fuga ni entorpecimiento de la investigación parecen concurrir en este caso) y, decidida, el contexto era distinto. Procesado, pero no privado de la libertad[17].

¿Y si el encarcelado hubiere sido ya condenado? Pues la respuesta dependerá más ahora, según creo, de la concepción o idea que tengamos acerca de los fines del derecho penal y de la pena[18]. Si el fin de la pena es exclusivamente preventivo -prevención general negativa o especial-, ellos no parecen conmovidos por la decisión del condenado de pedir su muerte en contexto de eutanasia (el mensaje general de intimidación habrá llegado a la sociedad; el condenado no reincidirá). Si es la estabilización y el restablecimiento de la confianza normativa, se habrá cumplido con la declaración de condena. Si, como creo, la pena tiene una doble dimensión, fáctica (de dolor penal, retributiva) y una expresivo-comunicativa (estabilizadora), su fin de habrá cumplido en buena medida[19]. La porción de la pena impuesta que el condenado no cumple merced a su muerte, queda compensada por la otra dimensión (que está completa) y, postulo, con su muerte acaso como equivalente (o cuasi equivalente) funcional[20].

4.4. Y el procesado en libertad, ¿puede "reclamar su derecho"? La cuestión de la autonomía y la dignidad vs. el derecho a la tutela judicial efectiva

Ya en libertad el imputado recupera su autonomía, su capacidad de obrar y de moverse por sí mismo, y el control de su propio destino. Cierto es que no será total, porque sigue vinculado a un proceso, pero acaso suficiente para matarse o pedir que lo hagan por él. Las crónicas sugieren que en el plan de Eugen nunca estuvo pagar por las consecuencias de sus actos (ni con euros, ni con pena). Devolvió, esa misma mañana de furia, las llaves del modesto piso que rentaba y en el que vivía (y no se sabe de alternativas por él previstas para esa noche, o las siguientes) y aseguró por correo que «estaba jugado y que no lo atraparían vivo». Pero lo cierto es que les disparó a todos menos a él mismo, que era la opción más segura si la muerte hubiese sido la vía de escape elegida. Por eso es que «haber conseguido escapar» ya sufriente, en condiciones muy precarias a partir de su captura, y por una «vía legal» (la eutanasia), se parece bastante –o sabe mucho- a una elusión. Esto es, a evadir las consecuencias que la ley tiene previstas para nosotros a partir de nuestros propios actos, de nuestra propia responsabilidad, aprovechando defectos o lagunas

[17] Acaso hubiese sido interesante plantear el debate en estos términos: ¿es constitucionalmente aceptable tener sometido a proceso y privado de la libertad a Eugen en las condiciones que presentaba, o acaso constituye ello un supuesto de trato inhumano o degradante vedado por el art. 15 de la CE? Pero no fueron los términos de la discusión ni de la solución dada por los jueces.

[18] [...] El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria [...] (art. 25.2. de la CE).

[19] La pena es producción de dolor sensible y expresión de desaprobación. Para los dos planos, el simbólico comunicativo y el fáctico aflictivo de la pena ver SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 113-117. El autor reconoce estas dos dimensiones, la comunicativa indispensable; la aflictiva (dolor penal), parcial o totalmente prescindible en tanto se manifieste innecesaria.

[20] «parece claro que con mayor motivo debe renunciarse a la dimensión aflictiva de la pena, o minimizar su intensidad, cuando se ha producido un equivalente funcional de dicha dimensión (cuya equivalencia estructural con la pena estatal puede ser mayor o menor)» (SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis,* 2018, p. 233).

normativas. Y adivino que ese debe ser ese el sentimiento de las víctimas (y de muchos): Eugen se ha salido con la suya y el sistema lo ha propiciado y aceptado.

De todos modos, el argumento que se usó para rechazar la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva tal como se planteó («la garantía te asegura que un juez te escuchará, valorará tus argumentos y decidirá… que no tienes un derecho al castigo») me parece incontestable.

En relación con la autonomía y a la dignidad varias cosas pueden decirse aquí. Existe una tendencia, fuerte, a confundirlas o a derivar la una de la otra. Así, si yo desconozco o niego tu autonomía, tu capacidad de autogobernarte conforme a tus deseos y a tus propios fines, pues niego tu dignidad. Y esa idea parece campear tanto en la ley de eutanasia cuanto en las decisiones que comento. Lo decisivo, fundamental y parece que único, es la voluntad libre del paciente, libre de injerencias o de presiones extrañas (externas) y si la contradecimos o ignoramos afectamos su dignidad de persona.

Uno de los principales valedores de esa idea fue, nada menos, que KANT. La autonomía, en KANT, precede o es condición de la dignidad. La dignidad en términos kantianos, la idea de que una persona no debe ser utilizada como medio sino siempre considerada un fin en sí misma, nace de la libertad que es causa, a la vez, de la autonomía, es decir de la posibilidad de construir la ley que nos imponemos a nosotros mismos. Así, la libertad en KANT es una precondición de la dignidad[21]. La libertad, que lleva a la autonomía (la posibilidad de legislarse a sí mismo), es el fundamento de la dignidad de la persona humana, afirma[22].

Pero desde una visión filosófica y antropológica que prefiero, la idea de dignidad es independiente de la de autonomía (de la de libertad) y no resulta acertado derivar la una de la otra, ni confundirlas. Porque es evidente que aquellos que carecen de autonomía, los locos, los fetos, los niños, tienen dignidad. Y que los presos, que han perdido libertad, también.

¿Y qué es la dignidad entonces? Sigo con KANT que la caracteriza como aquello que no puede ser usado como medio. Que es un fin en sí mismo y, por tanto, objeto de respeto. Dice: «[…] los seres cuya existencia no se apoya en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, no obstante, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman *cosas*. A los seres racionales, en cambio, se los llama *personas*, porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos esto es, como algo que no puede ser usado meramente como un medio y que, por lo tanto, limita en ese sentido todo arbitrio (y es un objeto de respeto)»[23]. Las personas no tienen precio (como las cosas), tienen dignidad. «*En el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por lo tanto, no admite nada equivalente, eso tiene dignidad*».[24]

La idea de la dignidad tiene una vinculación directa con la idea de respeto. Respeto y reconocimiento recíproco en la condición y hacia –por– nuestra condición de personas. Y no

[21] VON DER PFORTEN, «On the dignity of Man in Kant», *Philosophy*, (84-329), 2009, p. 384.

[22] KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2012, pp. 94-95.

[23] KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, p. 84.

[24] KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 93.

puedo negártela, porque, con ello, la negaría en mí mismo y eso no es algo que las gentes podamos desear, ni imponer ni reclamar.

Así, para aceptar o negar a Eugen la eutanasia, no hacía falta destratarlo, desconsiderarlo o negarle respeto o reconocimiento a su condición de persona. Eugen era una persona digna, pero sin libertad (sin autonomía) y, por ende, sin capacidad para decidir su propio destino, su muerte.

4.5. Finalmente, ¿eutanasia o acaso la (mal) llamada *poena naturalis* como equivalentes funcionales a la pena?

Mi maestro, *Jesús Silva*, escribió *Malum passionis* cuando la eutanasia no era ley. Su opinión sobre ella no es, por cierto, favorable e ignoro si la incluirá o no en el esquema de equivalentes funcionales a la pena que su libro describe como nadie (suele pasar).

Son equivalentes funcionales de la pena (estatal), básicamente de la pena de prisión, fenómenos que, sin serlo, cumplen en todo o en parte las funciones de ésta (expresivo-comunicativa y fáctico-aflictiva). Esa asimilación puede ser sólo funcional, o funcional y estructural, darse respecto de ambas dimensiones o sólo de una, y de manera parcial o total[25]. Decisivo resulta que el equivalente funcional, tenga una clara conexión de sentido con el hecho del agente, sea que dependan de él (arrepentimiento), de terceros (legítima defensa propia o de tercero), del azar o la mala suerte pero que integran las consecuencias *ex ante* previsibles (poena naturalis) o del mismo Estado en su investigación (dilaciones indebidas del proceso), entre otros supuestos. La aparición de un equivalente funcional puede poner fin al proceso (a la investigación en curso, al juicio), o incidir en la pena del declarado culpable[26].

En el caso, la situación de Eugen reconoce causa en su hecho, en sus propias acciones. También puede advertirse una conexión del Estado en la situación de Eugen. Primero por vía de reacción policial frente al delito, luego por su encarcelamiento preventivo y finalmente por la ley de eutanasia que le otorgó una salida. ¿Se cumplen las funciones de la pena en este caso? Considero que sí, en ambas dimensiones y en forma parcial. Pero no por la eutanasia. En el plano fáctico-aflictivo básicamente por la reacción policial y sus consecuencias y por la privación temporal de su libertad. En el expresivo-comunicativo lo mismo. La muerte voluntaria y a pedido en estas condiciones no comunica afirmación o restablecimiento de la vigencia normativa, sino, más bien evasión o elusión, según he apuntado. Distinto sería quizá si ese proceso hubiese sido acompañado de algo más (conciliación, etc.) que mostrara algo parecido al restablecimiento del orden alterado o quebrado. Si se renuncia al proceso y a la pena en este caso será por razones de humanidad, pero no porque los fines de la pena se vean satisfechos. Es posible y hasta acaso prudente, piadoso o compasivo. Pero hay que decirlo.

Finalmente, la (mal) llamada *poena naturalis*. Paradigma del mal nombre es este caso: la desgracia de Eugen nada tuvo que ver con accidentes o con lo «natural» sino que aparece imputable al propio agente. No parece tampoco funcionar aquí como equivalente funcional. A lo menos en su formulación más estricta. Es que el dolor de Eugen no es producto de un accidente o de una desgracia *in itinere* (dolor producto del azar, de un caso fortuito o de fuerza mayor pero

[25] SILVA SANCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 119.

[26] SILVA SANCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 181.

relacionado causalmente con la comisión del delito; v.g. el sujeto que maneja imprudentemente choca y muere su hijo; el ladrón cae de la escalera y se lesiona la espalda) sino de la intervención directa de terceros (los policías que le disparan).[27]

Mari Eugen Sabau (Eugen) murió en el Hospital Penitenciario de Terrassa el 23 de agosto a las 6.30 de la tarde. Eligió la eutanasia activa y donó sus órganos.

[27] SILVA SANCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 156.

InDret
4.2022

ExLibris

Sección coordinada por *Pablo Sánchez-Ostiz*

Recensiones:

Recensión a Alexander AICHELE/Joachim RENZIKOWSKI/Frauke ROSTALSKI (eds.), *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik. Buttenheimer Gespräche*, Duncker & Humblot, Berlín, 2022, 286 páginas, por Alfredo ALPACA PÉREZ

Recensión a Nuria PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier, Barcelona, 2019, 130 páginas, por Percy Vladimiro BEDOYA PERALES

Recensión a Ezequiel VACCHELLI, *Intervención delictiva. Significado y función del principio de accesoriedad*, Atelier, Barcelona, 2020, 410 páginas, por Leandro E. R. MASSARI

Réplicas:

Réplica a la Recensión de Roberto CRUZ PALMERA a *Los delitos de cohecho antecedente*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 603 páginas (*InDret* 3/2022), por Cristina GARCÍA ARROYO

-

InDret
4.2022

Alexander Aichele/Joachim Renzikowski/Frauke Rostalski (eds.), Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik. Buttenheimer Gespräche*, Duncker & Humblot, Berlín, 2022, 286 páginas*

Alfredo Alpaca Pérez *
Universidad de Extremadura
aalpaca@unex.es

-

El origen de esta obra colectiva se encuentra en el simposio internacional denominado «Teoría de las normas. Fundamentos de una dogmática universal del Derecho penal», llevado a cabo del 25 al 28 de octubre de 2017, en Buttenheim, Alemania. La publicación reúne una serie de contribuciones de destacados especialistas de diversos países (Alemania, Brasil, Chile, España, Italia, Japón y Portugal), muy conocidos por sus destacados aportes al estudio de la teoría de las normas en el Derecho penal.

La introducción [«¿Qué significa y con qué finalidad se estudia la teoría de las normas?» (pp. 9-19)] es de Joachim RENZIKOWSKI. El autor, después de destacar la distinción entre normas de conducta y normas de sanción, expone tres usuales objeciones a la teoría de las normas: primera, que la ley penal no contiene norma de conducta alguna; segunda, la presunta norma de conducta no contiene un deber jurídico independiente; y, tercera, que la norma de conducta evocaría una comprensión autoritaria del Estado que no tiene lugar en el moderno Estado liberal de Derecho. RENZIKOWSKI ofrece valiosos argumentos para rebatir sólidamente cada una de esas objeciones, de cara a plantear, en última instancia, una nueva pregunta que expresa claramente el objetivo de su contribución: ¿qué se puede hacer con la teoría de las normas en el Derecho penal? RENZIKOWSKI responde: la teoría de las normas es la puerta de entrada de la teoría del Derecho en la dogmática del Derecho penal. La teoría de las normas «permite, ni más ni menos, el análisis de las estructuras dogmáticas y una crítica de la fundamentación de las proposiciones dogmáticas». Con esto «se pueden desenmascarar los pseudoproblemas y revelar las cargas de la fundamentación». La teoría de las normas sería una «metadogmática» que ofrece la posibilidad de una comunicación en el discurso penal internacional «más allá de las particularidades nacionales». Por tanto, «representa un fundamento para una dogmática penal universal».

La segunda [«Condiciones de la normatividad. El futuro, la contingencia y lo que está relacionada con ella: un recordatorio» (pp. 21-26)] es de Alexander AICHELE. La teoría de las normas es una forma de fundamentación científica y de análisis del Derecho que necesita saber qué es una norma práctica: esta es una proposición deóntica que exige la ejecución o la omisión de cierta acción. Con esto claro, AICHELE declara que su finalidad es explorar las condiciones previas para la aceptación y el uso de esa definición. Conforme a esto, desarrolla el asunto nuclear en su contribución: la imposibilidad de la existencia de la norma práctica en una comprensión determinista del mundo. Al respecto, propone: en un mundo completamente determinado toda

* El autor de la recensión agradece a Deisy Barrientos Pérez (Universidad de León, España) por la revisión y corrección del texto.

norma carece de sentido. Así, para que una norma tenga sentido, el deber que ella impone no solo debe ser posible, sino también contingente (debe poder ocurrir o no ocurrir). Conforme a esto, sostiene que «El uso significativo del concepto de norma práctica presupone, por tanto, la admisión de seres libres, y solo estos son posibles destinatarios de las normas». Finalmente, AICHELE reconoce que las normas pueden tener una aplicación prospectiva (hacia el futuro) o retrospectiva (hacia el pasado). En esta última se producen los juicios de imputación, los que no son ajenos al error. Pese a eso, AICHELE señala que, si se admite la existencia de normas prácticas, habría que consentir ese riesgo de error, porque esa misma existencia depende de la libre aplicación de esas normas.

El tercer texto [«Normas y directivas» (pp. 27-53)] es de Urs KINDHÄUSER. Sostiene que la voluntariedad no pertenece al contenido de la norma (cuyo destinatario decide *ex ante* cumplir o no cumplir), sino al enjuiciamiento de la conducta prohibida como querida (la que es objeto del reproche de culpabilidad *ex post*). KINDHÄUSER pretende demostrar la importancia de la diferenciación entre la función de apelación y la función de imputación que poseen las reglas del Derecho penal, a la luz de algunos problemas de la teoría de las normas. Sobre la norma y la sanción, considera que la norma de conducta puede derivarse semánticamente de la norma de sanción, por lo que, de la valoración de una forma de conducta (típica) como merecedora de pena, se deduce lógicamente que esa conducta infringe una norma. Con respecto al tipo de la norma de conducta, propone distinguir: por un lado, el juicio de valoración *ex post* de una conducta (en el que se toman en cuenta la intención y los motivos ulteriores del agente) y, por otro, la situación de decisión, en la que se encuentra el destinatario de la norma al momento del hecho (y que se analiza desde una perspectiva *ex ante*). Sobre la norma y el resultado, KINDHÄUSER, debido al problema lógico que implica la prohibición de acciones que se definen por su resultado («matar», por ejemplo) distingue entre normas que se refieren a la producción o impedimento de eventos o estados (normas de resultado) y normas que simplemente tienen por objeto actividades (normas de actividad). Finalmente, propone la distinción entre norma y directiva (*Direktive*): la norma implica un «deber» (*Sollen*), mientras que la directiva supone un «tener que» (*Müssen*). El «tener que» (obtenido mediante un silogismo práctico) no solo está en una relación instrumental de medio-fin con el «deber» (y, en ese sentido, es consecuencia de una deliberación práctica para la realización de un objetivo: el cumplimiento de la norma), sino que también «surge de querer lo debido». Asimismo, el «tener que», al regir solo para un destinatario de la norma que se encuentra en una situación determinada y que dispone de una determinada capacidad de acción y de motivación, es un «deber» situacionalmente concretado e individualizado con respecto a la acción u omisión exigida. Solo así puede tener sentido, según KINDHÄUSER, la frase «deber implica poder».

Stephan AST es el autor de la cuarta contribución [«El objeto del juicio de injusto en el Derecho penal» (pp. 55-71)]. El objetivo del autor es analizar el concepto y las características de las acciones que son objeto de las normas del Derecho penal. También pretende discutir el asunto referido a si solo las acciones pueden ser objeto de aquellas normas o si estas también se dirigen a estados, modificaciones o a la causación o evitación de modificaciones, sin que esa causación o evitación sea comprendida como una acción. AST se distancia de la idea de que la prohibición se dirige solo a una acción. Por tanto, admite la existencia tanto de prohibiciones de acción como de prohibiciones de causación. La admisión de esa equiparación depende de si el dolo puede fundamentar una acción. Para demostrar que eso es así, recurre a la comparación entre dolo y norma, que son los fundamentos de la imputación. La intención de realizar el objeto de la imputación es fijada por el sujeto, mientras que la norma se dirige al sujeto para que no realice

el objeto de la imputación. En el caso de un delito comisivo doloso, ambos fundamentos de imputación se combinan: la imputación se fundamenta intencional y normativamente. Pero en el caso de un delito comisivo imprudente, la imputación solo tiene un fundamento normativo. Con esto, según AST, se salva el déficit de legitimidad que implica la ausencia de intención en la imprudencia. En definitiva, la prohibición que subyace al delito comisivo imprudente no es la forma básica de las prohibiciones jurídico-penales, sino que se deriva teleológicamente de la prohibición de la correspondiente acción. Esto va de la mano del reconocimiento de que es necesaria y posible la admisión de las prohibiciones de causación, que se derivan teleológicamente de las correspondientes prohibiciones de acción. Ambas están al mismo nivel y unas no pueden desplazar a otras, si es que no se quiere que la teoría de las normas se empobrezca y no pueda reflejar de manera adecuada los aspectos y problemas del Derecho penal.

La quinta [«Descripción de la acción y normas» (pp. 73-81)] ha sido realizada por Yuki NAKAMICHI, quien se concentra en la problemática de la determinación del número de acciones en un suceso: si un sujeto dispara a otro dos veces y no se puede determinar qué disparo causó la muerte, ¿se han cometido dos acciones (así, por ejemplo, HRUSCHKA) o solo una (en ese sentido, entre otros, PETERS)? Según NAKAMICHI, para determinar si hay solo una o varias acciones, es necesario aclarar la estructura de la descripción de la acción, en particular, desde la perspectiva del «sentido». Al respecto, el referido autor señala que un acontecimiento puede ser visto desde varias perspectivas: cada observador intenta captar la acción como objeto de comprensión según el «código interpretativo» decisivo para su especialidad (un jurista no describe el hecho –por ejemplo, un homicidio– de la misma manera que un físico o un fisiólogo). Conforme a esto, para describir un suceso como acción en sentido penal y reducir la ampliación ilimitada de la descripción de la acción, es necesario establecer ese «código interpretativo» en el Derecho penal: la norma. Esta contiene la correspondiente descripción de la acción. Según NAKAMICHI, «en el Derecho penal solo es relevante la descripción de la acción reducida conforme a las normas de conducta». La norma de conducta, entonces, permite extraer de un «hecho bruto» la acción jurídico-penalmente relevante. Si es que se sigue el planteamiento expuesto por NAKAMICHI, y este es aplicado al delito de homicidio, se tendría lo siguiente: para alcanzar el significado de una acción como «matar», ha de tenerse en cuenta tanto la voluntad como el resultado. Si falta el resultado, el suceso no puede ser descrito como «homicidio», por lo que habría una tentativa de homicidio (por la descripción «A pretende la muerte de B»). Si falta la voluntad (de matar), a la acción no se le puede describir más como «A mata a B», sino solo como «A causa la muerte de B», lo que conduce al problema del homicidio imprudente. Finalmente, si falta tanto la voluntad como el resultado, los hechos no contienen una acción jurídico-penalmente relevante.

En el sexto trabajo [«Crítica normológico-funcional de una categoría de la imputación. Contra el empleo de una fórmula dogmática vacía» (pp. 83-108)] Georg FREUND expone que, especialmente en el Derecho penal, hay la impresión de que esencialmente todo es cosa de «imputación», por lo que es relevante preguntarse qué significa ese concepto. Este es precisamente el problema: no hay una respuesta válida para todos los casos, pues todo depende del respectivo contexto y, por tanto, de la función que se le otorgue al concepto «imputación». Si se señalara, de manera muy general, que la imputación es la vinculación entre dos constructos (por ejemplo, una persona y un suceso), no se ganaría conocimiento alguno, pues aún no se dice nada sobre la función que implica esa vinculación. Solo cuando queda clara esa función, los criterios de construcción surgen de manera (casi) automática. FREUND defiende la idea de que, para escapar de la por él denominada «euforia de la imputación», se ha de tener en cuenta que la resolución de problemas solo es posible a partir del contexto específico y tiene que estar estrictamente orientada a la

función del constructo que se va a crear. El abordaje del asunto conduce al autor a desarrollar su planteamiento normológico. Tanto la norma de conducta, como la norma de sanción requieren legitimación: si ambas manifestaciones implican una injerencia estatal en la libertad del ciudadano, entonces deben ser idóneas, necesarias y adecuadas para lograr un fin legitimo. Con respecto a la norma de conducta, sostiene que no es suficiente entenderla como una formulación abstracta y general, sino que debe ser comprendida como una norma concretizada para el contexto y el destinatario específicos. El destinatario de la norma, como ciudadano racional, está en condiciones de crear o formar esa norma de conducta para luego cumplirla. Sobre la norma de sanción, FREUND plantea que esta tampoco puede limitarse a ser comprendida en un plano abstracto. Aquella busca mantener la vigencia de la norma de conducta: la infracción de esta se entiende como un serio cuestionamiento de su vigencia, por lo que tal infracción no puede quedar sin respuesta. Conforme a esto, la norma de sanción dispone el veredicto de culpabilidad y la pena como reacción a la infracción de la norma de conducta (y de sus consecuencias). Por tanto, si no se puede fundamentar debidamente la infracción de la norma de conducta, tampoco será posible formular debidamente el correspondiente reproche (el veredicto de culpabilidad y la pena concreta han de ser legitimadas frente a la persona concreta). Y para ello, señala FREUND, no es suficiente el mero incumplimiento de incumbencias (*Obliegenheiten*).

El séptimo trabajo [«Comentarios sobre las categorías de las reglas de imputación y las reglas de conducta» (pp. 109-117)] es de autoría de Jan C. SCHUHR, quien ofrece varias ideas sobre la relación entre las reglas de conducta y las reglas de imputación. En ese sentido, afirma que la regla de conducta presupone siempre un modelo de destinatario como persona capaz de entender y actuar, al que se le puede atribuir procesos del mundo como acciones suyas y sucesos del mundo como producidos o influidos por él y, en ese sentido, conformes o contrarios a una proposición de deber ser. Se revela entonces que todas las proposiciones de deber ser presuponen necesariamente una imputación, específicamente: reglas de imputación. Estas han de proporcionar un modelo sobre el que se pueden construir las reglas de conducta. Las reglas de imputación no especifican qué manda o prohíbe la regla de conducta, así como tampoco cuál ha de ser el contenido de una evaluación normativa. Todo ello le corresponde, en realidad, a las reglas de conducta: estas dicen cómo se debe actuar. Fijar las reglas de conducta es la genuina tarea del legislador. Con todo, este debe basarse siempre en un sistema de reglas de imputación, las que, por su parte, son neutrales con respecto al contenido de las reglas de conducta y a las valoraciones subyacentes. SCHUHR señala, sin embargo, que existe el peligro de transgredir la función de las reglas de imputación. Esto sucede, por ejemplo, cuando hay una «manipulación inadmisible» de las reglas de conducta, es decir, cuando son las reglas de imputación las que prescriben, de manera directa o indirecta, el contenido de cómo se debe actuar. Conforme a esto, SCHUHR destaca varios casos en los que se produciría una transgresión de las funciones de las reglas de imputación (que deberían estar delimitadas) y, como consecuencia, resultaría una manipulación de los resultados de la aplicación de las reglas de conducta mediante el recurso a las reglas de imputación. SCHUHR concluye su contribución afirmando que los esfuerzos por abandonar por completo las cuestiones de la imputación o de combinar las reglas de imputación y las reglas de conducta en una norma, están destinados al fracaso. Conforme a eso, propone precisar las reglas de imputación y limitarlas a lo que son. Según SCHUHR, el objetivo debería ser «limpiar» las reglas de imputación, pero «no abolirlas ni disolverlas».

Joachim RENZIKOWSKI realiza la octava contribución [«La imprudencia desde el punto de vista de la teoría de las normas» (pp. 119-137)]. Parte de la idea de que una dogmática jurídico-penal orientada a la teoría de las normas debe especificar qué norma de conducta infringe el autor del

delito imprudente. En ese sentido, expone las preguntas que se presentan como las directrices de su trabajo: ¿Cuál es el estatus del cuidado debido? y, en relación con ello, ¿Cómo ha de ser diseñado el delito imprudente? ¿Cuál es el contenido del cuidado debido? y, a partir de ello, ¿En qué momento de la construcción del delito se han de tener en cuenta las capacidades del autor? RENZIKOWSKI sostiene que la norma de conducta alude a un comportamiento descrito en abstracto, por lo que el destinatario de esa norma ha de concretarla él mismo en cada situación. Esto sucede tanto en el delito doloso como en el imprudente. En este último caso, plantea una importante distinción entre un deber de conducta (primario) y un deber de cuidado (secundario), el que es caracterizado como un «deber de conocimiento» (*Erkenntnispflicht*), que solo garantiza la capacidad de evitación del peligro, pero que no impide de manera automática que la norma de conducta (que prohíbe acciones idóneas para el resultado) sea infringida. RENZIKOWSKI explica que las normas de conducta son generales porque exigen lo mismo de todo destinatario de la norma: el agotamiento consciente de sus propias posibilidades de acción para evitar un determinado resultado. El deber secundario, sin embargo, se orienta a la organización de la propia esfera jurídica de manera que no emanen de ella peligros incontrolables. La norma de conducta y el deber de conocimiento, si bien se relacionan entre sí, son independientes en cuanto a su contenido. Ante la aparente contradicción de la formulación de normas abstractas y generales y la individualización de la norma en el caso concreto, RENZIKOWSKI argumenta que el Derecho fija de manera abstracta y general «qué alternativa de conducta debe ser (o no) elegida desde el espacio de juego individual de la conducta». Por tanto, quien no pueda cumplir con ese baremo, no podrá asumir el correspondiente riesgo. Si, pese a todo, alguien se pone en una situación en la que no puede evitar la lesión del Derecho, el resultado se le atribuye pues era fundamentalmente evitable. Por tanto, «la norma de cuidado es general, pero la contrariedad al cuidado (*Sorgfaltswidrigkeit*), como juicio relacionado con el respectivo autor con sus capacidades personales, es individual». Finalmente, RENZIKOWSKI expresa ser partidario de la afirmación de un baremo (*Maßstab*) subjetivo tanto en el delito doloso como en el imprudente ya en el ámbito del injusto: apoyándose en el propio § 16.1.2 StGB, sostiene que la imprudencia es un sucedáneo de la ausencia de dolo. Sin embargo, continúa, solo es posible saber lo que es posible conocer: «la posibilidad de conocer (*Erkennbarkeit*), como elemento de la imprudencia, es el presupuesto lógico del conocimiento (*Erkennen*)». Si en el delito imprudente se admite también la distinción entre poder instrumental (injusto) y poder jurídico (culpabilidad), la contrariedad al cuidado, referida a la capacidad instrumental es el elemento subjetivo del tipo del delito imprudente.

La novena contribución [«Cuidado como elemento esencial abstracto de la norma en el hecho imprudente» (pp. 139-146)] es presentada por Inês FERNANDES GODINHO, quien, partiendo de la definición de imprudencia propuesta por RENZIKOWSKI, se concentra en dos asuntos esenciales: el estatus del cuidado debido y el contenido del cuidado debido. Con respecto al primero, FERNANDES GODINHO sostiene que la norma de conducta concreta se deduce de manera situacional, esto es, a partir de las circunstancias del concreto caso individual. Solo si esto sucede emerge el deber de cuidado: este requiere de la concreción de la norma de conducta. El deber de cuidado es, según la referida autora, un imperativo, pero no un «¡No debes matar!», sino un «¡Tú debes!» o, de manera más precisa, un «¡Tú debes actuar cuidadosamente "de tal o cual manera"!». Por otro lado, con respecto al contenido del cuidado debido, afirma que referirse a ello supone indagar sobre las capacidades individuales del agente, las que han de considerarse no en la culpabilidad, sino ya en el injusto, como criterio del cuidado debido. En este ámbito, destaca la importancia de determinar el baremo (*Maßstab*) del cuidado debido, que la autora define como «el óptimo de lo que el concreto agente puede prestar en la específica situación vital» y considera como elemento integrante de la contrariedad a la norma del hecho imprudente. En definitiva,

solo si la norma derivada de la situación se mueve dentro del marco de las capacidades del destinatario de la norma y, además, este puede prever la realización del resultado, entonces el contenido de cuidado debido ha de poder constituir el injusto. Si esto sucede, «el incumplimiento de la norma derivada de la situación, en el marco del deber de cuidado, opera como sucedáneo por la ausencia de dolo».

La décima contribución [«Imprudencia como estructura de la imputación extraordinaria» (pp. 147-157)] es realizada por Vicente VALIENTE IVAÑEZ, quien propone que la imputación extraordinaria es la modalidad de imputación que mejor explica la resolución de los casos de imprudencia (consciente e inconsciente). De esta manera, admite la comprensión de la teoría del delito como teoría de la imputación: esta explica la adscripción de responsabilidad por la realización de una conducta contraria a la norma, centrándose en la cuestión de en qué medida el agente era capaz de cumplirla. Conforme a esto, si bien reconoce que el objeto de imputación (la realización del tipo de delito) es el mismo en el injusto doloso y en el imprudente, las diferencias se encuentran en las reglas de imputación. Si el agente reconoce la situación u oportunidad en la que se aplica (objetivamente) la norma de conducta (es decir, posee capacidad de acción), entonces aquel debe cumplirla, es decir debe intencionalmente evitar la realización del tipo. No hacerlo implica una imputación a título de dolo. En este caso, el objeto de la imputación y el fundamento de la imputación se manifiestan simultáneamente. Sin embargo, si el agente no reconoce la situación u oportunidad en la que se aplica (objetivamente) la norma de conducta (es decir, no posee capacidad de acción), entonces no puede seguirla, es decir, no puede intencionalmente evitar la realización del tipo. En este caso, el objeto de la imputación y el fundamento de la imputación no se manifiestan de manera simultánea. Este sería el presupuesto de la imputación extraordinaria, la que supone no identificar el momento precedente con la conducta creadora de un riesgo típico (como en el modelo de la tipicidad), sino con un comportamiento que ofrece una razón para que la responsabilidad por el propio defecto de imputación pueda aparecer como criterio de imputación de la realización del tipo. La imprudencia, por tanto, requiere, primero, de una conducta objetivamente antinormativa (la realización de un tipo de delito) cuya imputación a título de dolo queda excluida; y, segundo, la infracción imputable de una exigencia de cuidado (la incumbencia) cuyo cumplimiento aparezca como suficiente para asegurar la capacidad de evitación intencional de la realización del tipo de delito. La imprudencia como estructura de la imputación extraordinaria permite entenderla, en definitiva, como un asunto de imputación subjetiva y no como un problema de imputación objetiva.

El undécimo trabajo [«Norma de conducta y "supradeterminación" de cursos causales. Tesis sobre la causalidad alternativa» (pp. 159-164)] es de autoría de Jan C. JOERDEN. En esta contribución, él se refiere al problema de los llamados «cursos causales sobrecondicionados», reconocidos también como casos de «causalidad alternativa». Dado que el usual ejemplo que se suele emplear en este caso (el caso del «envenenamiento») no es en realidad un caso de causalidad alternativa, el autor propone un ejemplo que sí respondería a esa categoría: una máquina a la que se puede cargar de agua por dos puntos de llenado, la que luego fluye hacia un depósito recolector. El agua se agita cada hora y luego se pesa. Cuando se alcanza o se sobrepasa un determinado peso del agua, se activa un sistema automático que mata a una persona (por ejemplo: disparando a una multitud). Según JOERDEN, la activación de la «máquina asesina» se podría «sobrecondicionar» si dos personas al mismo tiempo (P1 y P2), pero de manera independiente, han vertido cada una la cantidad de agua que, en conjunto, pero también de manera individual, alcanza o supera el peso umbral medido por hora. El citado autor subraya que

en este caso no solo no concurre el *in dubio pro reo* (pues el peso del agua está siempre), sino también que la fórmula de la *conditio sine qua non* «entra en crisis»: las acciones individuales de P1 y P2 pueden descartarse sin que el resultado desaparezca (la acción del otro, P2 o P1, respectivamente, explicaría suficientemente la ocurrencia del resultado). Por ello, en lugar del recurso a la fórmula habitual de la causalidad, propone acudir a la llamada fórmula INUS para la determinación de la causalidad, así como a la prueba NESS. Estas se relacionan con la teoría de la condición mínima suficiente, que establece que todos aquellos hechos que son necesarios para una explicación completa del resultado deben ser causas de la ocurrencia del resultado. JOERDEN señala, sin embargo, que este enfoque tiene un problema: conduciría a demostrar que hay demasiadas circunstancias en el posible recorrido causal de un resultado. Conforme a eso, pese a que esa teoría tiene coincidencias con la teoría causal convencional (en el caso de que P1 hubiere vertido 1 litro de agua y P2 solo 100 mililitros, solo P1 sería causal del resultado: su conducta no se puede omitir sin que el resultado sea inexplicable), no siempre sería así: en el mismo caso P2 sí sería causa del resultado incluso si hubiere vertido 100 mililitros de agua (si P1 hubiere vertido 900 mililitros y P2, como se dijo, 100, P2 sería causa del resultado pues su contribución pertenece necesariamente a su explicación del resultado; incluso, dice JOERDEN, si P2 hubiere vertido solo una gota de agua a la «máquina asesina», también sería causa del resultado). Esto no se afirmaría en la teoría causal convencional, lo que podría explicar que JOERDEN la entienda como preferible: conforme a esta, la causalidad solo se da para aquellos hechos que son componentes de la (única) explicación del resultado conforme a leyes. Desde esta perspectiva, en los casos de causalidad alternativa, las acciones de P1 y P2 serían ambas causas de la ocurrencia del resultado. Con todo, JOERDEN aclara que, por razones lógico-causales, no se podría concluir que ambas acciones sean ambas causas individuales de la ocurrencia del resultado (la acción individual no es en absoluto irrenunciable para la explicación de la ocurrencia del resultado). Por ello, propone acudir a la imputación extraordinaria para solucionar el problema: si, por ejemplo, P1 sabía con certeza que P2 actuaría (por tanto, P1 conocía con certeza la causalidad alternativa), aunque falte una conexión causal ordinariamente imputable, la causalidad del resultado se le puede imputar extraordinariamente, pues él mismo fue responsable de la situación de causalidad alternativa a través de su conducta. Conforme a esto, JOERDEN sostiene que el autor individual podría ser considerado responsable de la muerte de la víctima en el contexto de una situación (genuina) de causalidad alternativa no por la vía ordinaria, pero sí por la vía de la imputación extraordinaria.

La duodécima contribución [«La posibilidad de la supradeterminación de cursos causales y su tratamiento jurídico. ¿Imputación extraordinaria o prueba NESS?» (pp. 165-176)] la realiza Thomas GROSSE-WILDE, quien, concentrándose también en el problema de la supradeterminación, analiza las dos propuestas de solución. Con respecto a la imputación extraordinaria, si bien manifiesta estar de acuerdo con las consecuencias de su aplicación, admite no estar conforme con la fundamentación ético-jurídica que implica. No solo porque reprocharle al autor la provocación de una situación de supradeterminación puede ser problemática desde la perspectiva del respeto al principio de culpabilidad, sino también porque podría pasarse por alto la consideración de la indemostrabilidad de su propia acción como condición necesaria, lo que implicaría una simple eliminación de dificultades probatorias. Esto, según GROSSE-WILDE, es tentador, pero, si bien la lógica distributiva (de un mal) puede ser tomada en cuenta en Derecho civil, en Derecho penal la imposición de un mal debe estar justificada por la culpabilidad individual. En definitiva, el referido autor critica a JOERDEN que su defensa de la imputación extraordinaria conlleva el peligro de un argumento de «pendiente resbaladiza». Por otro lado, y como alternativa a la imputación extraordinaria, GROSSE-WILDE sostiene que se puede considerar

a la prueba NESS, que establece que una causa individual no tiene que ser una condición necesaria para el resultado, sino que es suficiente un componente de una condición mínima necesaria según leyes generales. Al respecto, señala que, si bien la descripción que hace JOERDEN de la fórmula de la *conditio* es correcta, esa descripción se parece mucho a una prueba NESS. De hecho, GROSSE-WILDE dice que «toda *conditio sine qua non* es ya una causa según NESS». Sin embargo, el referido autor destaca que JOERDEN haya acertado en resaltar lo referido al criterio de la condición mínima. Al respecto, GROSSE-WILDE expone que en la lógica interna de la prueba NESS está que toda contribución, por mínima que sea, es un elemento NESS de una condición mínima suficiente, siempre que uno esté dispuesto a dividir más la condición suficiente. GROSSE-WILDE advierte, en todo caso, que la prueba NESS no es la fórmula milagrosa para resolver todos los problemas de imputación: no puede (ni debe) solucionar problemas normativos. La pretensión de la prueba NESS es, ante todo, ofrecer una definición empíricamente convincente de una única causa.

El decimotercer trabajo [«Tentativa como contradicción deficitaria de la norma» (pp. 177-193)] corresponde a Juan Pablo MAÑALICH, quien advierte la existencia de un paralelismo, no siempre tomado en cuenta, entre la tentativa y la imprudencia. Según él, ambas deben ser entendidas como estructuras de imputación que existen como formas de «error inverso». MAÑALICH se concentra en la tentativa, con el objetivo de ofrecer una clarificación teórico-normativa de ese concepto. Después de plantear su concepto de contrariedad a la norma y de justificar la determinación de una conducta como antinormativa desde una perspectiva *ex post*, y de explicar que la perspectiva contraria, que propone que las prohibiciones o mandatos han de ser formulados desde una perspectiva *ex ante*, confunde el contenido semántico y la función pragmática de las normas, MAÑALICH apunta que de su planteamiento se deriva que una persona puede haber actuado objetivamente de forma contraria a la norma, sin que al mismo tiempo merezca una crítica por ello, pues puede no haber tenido idea de encontrarse en una situación en la que tendría que omitir o realizar la acción respectiva. El caso de la tentativa es, precisamente, todo lo contrario: aquí falta, por parte del agente, una transformación de la norma (como motivo externo) en motivo dominante, lo cual es penalmente reprochable, aunque la conducta imputable al autor bajo la misma norma no es contraria a ella. MAÑALICH explica que, en la tentativa, hay una discrepancia entre la configuración del mundo y la representación del autor, sin que esto afecte el hecho de que aquel se ha comportado de una manera que no debería haber sido si es que hubiera reconocido la norma como premisa efectiva. Dejando claro que el concepto de tentativa no ha de identificarse con una realización «parcial» del tipo, MAÑALICH entiende que el delito tentado, situado al mismo nivel lógico que el delito consumado, debe ser comprendido como un «delito imperfecto», pues si el delito consumado es «el paradigma de la conducta punible», la tentativa, como «forma de conducta punible no paradigmática», es una muestra de congruencia performativa imperfecta: no hay coincidencia entre el valor explicativo de la conducta del agente y su configuración objetiva. En definitiva, si en un delito tentado no hay contrariedad a la norma, pero sí infracción de deber se podrá afirmar que al autor del delito en tentativa se le reprocha el haberse comportado de una manera que hubiere sido antinormativa si su representación predictiva del mundo resultante de su conducta hubiere sido correcta.

El decimocuarto artículo [«Dogmática jurídico-penal normológicamente fundada: ¿desde arriba o desde abajo?» (pp. 195-203)] es de autoría de Luís GRECO. Este autor destaca la existencia de dos modelos claramente distinguibles en la doctrina referida a la teoría de las normas. Primero, el denominado «modelo 1» (que retoma el pensamiento de Armin KAUFMANN), en virtud del cual la concepción del hecho punible se refiere a una lesión de una así llamada norma de conducta (o

norma de determinación), cuyo alcance se determina de manera *ex ante*. Segundo, el llamado «modelo 2» (que recoge los planteamientos de KINDHÄUSER, entre otros), que, rechazando el punto de vista *ex ante*, propone que la infracción de la norma (entendida como prohibición de causación) se determina desde una perspectiva *ex post*. GRECO procede seguidamente a exponer las críticas que a cada uno de los modelos se hace (a grandes rasgos: mientras el modelo 1 le reprocha al modelo 2 el proponer un concepto de norma de conducta carente de efectos directivos, el modelo 2 denuncia que el modelo 1 posee un error categorial). Sin embargo, en la medida en que tales críticas, en opinión del citado autor, pueden ser refutadas conceptualmente, es posible decir que «ambos modelos no presentan errores de razonamiento evidentes». Por ello, GRECO sostiene que optar por uno de los modelos (ambos coherentes desde el punto de vista lógico) implica tomar en cuenta algo que va más allá de la lógica. Seguidamente, el referido autor se centra en la comparación de las expectativas de cada modelo (y cuál de ellos cumple de mejor manera las expectativas que se ha fijado), empleando para ello dos categorías concretas: la consumación («forma principal» del delito del modelo 2) y la tentativa («forma principal» del delito del modelo 1). Las reflexiones que al respecto ofrece GRECO le llevan a formular su propio diagnóstico: el modelo 1 funciona «de abajo hacia arriba» (desde la tentativa imprudente hacia el delito doloso consumado); por su parte, el modelo 2 funciona «de arriba hacia abajo» (desde el delito doloso consumado hacia la tentativa imprudente). En última instancia, atendiendo al criterio de la expectativa de cada modelo, GRECO declara su preferencia por el modelo 1 y no por el modelo 2: el modelo 1 es «expresión de la expectativa de que es prioritario marcar límites inferiores absolutos de responsabilidad penal», mientras que el modelo 2 «considera que la desviación del "caso normal" –el delito comisivo doloso consumado– necesita una explicación». El modelo 1, entonces, se encarga, desde el principio, de determinar el «límite mínimo de lo punible», algo en lo que, según GRECO, es «menos eficiente» el modelo 2, que presenta problemas, precisamente, en aquellas manifestaciones que representan un «desvío» de la «forma principal» del delito de ese modelo: la de la ausencia de dolo (en el que se acude a la «imputación extraordinaria») y la de la tentativa (en la que hay punibilidad sin infracción de la norma).

Norio TAKAHASHI es el autor del decimoquinto trabajo [«Norma de conducta y norma de sanción en la tentativa inidónea» (pp. 205-214)], donde señala que mientras en Alemania la tentativa inidónea se deriva mediatamente del § 23.3 StGB, no está reconocida en el CP del Japón, por lo que no se castiga. Esta situación establece una diferencia entre Alemania y Japón en lo que tiene que ver con la fundamentación del castigo de la tentativa: mientras en Japón la jurisprudencia y la doctrina dominante defienden una teoría objetiva, en Alemania la jurisprudencia y la literatura están influidas por la teoría subjetiva. TAKAHASHI destaca la importancia de la teoría de las normas: desde su punto de vista, no se puede desarrollar la teoría del delito ni interpretar analíticamente su estructura sin explicar el significado de las normas. Conforme a esto, anuncia su planteamiento: en la medida que la norma de conducta solo prohíbe una conducta y no un resultado, entonces al delito tentado y al delito consumado subyace la misma norma de conducta. El resultado no pertenece a la norma de conducta, sino a la norma de sanción. Por ello, el problema de la tentativa (en general y de la tentativa inidónea en particular) se resuelve tomando en consideración la norma de sanción. Y si esto es así, entonces la tentativa debe analizarse desde la perspectiva del fin de la pena. Este planteamiento lleva a TAKAHASHI a rechazar la teoría de la peligrosidad concreta (relacionada con la teoría de la prevención general negativa), la teoría subjetiva (vinculada a la teoría de la prevención especial) y la teoría de la peligrosidad objetiva (referida a una teoría de la retribución), para decidirse por la teoría modificada de la peligrosidad objetiva (compatible, según el citado autor, con la teoría de la prevención general positiva, que él considera la teoría correcta), en virtud de la cual se analiza el peligro concreto desde una

perspectiva objetiva *ex post*. Esta conclusión obliga a TAKAHASHI a mostrar su conformidad con la teoría objetiva defendida en la jurisprudencia y la doctrina dominante en Japón, pero que, según él, tiene que ser modificada, para que, de esa manera, se integren los conocimientos científicos en el juicio de peligrosidad y se conserve la punibilidad de la tentativa (pues con una teoría objetiva tomada «al pie de la letra» no habría más espacio para la tentativa en el Derecho penal).

La decimosexta contribución [«Aproximación teórico-normativa a la tentativa inidónea» (pp. 215-219)] es de autoría de Kai CORNELIUS, quien parte de las ideas expuestas previamente por TAKAHASHI, señalando que tomará cuatro argumentos expuestos por él y que los analizará desde la perspectiva del Derecho penal alemán. Primero, CORNELIUS le da razón a TAKAHASHI en lo referido a que la pregunta por la punibilidad de la tentativa (y, por tanto, de la tentativa inidónea) corresponde al nivel de la norma de sanción, pues esto determina en última instancia que se castigue una conducta que aún no ha generado un resultado. El fundamento para esto es: se ha de separar entre conducta y resultado, y solo la conducta (y no el resultado) puede ser prohibida por una norma (de conducta). Segundo, CORNELIUS está de acuerdo con la idea, señalada por TAKAHASHI, de que la norma de conducta sirve a la protección preventiva de bienes jurídicos, mientras que la norma de sanción, por el contrario, lleva a cabo la finalidad de la pena. Las disposiciones que regulan la punibilidad de la tentativa se asignan a las normas de sanción y por tanto sirven a los fines de la pena, que incluyen también a la prevención general positiva. Tercero, CORNELIUS apunta, siguiendo a TAKAHASHI, que ha de afirmarse la infracción de la norma de conducta cuando se produce un peligro general y abstracto (desde una perspectiva *ex ante*) para un bien jurídico (existiendo de esta manera una posibilidad abstracta para una lesión futura de un bien jurídico), por lo que la pregunta sobre la punibilidad de la tentativa correspondería a la norma de sanción y tendría que responderse desde una perspectiva *ex post*. CORNELIUS agrega que el peligro abstracto de una futura lesión del bien jurídico resulta del peligro para la estabilidad de la norma de conducta. Admite también CORNELIUS que la pregunta por la existencia de una infracción de una norma de conducta ha de determinarse respectivamente al momento de la conducta: la norma de conducta infringida en cada caso es idéntica en la tentativa y en la consumación. Si el resultado previsto por el agente realmente se produce es irrelevante: esta es una cuestión referida a la imputación objetiva que, en términos teórico-normativos, ha de corresponder al nivel de la norma de sanción. Cuarto, CORNELIUS considera que la teoría de la peligrosidad objetiva modificada presentada por TAKAHASHI es, desde el punto de vista de la teoría de las normas, consecuente. Esta aseveración, sin embargo, no podría trasladarse directamente a la regulación alemana, precisamente, por la forma cómo están configurados los §§ 22 y 23.3 StGB. En todo caso, CORNELIUS afirma que, si se considera, con la teoría de la impresión, que la tentativa afecta a la confianza de la comunidad en el cumplimiento de las normas de conducta (y, a partir de ello, de la paz jurídica), entonces la peligrosidad objetiva de la tentativa, por ser compatible con el planteamiento, sería también relevante. En última instancia, CORNELIUS sostiene que los planteamientos defendidos en Alemania (la teoría de la expresión, así como la teoría objetivo-subjetiva de la impresión, que es la dominante) y la teoría objetiva modificada defendida por TAKAHASHI no se encuentran muy lejos. Esta aseveración se obtiene del recurso a la norma de conducta y a la norma de sanción, asignando la punibilidad de la tentativa a esta última. CORNELIUS finaliza señalando que ello es una prueba de que la distinción normológica también puede tener sentido como un planteamiento general en el Derecho comparado.

El decimoséptimo texto [«Ley y norma en los llamados "delitos puros de omisión"» (pp. 221-238)] es de autoría de Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, quien señala que las normas de conducta indican los que los ciudadanos deben hacer o abstenerse de hacer. Quienes defienden la existencia de esas

normas parten de que el juez debe cumplir dos tareas para la ejecución de la norma de sanción: primero, el juez debe determinar la infracción de la norma de conducta; y, segundo, el juez debe imputar responsabilidad por esa infracción. Más allá de esta afirmación, hay falta de claridad. Concretamente: se discute sobre la base de con qué criterios se puede determinar la infracción de la norma y la responsabilidad por la infracción de la norma. Según algunos autores, casi todos los criterios de la teoría del hecho punible se refieren (solo) a la segunda cuestión. Para otros autores es al revés: casi todos los criterios de la teoría del delito sirven para determinar cuándo se ha infringido la norma (pues una «infracción no responsable» no es una genuina «infracción»). Con otras palabras: según esta opinión, no hay un injusto no culpable. En todo caso, apunta SILVA SÁNCHEZ, lo que no está claro es el proceso de obtención de la norma de conducta, además de su estructura y contenido. Según un sector de la doctrina, la norma de conducta dice «está prohibido matar a otro», donde «matar a otro» se entiende como la descripción de un curso causal («causar la muerte de otro»). La norma que subyace al tipo de homicidio sería, por tanto, la infracción de una prohibición de causación («está prohibido causar la muerte de otro»). SILVA SÁNCHEZ señala que este planteamiento no solo conduce a una ampliación del ámbito de lo prohibido, sino que también trae consigo una doble limitación: primero, en la tentativa de homicidio, dado que no se ha causado la muerte de otro, no se infringe la norma de conducta; segundo, la omisión de la evitación de la muerte de otro tampoco infringe la norma de conducta, incluso si el omitente pudiera haber evitado la muerte y tuviera el deber de hacerlo. Este procedimiento, dice el referido autor, da varios pasos en falso. Dentro de ellos, aquí ha de ser destacado el referido a la propia comprensión del «matar a otro»: este no puede ser entendido desde una perspectiva causal, entre otras razones, porque una norma de conducta no puede prohibir la causación de un resultado, sino solo de una conducta de la que se pueda decir que, desde una perspectiva *ex ante*, puede conducir a ese resultado. Por ello, SILVA SÁNCHEZ subraya que la norma subyacente al delito de homicidio es «¡No realices una conducta que tenga el significado de "matar"!». Ahora bien, el autor citado advierte que la admisión de la existencia de una norma de conducta subyacente al tipo no quiere decir que aquella sea secundaria a los conceptos de acción y omisión: esta comprensión conduciría a entender, como hacía Armin KAUFMANN, que la prohibición prescribe una omisión y que el mandato prescribe una acción. Sin embargo, según SILVA SÁNCHEZ, no hay ninguna regla que establezca que la palabra «matar» en el tipo penal de homicidio implique necesariamente la infracción de una prohibición, es decir, se puede realizar el tipo de delito (de resultado de lesión, como el homicidio) mediante una omisión. En definitiva, SILVA SÁNCHEZ no recurre a las leyes de la lógica o de la física para definir qué es «matar», sino que recurre al lenguaje práctico, vigente en el mundo social y jurídico. Por ello, «matar» en sentido social es posible, si es que la acción omitida por el garante se produce de manera contraria a deber, siendo este el factor que expresa algo estructuralmente idéntico a la creación de un riesgo desaprobado y, conforme a ello, hace posible una equivalencia pragmática con el hecho comisivo.

En la decimoctava contribución [«Sobre la separación entre injusto y culpabilidad en el Derecho penal» (pp. 239-248)], Volker HAAS explica que el injusto hace una referencia al autor, mientras que la culpabilidad, por su parte, es la ausencia de autodeterminación conforme a sentido por un sujeto capaz de esa autodeterminación. El juicio de desvalor de la culpabilidad hace un reproche al autor por no haber actuado correctamente, pudiendo haberlo hecho. HAAS se refiere posteriormente a la teoría de los imperativos y al muy conocido «problema del destinatario», que pretende ser resuelto generalmente con la idea de que las normas de determinación se dirigen también a los incapaces de culpabilidad. HAAS se opone a este planteamiento mayoritariamente aceptado. El autor avanza y reconoce que el problema del destinatario, en realidad, no obliga a abandonar la distinción entre injusto y culpabilidad. Con todo, señala también que tampoco sería

sostenible afirmar la existencia de un injusto sin que se hayan realizado los presupuestos de la culpabilidad. Frente al panorama descrito, HAAS plantea que solo quedan dos opciones. Primero, se puede defender la idea de que, por lo menos en el ámbito del Derecho penal, no sería admisible un injusto no culpable (lo que implicaría la aceptación de las premisas normológicas de la teoría de los imperativos). HAAS establece que este es el camino que ha seguido JAKOBS (cuyo planteamiento luego procede a criticar). Segundo, se puede defender la idea de un injusto no culpable (lo que supondría renunciar obligatoriamente a la teoría de los imperativos). Este último es el camino que sigue HAAS, al rechazar la comprensión psicologizante de las normas en la teoría de los imperativos. Si esto sucede, desaparece el motivo de la negación de la existencia de un injusto no culpable. El autor propone que las normas de conducta, protegidas penalmente, han de ser entendidas como pretensiones jurídico-públicas, que también se dirigen contra aquellos que no pueden acceder a la motivación. El cumplimiento de tales pretensiones, que la comunidad jurídica dirige a los ciudadanos, debe evitar la intromisión ilegítima en posiciones jurídicas (o bienes jurídicos). Desde esta perspectiva, HAAS advierte que la distinción entre injusto y culpabilidad adquiere un determinado sentido: la antijuridicidad de la conducta es exclusivamente decisiva si la sanción persigue el objetivo de hacer respetar preventivamente la pretensión jurídico-pública. En la medida en que, de *lege lata*, el prevalecimiento del Derecho se logra mediante las medidas de seguridad, los presupuestos típicos para la imposición de estas han de ser interpretados en consecuencia. Conforme a esto, la culpabilidad solo sería necesaria si al autor se le hace responsable de forma represiva (es decir, con una pena) por el quebrantamiento del Derecho. En última instancia, HAAS expresa su oposición a la justificación de la distinción entre injusto y culpabilidad a partir de la tradicional contraposición entre un «poder general» (*generelles Dürfen*) y un «poder particular» (*individuelles Können*). Señala entonces que ya en el injusto se toman en cuenta consideraciones individuales (dolo, infracción subjetiva del deber de cuidado). La culpabilidad, por tanto, es solo una cuestión referida a la capacidad de comprender el injusto y de actuar conforme a esa comprensión.

El decimonoveno trabajo [«Sobre la separación entre injusto y culpabilidad en el Derecho penal. Sentido y límites en la ciencia italiana del Derecho penal» (pp. 249-256)] es de Vincenzo MILITELLO. El asunto que convoca la atención del autor es el referido a la separación entre las categorías dogmáticas del injusto y la culpabilidad. Así, se pregunta: ¿se puede reconocer en la dogmática penal italiana una separación entre injusto y culpabilidad que, como sucede en Alemania, se derive de la distinción entre norma de determinación y norma de valoración? Conforme a esto, menciona los tres asuntos que desarrolla a lo largo de su contribución: primero, el contexto de los ordenamientos jurídicos italiano y alemán, tomando en cuenta tanto la cultura jurídica común como la larga relación existente entre ellos; segundo, una profundización de la compatibilidad de la distinción entre injusto y culpabilidad con el derecho positivo italiano y, finalmente, la comparación con la dogmática italiana del Derecho penal. En definitiva, MILITELLO expone que la distinción entre injusto y culpabilidad, si bien se reconoce en la dogmática penal italiana, no está acompañada de consideraciones teórico-normativas generales y tampoco se percibe como crucial para la solución de problemas más importantes a los que se enfrenta el penalista italiano. Ni el contexto, ni los factores dogmáticos o incluso el derecho positivo, han impedido que al menos una parte de la doctrina italiana haya reconocido la separación entre injusto y culpabilidad. En todo caso, MILITELLO señala que, una vez reconocida esa distinción, en Italia falta una profundización de los presupuestos teórico-normativos de cada una de esas categorías dogmáticas.

La vigésima contribución [«Teoría de las normas y sistema del hecho punible» (pp. 257-275)] está a cargo de Ricardo ROBLES PLANAS, quien expone tres concepciones del delito que, si bien parten de premisas normológicas parecidas, se desarrollan sin embargo notablemente de manera distinta: los planteamientos de BINDING, Armin KAUFMANN y MIR PUIG. ROBLES PLANAS pretende, en última instancia, siguiendo la tradición iniciada y mantenida por esos autores, presentar su propio planteamiento en el que se manifiesta con claridad la importancia de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción. El autor distingue un primer nivel de valoración (negativa) que surge de la contradicción de un suceso con el estado de cosas que el Derecho garantiza. Este primer momento (antijuridicidad objetiva) es limitado, pues el Derecho penal solo podrá valorar negativamente la producción de un resultado como manifestación de una conducta desaprobada. En un segundo momento se toman en cuenta los presupuestos de la antinormatividad (condiciones mínimas de libertad que deben concurrir en el agente para afirmar la infracción de una norma): volición básica (si falta, hay ausencia de acción o hay inimputabilidad absoluta, supuestos en los que se impide el acceso a la norma) y conocimiento (si esto falta por un error psíquicamente invencible, de tipo o de prohibición, tampoco habría volición, pues esta se encuentra precedida de un conocer). En este segundo momento se puede hablar propiamente de «imputación» (si la conducta expresa algún sentido, entonces se pasa al siguiente nivel de valoración). Finalmente, en un tercer momento, se produce un segundo nivel de valoración, consistente en un juicio de desaprobación de la conducta a la luz de la norma como juicio de valoración distinto al juicio de antijuridicidad objetiva. En este segundo nivel de valoración se toma en cuenta el contenido valorativo mismo de la norma de conducta; o, mejor dicho, las valoraciones contenidas en la norma de conducta.

La vigesimoprimera y última contribución [«¿Conclusiones normológicas equivocadas en la dogmática del Derecho penal?» (pp. 277-284)] es realizada por Alaor LEITE, quien afirma que en la doctrina penal parece haber la «vieja convicción» de que a toda teoría del delito subyace una teoría de la norma. Conforme a esto, la teoría de las normas no solo acompaña a la dogmática del Derecho penal, sino que también la hace avanzar. Con todo, advierte que aún hoy se discute sobre las tareas y, sobre todo, los límites de las consideraciones normológicas en el Derecho penal. En ese sentido, tomando en cuenta nuevos «modelos de hecho punible», aborda críticamente aquella convicción. LEITE señala que existen ciertos problemas fundamentales del Derecho que cualquier teoría de la norma pretende aclarar, procediendo a mencionar solo tres, para luego dedicar su atención a cada uno de ellos: la orientación a una lesión de una posición jurídica en lugar de la lesión de un bien jurídico, el abandono o renuncia de la distinción entre injusto y culpabilidad y la accesoriedad de la valoración jurídico-penal. LEITE indica que es un error derivar estas tesis de una teoría de las normas, pues no están vinculadas a ninguna teoría de la norma concreta. Asimismo, señala que la teoría de las normas no puede solucionar esos problemas, pero sí aclararlos. LEITE finaliza su contribución indicando que, en realidad, no hay una teoría de las normas, sino muchas teorías de la norma. La elección de alguna de ellas es una decisión valorativa que debe justificarse. Y esto es así pues la teoría de las normas «presupone un prototipo de hecho punible, y no al revés». LEITE manifiesta que la tarea de una teoría de la norma es «aclarar, y no oscurecer, el modelo elegido mediante su indiscutible potencial analítico».

Se trata esta de una valiosa obra, de contenido rico y sugestivo, que sigue la senda recorrida ya por algunas otras, colectivas e individuales, aparecidas tanto en lengua alemana como castellana, y que es una inmejorable representación del llamado «renacimiento» de la teoría de las normas, el cual puede ser entendido definitivamente como un «punto de no retorno» en la ciencia del Derecho penal, pues es predecible que cada vez más investigaciones, que han de tomar

necesariamente en cuenta las contribuciones de los autores mencionados en los párrafos precedentes, se pronuncien sobre diversos aspectos, generales o particulares, de aquella teoría. Uno de esos asuntos, como bien ha destacado GRECO en su aporte a la obra colectiva, puede ser el referido a la determinación de qué teoría de la norma resulta preferible. Esto ha de ser resaltado pues las dos posiciones en pugna sobre el asunto, distinguibles con bastante precisión (KINDHÄUSER por un lado, FREUND, por el otro), más allá del punto de partida común (una comprensión dualista de las normas), revelan, respectivamente, una muy distinta comprensión de la dinámica propia de la norma de conducta: por un lado, una «norma de causación» general, que prohíbe un resultado que, en caso de suceder, tendría que ser imputado al agente si es que este incumple un deber que, por cierto, se ha derivado de aquella norma mediante un silogismo práctico; y, por otro, una norma de conducta, pero no una formulada de manera «abstracta y general», sino una norma de conducta concretizada en el contexto y el destinatario, que es en cada caso formada por él mismo.

Más allá de las complejidades que se desprenden de estas demasiado mínimas definiciones de «norma de conducta» aquí ofrecidas, sí es posible encontrar dos asuntos que, por su relevancia, pueden ser aquí destacados brevemente. En primer lugar, la importancia de la comprensión de la norma de conducta como directiva: tanto si se atiende a una «prohibición de causación» de la que se obtiene un deber de actuar, como a una norma general de la que se obtiene una norma concretizada, queda claro que la norma constituye un instrumento orientador de conductas. Esto (que cierra la posibilidad de considerar la valoración como una «norma», pero que abre la discusión sobre el «cómo» de la relación entre la norma y la valoración) es reconocido ya, de manera más o menos clara, por varios planteamientos en los que la norma ocupa un destacado lugar. Segundo, la relevancia del concepto de imputación en el marco del estudio de la teoría de las normas. Al respecto, se puede decir que, más allá del mayor o menor «peso» que la teoría de la imputación desempeña en cada una de las posiciones en pugna, y de las dudas que todavía quedan por resolver (principalmente: lo relacionado a la llamada «imputación extraordinaria»), no cabe duda de que la «reaparición» de la teoría de la imputación ha sido uno de los factores que ha permitido una revitalización del interés por la teoría de las normas en la dogmática jurídico-penal contemporánea.

En última instancia, obras como la aquí recensionada garantizan, por todo lo expuesto, que la teoría de las normas, por su capacidad de ofrecer nuevas soluciones a problemas antiguos, se convertirá, en los próximos años, en el hilo conductor de muchos de los grandes debates en el ámbito del Derecho penal.

InDret
4.2022

Nuria Pastor Muñoz, Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier, Barcelona, 2019, 130 páginas*

Percy Vladimiro Bedoya Perales
Universidad Católica San Pablo
pvbedoya@ucsp.edu.pe

-

El riesgo permitido y el principio de legalidad son dos conceptos fundamentales en el análisis de la imputación y la legitimidad del Derecho penal. Tal es su importancia, que resulta difícil imaginar la criminalización de conductas y la atribución de responsabilidad penal sin transitar por estas categorías. No obstante, a pesar de mostrarse como instituciones ampliamente desarrolladas y consolidadas en la sistemática del delito, su contenido sigue mostrando desafíos metodológicos que impactan en su fundamentación.

Precisamente, en la obra de Nuria PASTOR se abordan estos desafíos, desvelando las cuestiones dilemáticas de la concepción ilustrada del principio de legalidad y el endeble aparato epistemológico que sostiene la noción de riesgo permitido en la fundamentación actual del injusto típico. Asimismo, la autora no se limita a realizar un análisis descriptivo del problema, sino que logra proponer una vía de razonamiento para afrontarlo. Para ello, establece como núcleo de su propuesta una categoría que denomina «la remisión a los estándares sociales de conducta», la cual se edifica como el cimiento principal de la criminalización normativa y la subsiguiente imputación de la actividad riesgosa. Así, tanto el principio de legalidad como el riesgo permitido deben estructurarse y establecer sus fines conforme a dicha categoría.

El trabajo se desarrolla a través de seis capítulos. En los dos primeros, se asientan las premisas que inciden en el dilema del principio de legalidad y se analiza el problema de la «remisión», propio de las denominadas normas penales en blanco. Aquí se parte del diagnóstico de la remisión como fenómeno que opera en extenso en la norma jurídica; ya sea para que ésta mantenga su estabilidad en el tiempo o para ajustarse a los sectores dinámicos de la sociedad (p. 15). Asimismo, se enfoca el análisis desde la novedosa figura de la autorregulación en sectores empresariales, la cual impacta en la relevancia penal de la práctica empresarial (pp. 16-19). Seguidamente, aparece el primer pilar que sostiene la tesis de PASTOR. Esto es, afirmar que la operatividad de la «*remisión penal no sólo es una cuestión reducida al tema de la lex certa; sino un fenómeno global que se constituye como elemento intrínseco en la definición de los estándares de conducta penales*» (pp. 23-24 – cursiva original). Para refrendar su postura, la autora se esfuerza en demostrar que el proceso de reconducción a un criterio complementario de la ley penal, es algo que se da en diversos niveles del injusto típico; por ejemplo, en la lógica del delito imprudente (donde se suele referir a un deber objetivo de cuidado que se determina en instancias extra penales) o en la dogmática del delito doloso, donde también se requiere dirigirse a un componente externo («valoraciones sociales») para concretar la conducta penalmente relevante (pp. 24-34).

En el capítulo III se desarrolla la cuestión relativa al «riesgo permitido». Aquí se puede identificar el segundo pilar de la tesis: el riesgo permitido –que supone el punto de partida de desvaloración de las conductas– se construye sobre la base de «las valoraciones sociales» a determinados comportamientos. De esta forma, se plantea que el riesgo permitido se configura como un puente que vincula el juicio de valor abstracto que se da en el ámbito social hacia la esfera del reproche penal. Con lo cual, la criminalización de la conducta viene a ser el resultado de importar al ámbito punitivo, «estándares de conducta socialmente desvalorados» (pp. 42-43).

En el capítulo IV, se desarrolla el alcance del principio de legalidad y la autonomía que tiene el legislador al positivizar la conducta criminal. En coherencia con la tesis que sustenta, la autora afirma que el rol del legislador penal no puede concebirse como un factor aislado que se legitima por la mera observancia de la reserva legal, sino que resulta imprescindible afirmar que la legitimidad de la injerencia punitiva se presenta cuando el legislador toma en cuenta los «estándares de conducta social». En cuanto al principio de legalidad, PASTOR cuestiona la capacidad de este para dotar de seguridad al destinatario de la norma (p. 52). En sus planteamientos, es necesario diferenciar entre la ley penal (formulación positiva) y norma de conducta penal (desvaloración social de la conducta). Así pues, la ley penal es sólo un aspecto de la norma penal que no alcanza a precisar el comportamiento que se espera de los ciudadanos, ya que para esto es fundamental remitirse a los criterios expresados como estándares sociales de conducta que se ven defraudados por el comportamiento delictivo (p. 55).

En los capítulos finales, se despliega el aparato epistemológico de la obra. Una vez establecido que la configuración del principio de legalidad y el riesgo permitido se deben edificar sobre el criterio de la «remisión a estándares sociales de conducta», la autora da respuesta a las objeciones que podrían oponerse a la lógica de la remisión que sostiene (capítulo V). Aborda así tres supuestos problemáticos de la remisión: el primero, referente a la privatización de la competencia legislativa que ocasionaría la remisión normativa. Se suele decir que al permitirse que otros cuerpos legales o sectores privados formulen los estándares de conducta; se estaría confundiendo el rol del legislador con el del destinatario de la norma, al consentir que sea él quien defina sus propios parámetros de comportamiento. Al respecto, la autora considera que el verdadero problema no radica en consentir que la precisión de la ley penal se dé desde otros ámbitos; si no en que esta potestad se realice exenta de todo tipo de control y sin tomar en cuenta los «estándares sociales de conducta» (pp. 62-68). El segundo problema se expresa bajo la idea que la remisión vulneraría la separación de poderes, ya que permite que sean las normas administrativas (correspondientes al poder ejecutivo) las que precisen el injusto típico. Sin embargo, aquí se plantea recordar que la ley penal no contiene la norma penal concreta; esta concreción la realiza el juez recurriendo a la dogmática; por lo que el recurso a fuentes externas termina siendo inevitable. Por tanto, el verdadero problema estaría en que se limite la potestad del juez para controlar estas normas en los casos en que no contengan una teleología claramente vinculada a los estándares de conducta (pp. 77-78). El tercer problema se refiere a la supuesta vulneración del mandato de determinación: se señala que tal menoscabo no existe, pues la lógica de la remisión es algo que opera en extenso en la constitución de todo tipo penal, pues claramente todos los tipos requieren que sus contornos sean completados por criterios que se hallan fuera del marco de la ley escrita (p. 86).

Finalmente, en el capítulo VI se establecen cuáles serían las fuentes que conforman los «estándares de conducta socialmente vigentes» y que a su vez dan contenido al «riesgo

permitido». En esta perspectiva, se señala que el riesgo permitido debe fundamentarse con criterios materiales vinculados a los estándares de conducta socialmente vigentes. Por esta razón, se analizan cinco paradigmas para estos efectos: a) el consenso formal; b) la utilidad social; c) la ponderación de intereses; d) la legitimación histórica; y e) la aceptación social o consenso normativo.

En primer término, se descarta la vía del consenso formal, pues fundar el riesgo permitido en la opinión mayoritaria genera problemas como es la injerencia en la esfera de libertades de las personas que discrepan de estos consensos (p. 91). El criterio de la utilidad social también es criticado, pues determinar el riesgo permitido sobre un «balance» en el cual se ponderen las ventajas e inconvenientes de la actividad riesgosa resulta ser un razonamiento metodológicamente impreciso ya que este cálculo sigue requiriendo de valoraciones sociales previas (pp. 93-94). En cuanto a la ponderación de intereses, se señala que este proceso implicaría que, tras un análisis en concreto, se admita la actividad riesgosa pues esta resultaría preferible en comparación de los intereses que se arriesgan; sin embargo, esta ponderación resulta impracticable, pues implicaría suspender la asunción de la actividad hasta concluir todas las ponderaciones posibles (pp. 95-96). Por su lado, la alternativa de determinar el riesgo a través de la legitimación histórica, supone que la sociedad admita como riesgos permitidos aquellas actividades que se consideren válidas en función a razones de identidad histórica. El problema con esto es que no toma en cuenta que la legitimación histórica no es algo estático, sino plenamente cambiante y por tanto no ayudaría a precisar el riesgo en sociedades tan dinámicas y plurales como las nuestras (pp. 99-101).

El camino del consenso normativo –que sería el paradigma asumido por PASTOR– postula que los estándares sociales de conducta deben edificarse sobre la aceptación social de aquellas actividades que los destinatarios de las normas consentirían más allá de sus preferencias personales (la llamada aproximación desde el «velo de la ignorancia»). Para esto, es necesario la existencia de una «normatividad social» que se genere sobre la base de una «racionalidad social» con fundamentos materiales. No obstante, definir esta racionalidad social sigue siendo metodológicamente complejo. Para lograr esto, lo que se debe hacer es aplicar un filtro material consistente en partir de todas aquellas consideraciones mínimas que para la sociedad no son disponibles (dignidad humana) y complementarlas con los criterios de la relatividad histórico-cultural del Derecho (pp. 106-110).

Son muchos los aspectos a rescatar de la obra de Nuria PASTOR. Principalmente, el propósito de aproximarse críticamente y desvelar nuevas perspectivas sobre tópicos tan desarrollados como son el principio de legalidad y el riesgo permitido; los cuales suelen asumirse como criterios absolutos, cuando se evidencia que sus contenidos no encuentran un fundamento metodológico pleno. Por esta razón, la autora propone que sean las «valoraciones y la racionalidad social» el fundamento de estas categorías; en particular, porque con esto se evitaría asumir y desplegar sus efectos de forma arbitraria.

Ahora bien, creemos que el recurso a las valoraciones sociales, como criterio absoluto que responde a esta necesidad de fundamentación, comparte el mismo problema que pretende solucionar; esto es, la ausencia de contenidos que determinen dicha racionalidad social. Al señalar esto, no nos referimos a la dificultad que supone encontrar un consenso general y unívoco sobre lo que la sociedad acepta o no (este aspecto es tratado con suficiencia por la autora); sino a lo que subyace a esta idea de racionalidad. En nuestra consideración, una

racionalidad socialmente vinculante –de existir realmente– no sólo precisa del filtro del velo de la ignorancia o de los mínimos indisponibles, sino que de manera principal requiere la identificación con un sistema de valores que sea la materialización de una sociedad unificada en identidad y sentido de pertenencia. Creemos que esto es necesario, pues trae a colación la idea del bien común político, sin la que no resulta posible hablar de una razón social de la cual participan todas las personas. Contrario a esto, el marcado individualismo y sentimiento de ajenidad social que se halla presente en las sociedades modernas hace pensar que no sea posible encontrar una racionalidad social plena, sino diversos criterios que dependiendo de las circunstancias coincidirán o no; pero estos no expresan un criterio universal de valoración, salvo el que el propio orden jurídico impone y que la sociedad acata indefectiblemente.

Por otro lado, reconducir la legitimidad del principio de legalidad y la operatividad del riesgo permitido a la estimación social, pareciera maximizar la trascendencia que la opinión social presenta. Claramente la dimensión comunitaria y con ello el ideal democrático que rige la vida política de las personas, es un referente para las consideraciones jurídicas; pero esto no puede desconocer el factor pedagógico del Derecho penal y su función en la formación de parámetros sociales de conducta. Así, el contenido del principio de legalidad y el riesgo permitido que enmarcan el injusto típico, no sólo debiera fundarse en una valoración de estándares sociales, sino también en una valoración de estándares jurídicos (sobre todo porque son estos últimos los que sí logran ser socialmente vinculantes y exigibles). Siendo así, creemos que este complemento resulta necesario pues ayuda a contener la lógica de la racionalidad social, cuando esta podría valorar como positivas situaciones que se apartan de la dimensión de justicia material que inspira el sistema penal (los llamados mínimos indisponibles). Señalamos esto, pues es fácil constatar la existencia de aproximaciones relativistas en la fundamentación jurídica; incluso al tratarse de cuestiones mínimas como la dignidad humana.

En cuanto al contenido del riesgo permitido, ciertamente pareciera no existir un camino metodológico que precise su contenido de manera categórica. Sin embargo, pensamos que los intentos que se siguen al determinar las actividades riesgosas, no necesariamente suponen un proceder arbitrario, sino que, al igual de lo que ocurre en las medidas de política pública que se implementan para el desarrollo social, podríamos considerar que el contenido del riesgo permitido (que también impacta en este desarrollo) obedece a un criterio programático en su definición. Con ello, la remisión normativa dejaría de tener un cariz negativo de contrariedad a las garantías del principio de legalidad y, por el contrario, respondería a este criterio de fundamentación paulatina, convirtiéndola en un paso imprescindible que en todo caso contribuye a la perfección del sistema jurídico.

Con lo expresado, no se pretende rechazar la idea de la valoración social en la definición de los estándares de conducta. Hacerlo así, o desconocer la importancia del factor social en la sistemática jurídica, sería un despropósito. Es por este motivo que los planteamientos de Nuria PASTOR resultan tan encomiables y demuestran una brillantez significativa al deconstruir conceptos nucleares del Derecho penal y sobre todo al tratar de que sus categorías sean edificadas con claridad epistemológica. La obra objeto de esta recensión abre camino a muchos espacios de análisis, y hacen ver que en la reflexión jurídica son muy pocas las áreas donde todo está dicho.

InDret
4.2022

Ezequiel Vacchelli, Intervención delictiva. Significado y función del principio de accesoriedad*, Atelier, Barcelona, 2020, 410 páginas*

Leandro E. R. Massari
Universidad Nacional de Mar del Plata
leandro.massari@pjn.gov.ar

-

Quizás uno de los ámbitos más complejos y apasionantes en la ciencia del Derecho penal sea la teoría de la imputación. Determinar «quién responde», «cómo», y en «qué calidad» cada interviniente no es tarea que se agote en nuestra disciplina, ni mucho menos. En ese cautivador terreno se encuentra la obra de Ezequiel VACCHELLI, a quien conocí personalmente en el VI Encuentro de Jóvenes Penalistas organizado en la Universidad Nacional de Rosario (República Argentina) en el invierno del año 2019. En aquel momento, luego de escuchar e intercambiar ideas sobre intervención delictiva, advertí que me encontraba ante un «brillante y audaz penalista», adjetivación que supo rubricar Ricardo ROBLES PLANAS, una de las máximas autoridades de la dogmática penal actual (p. 18). Recuerdo que, en aquella oportunidad, el autor ya se encontraba trabajando en los ajustes finales de la obra que hoy me toca reseñar, la cual es producto final de su tesis doctoral, defendida en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona con la máxima calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

La obra es profunda, de alto y complejo nivel dogmático y se compone de cuatro extensos capítulos (caps. I-IV), dedicados al fundamento del injusto de la participación (I), la dimensión externa e interna de la accesoriedad (II y IV) y la intervención en la fase previa a la ejecución (III), más un capítulo introductorio dedicado a la presentación general del problema a estudiar —no enumerado— y las conclusiones finales (pp. 381-396). Por ende, corresponde adelantarle al lector que resulta una encomienda de imposible cumplimiento abordar y/o presentar las múltiples aristas que integran la investigación, quedando como única alternativa posible la selección unilateral y arbitraria de las principales conclusiones arribadas, que a mi juicio merecen ser presentadas.

Como bien adelanta el título de la obra, el autor se propone «dar un paso al frente» sobre uno de los ámbitos más oscuros y de mayor discusión en las últimas décadas de la dogmática penal: la intervención delictiva. Este ámbito es, en puridad, teoría de la imputación. Pero VACCHELLI parece posicionarse –por fortuna– dentro del grupo de penalistas que desde hace tiempo pregonan al abandono definitivo de las categorías tradicionales de autoría y participación. Sin perjuicio de ello, se advierte que a lo largo de la obra se utiliza esta terminología de manera recurrente. Como contracara, el autor avanza hacia una mejor categorización de la problemática a través del término «intervención». Esto implica adoptar un criterio de análisis bajo la contemplación global de un suceso determinado, alejándose del concepto de «autor directo» como punto de partida, conforme con las posiciones tradicionales y mayoritarias de la doctrina.

Entonces VACCHELLI escoge al principio de accesoriedad para delimitar su significado y función a la hora de intentar determinar quién responde y en «qué» calidad debe responder cada interviniente cuando se presenta la grave problemática de intervención plural en el delito, esto es, cuando hay distintos intervinientes involucrados desde la fase de preparación, principio de ejecución y/o consumación del verbo típico. La génesis conceptual desde donde se edifica la investigación se encuentra en la teoría de las normas (esto es, concepción de la norma como «directiva de conducta» y fundamentación de la norma como «expectativa institucionalizada»). En ese orden de ideas, el autor entiende que el principio de accesoriedad cumple una función prospectiva en el ámbito de la norma primaria (de comportamiento); y una función retrospectiva en el ámbito de la norma secundaria (de sanción), en efecto, el principio de accesoriedad vendría a cumplir una «doble función».

En esta línea, se presentan dentro del marco del registro «prospectivo» las razones de por qué «son verdaderas hipótesis de participación el favorecimiento y la inducción en la etapa pre-ejecutiva, la intervención en cadena y los preceptos que adelantan la barrera de punibilidad antes del comienzo de la tentativa del hecho delictivo» y por el lado de la norma secundaria, el registro «retrospectivo» cumple la función de «insertar la actividad individual del agente en el contexto del colectivo, actualizando su significado como una unidad de sentido» (p. 26). Para finalizar este segmento, el autor explora la relación de dependencia inversa, en los niveles fácticos y normativos, del autor hacia el partícipe, lo cual le permite afirmar la existencia de una «accesoriedad reflexiva», concepto absolutamente novedoso dentro de la teoría de la intervención. Esto significa que, para VACCHELLI, el resultado cumple la función de expresar, de manera definitiva, el sentido social de un hecho como obra del colectivo, habilitando –en el marco de la norma secundaria– la imputación recíproca de aportes a todos los intervinientes. Entiendo que el autor al referirse a la «función de expresar» se acerca a la terminología propia de los penalistas hegelianos del primer tercio y mediados del siglo XX (v. gr. «expresión de sentido»).

Uno de los puntos neurálgicos del trabajo se advierte en la búsqueda que se realiza en torno a un principio de accesoriedad normativamente acuñado, que permita identificar y derivar consecuencias sistemáticas de los respectivos momentos individuales y colectivos del *iter criminis* (p. 145). Sin embargo, para ello, el autor no se inclina de manera «completa» ni por el modelo restrictivo ni por uno extensivo/unitario de autor. De ambos rescata valiosos aportes a la teoría de la intervención delictiva. En este plano, resalta del primer modelo mencionado, la postulación de que los tipos penales de la Parte Especial deben ser interpretados restrictivamente, lo que aporta un concepto material de delito como intrusión en una esfera de organización ajena (p. 382); en relación a la segunda postura, considera que acierta al separar el análisis de la existencia de una contribución jurídico-penalmente relevante, de su posterior valoración en tanto autoría o participación, así, entiende que se brinda una coordenada clave referida a que todos los intervinientes se encuentran en un mismo nivel inicial como destinatarios de la imputación (p. 382).

Se puede señalar que es poco frecuente encontrar un penalista que navegue por estas aguas y no circunscriba su propuesta metodológica a un modelo de autoría determinado. Si bien VACCHELLI reivindica parcialmente los modelos tradicionales, no parece proponer una alternativa de superación (en cuanto modelo puro de autoría) que logre romper con la perspectiva «autorcéntrica» que, desde «su» óptica, arrastran las posiciones tradicionales. Para él, el verdadero «test» para una teoría de fundamento del injusto del partícipe se encuentra en el universo de casos que abarquen la intervención en la fase previa a la ejecución, cuando todavía

no existe ni el autor ni el tipo (p. 88). Por ende, la metodología quedará delimitada a partir de la distinción entre norma primaria y norma secundaria, tomando en cuenta la específica forma de participación.

Pero vale retornar al novedoso concepto de «accesoriedad reflexiva» ya presentado, y que concluye que, tanto desde un punto de vista fáctico como desde un punto de vista normativo, el devenir de la imputación del hecho al autor también dependerá de lo que haya hecho u omitido el resto del colectivo (p. 387). Este sería el momento donde operaría la «accesoriedad reflexiva», entendida como doble registro que opera por un lado para el partícipe y por otro para el autor, ya que recién podrá alcanzarse esta distinción cualitativa una vez transcurrido el hecho objeto de imputación. Nos encontraríamos entonces ante un principio de accesoriedad entendido como un «vínculo bidireccional dinámico» entre todos los intervinientes que produce una síntesis de aspectos individuales y colectivos, que habilitarían de manera reflexiva la imputación recíproca de aportes entre todos los intervinientes (conclusiones generales, p. VIII).

La obra también se ocupa de los problemas vinculados al ámbito de la intervención pre-ejecutiva. Así, a los efectos se separar entre intervenciones anteriores o concomitantes a la ejecución de un hecho, se descarta un criterio espacio-temporal de intervención, optando por uno de carácter normativo. Las intervenciones pre-ejecutivas serán aquellas en las que «el inductor o cooperador se desentiende del porvenir de su actividad en manos del ejecutor antes del estadio de la tentativa punible y, cuando éste se alcanza, el partícipe es incapaz de evitar que se produzca el resultado de su acción de tentativa» (p. 388). Por otro lado, en las concomitantes se superpondrá la acción y el resultado de las infracciones de las normas de comportamiento de todos los intervinientes, es decir, coincidirán en el tiempo la acción individual de tentativa acabada y la obra colectiva que alcanza el estadio ejecutivo. Así, VACCHELLI concluye que «el criterio determinante no es la presencia física del partícipe en el momento y lugar del hecho, sino si conserva o no la capacidad de retirar su aportación o motivación en el instante en que el autor se dispone inmediatamente a la realización del tipo delictivo» (conclusiones generales, p. X).

En el núcleo de los delitos especiales, VACCHELLI sostiene que el principio de accesoriedad rige plenamente tanto en el ámbito de los llamados delitos especiales impropios como especiales en sentido amplio –o de posición-. Sin embargo, en estos últimos la relevancia penal de la conducta permanece supeditada a que la calidad especial exigida en el tipo concurra en alguno de los intervinientes (p. 395). En relación con los delitos de infracción de deber en sentido estricto, VACCHELLI entiende que el *extraneus* realiza una intervención paralela que no se articula en una unidad de sentido con el ataque del obligado especial. Dicho de otro modo, el *extraneus* infringe un deber general de no impulsar delitos por mano ajena, derivado de las normas de la Parte General, pero que, por no encontrarse sancionado con pena, no puede ser castigado (p. 369).

Si bien resultaría insatisfactorio intentar dar cuenta de la totalidad de las particularidades presentadas por VACCHELLI en el ámbito de los delitos de infracción de deber, por lógicas razones de extensión, entiendo que este segmento de la obra se presenta como uno de los más interesantes para el diálogo científico. En este aspecto, el autor es categórico al afirmar que la norma secundaria (de sanción) solo puede alcanzar al agente normativamente competente para la afectación de la institución (p. 371). En efecto, para que la norma de sanción pueda extenderse al *extraneus* habrá de tipificarse expresamente (p. 378). Sobre este punto, entiendo que podrían ampliarse los argumentos expuestos si lo que se pretende es desplazar definitivamente las posiciones que consideran, a mi modo de ver correctamente, que el *extraneus* bien puede

contribuir de manera esencial a la comisión de un delito de infracción de deber. Ello, ya que, si bien el *extraneus* no podrá infringir «un» deber de carácter institucional, por no poseer la calidad de obligado especial requerido por la norma, sí puede infringir un deber general (*neminem laede*), lo que habilitaría, a diferencia de los que plantea el autor, la imputación a título de partícipe sin inconvenientes (v. gr. caso del secretario del juzgado que confecciona la sentencia falsa). En efecto, la falta de tipificación expresa reclamada para la operatividad de la norma secundaria, no resulta un argumento determinante que imposibilite la imputación y sanción, por ejemplo, conforme a las reglas de autoría y participación que aporta la parte general del Código Penal argentino.

A estas alturas, el ávido lector advertirá la sofisticación empleada tanto en el plano metodológico-sistemático presentado, como así también la profundidad que va adquiriendo la obra con el correr de las páginas en cuanto a fundamentos. En ese sendero, VACCHELLI se adelanta y ofrece respuestas en los tópicos pertinentes, respecto a las propuestas que en grandes pasajes realiza parte de la doctrina mayoritaria. Así, continuando con los problemas derivados de la intervención *extranei/intranei* –ampliamente discutida en la doctrina– se presenta el comportamiento de los *extranei* que no poseen el deber como una intervención inocua en relación al tipo especial, lo cual fundamenta la aplicación de la norma secundaria (pena) en relación al *intranei*. Sin embargo, esta intervención –como dije– no estaría permitida, derivándose su antijuridicidad de las normas de la participación. En esta línea, VACCHELLI refuta la insatisfactoria conclusión que alcanza una parte de la doctrina, respecto de que la conducta de los *intranei* carecería de cualquier sentido delictivo.

Intentamos no permanecer inertes a propuestas de estas características que invitan a desarrollar el pensamiento profundo de nuestra comunidad científica. Para ello, se intentó hacer especial hincapié en el andamiaje teórico que ofrece el pensamiento del autor, por demás novedoso, en el ámbito de la teoría de la imputación. Sin duda, VACCHELLI ha ofrecido buenos argumentos para determinar «quién» responde, además de abordar en qué medida la responsabilidad de uno depende de la del otro. Aquellos penalistas inquietos por el estudio profundo de la dogmática penal se encontrarán con una rigurosa investigación, cuyos cimientos provienen mayoritariamente de Alemania y que, sin lugar a dudas, logra dar «un paso al frente» en el complejo y tan apasionante ámbito de la teoría de la intervención delictiva.

InDret
4.2022

Réplica a la Recensión de Roberto Cruz Palmera a Los delitos de cohecho antecedente*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 603 páginas (InDret 3/2022)*

Cristina García Arroyo
Universidad de Sevilla
cgarcia21@us.es

-

La extensa y rigurosa recensión que realiza CRUZ PALMERA a mi obra titulada *Los delitos de cohecho antecedente*, en *InDret* 3/2022, denota una lectura detenida y pormenorizada. Por lo que no puedo más que manifestar mi agradecimiento por el esfuerzo realizado dado lo extenso de la obra recensionada. CRUZ PALMERA hace una descripción fiel por cada capítulo de la obra aportando en un breve resumen sus aspectos esenciales.

Aún con toda la loable labor descriptiva y analítica que realiza CRUZ PALMERA considero que en algunos puntos de sus consideraciones más personales sobre la obra difiere de la realidad que yo misma quise expresar, o simplemente es que mantiene una opinión contraria o distinta a la mía, cosa que no es más que la obligada tarea crítica y no meramente descriptiva de un penalista. No obstante, brindada la oportunidad de realizar una réplica, pretendo dar respuestas a dichas cuestiones que bajo mi punto de vista pueden servir para enriquecer el debate académico y doctrinal.

Ciertamente en el capítulo I, donde analizo el bien jurídico protegido en los delitos de cohecho, presento una revisión doctrinal del bien jurídico para los delitos contra la Administración pública. En ella afirmo que como bien jurídico categorial para ellos y en especial en el delito de cohecho que debe ser el correcto funcionamiento de la Administración pública. Pero precisamente la tradición doctrinal de mantener en los delitos de cohecho una postura dualista obligó a que mi planteamiento se iniciara con las posturas de RODRÍGUEZ DEVESA, CASAS BARQUERO Y MESTRE DELGADO, pasando posteriormente a criticarlas y sostener una posición monista personalista del bien jurídico, identificando un único objeto de tutela para todos los delitos de cohecho. Para ello, parto de las teorías de RUDOLPHI y OLAIZOLA NOGALES, pero con importantes matices que expongo en la obra. Al contrario que la mencionada autora, no mantengo un bien jurídico mediato para llegar a la protección del correcto funcionamiento de la Administración pública, sino que sostengo que, de manera directa, es este bien jurídico el afectado y que, de diversas maneras, esta afección se refleja en los intereses individuales del ciudadano. Precisamente este es el punto esencial sobre el que va a pivotar la defensa o no de los siguientes capítulos en cuanto a la capacidad lesiva o no de la conducta típica respecto del bien jurídico.

En el capítulo II CRUZ PALMERA expone, con respecto a la naturaleza jurídica y las conductas típicas, que nos encontramos con delitos plurisubjetivos, y efectivamente esa es mi postura. Ciertamente considero que las conductas típicas vienen constituidas como actos comunicativos que necesariamente requieren la presencia de dos sujetos: el emisor y el receptor. Es decir, el ofrecimiento/petición de soborno debe ser emitido por alguien y dirigido a alguien en tanto que

acto de interlocución, que la doctrina más tradicional denominaba «pacto corrupto». Ahora bien, como igualmente señalo, su configuración como delitos plurisubjetivos de encuentro/participación necesaria no implica que todos los sujetos involucrados en el acto comunicativo en cuestión deban ser objeto de sanción, porque, en atención al principio de legalidad, resulta perfectamente posible que las conductas puedan ser cometidas unilateralmente por uno solo de los sujetos necesariamente involucrados. Es decir, el acto de comunicación en el que consiste el cohecho exige necesariamente la existencia de un emisor y un receptor, pero ello no impide que el mensaje enviado no surta efecto en aquel que lo recibe, de modo que su conducta no encontraría acomodo en el tipo penal, y ello determina que pueda consumarse un delito de cohecho activo y no uno pasivo o viceversa. Obviamente la complejidad de los delitos de cohecho, y la amplitud de los tipos que adelanta sobremanera la intervención penal a espacios periféricos a la efectiva lesión del bien jurídico, me hizo analizar el concepto de corrupción que aporto en la monografía y que CRUZ PALMERA valora como aportación enriquecedora. Pero bajo mi punto de vista también se debiera aclarar al lector que lo verdaderamente útil del concepto pasa por dotar un contenido para que de algún modo pudieran restringirse tipos penales tan amplios a conductas que de verdad supusieran por lo menos un peligro al correcto funcionamiento de la Administración pública. De esta manera, se entrega el castigo del resto de conducta a otras vías del Ordenamiento Jurídico como es el Derecho administrativo sancionador.

CRUZ PALMERA describe, en mi opinión, de manera brillante y acertada el análisis de los capítulos III (relativo a los sujetos del delito de cohecho), IV (objeto material del delito) y V (tipo subjetivo), sin que, en relación con sus afirmaciones, pueda realizar réplica alguna, por cuanto recoge fielmente lo por mí sostenido.

Sin embargo, al analizar el capítulo VI, que trata del *iter criminis* y los concursos, afirma que sostengo un estudio sugerente sobre la tentativa, porque «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 capacidad lesiva como para legitimar la sanción penal en el ámbito del delito de cohecho», a lo que sí cabe responder ya que nada más lejos de la realidad. Lo que afirmo es que el delito de cohecho deja poco margen a las tentativas, ya que las conductas son tan anticipadas que con la mera solicitud por el funcionario o el mero ofrecimiento por el particular ya supone la consumación del delito, puesto que es de mera actividad. Las ulteriores conductas en ese caso se sitúan en el agotamiento material del delito, salvo que la solicitud o el ofrecimiento nunca lleguen al destinatario. Por lo que en ese caso solo podemos pensar que se haga por escrito y no por acto locutivo y que se intercepte previamente a llegar al destinatario, o no llegase por cualquier otra causa, pero no hay mucho más margen de tentativa en estos delitos de mera actividad. Distinto es que, si ya *per se* la amplitud del tipo nos obliga a criticarlo en algunas de sus conductas más anticipadas, por la escasa lesividad al bien jurídico, no podamos más que seguir con esa línea y abogar por lo mismo respecto a las posibles tentativas. Se evita así recurrir al Derecho penal como *prima ratio*; abogamos por solucionar dichas conductas mediante la sanción en vía administrativa. Y esta es mi postura independientemente de que la opinión personal de CRUZ PALMERA sea otra, como manifiesta en la propia recensión, y por ello le lleve a criticar en cierto modo mi obra en este punto porque como el mismo afirma «nuestros planteamientos sobre la tentativa difieren». Pero bajo mi punto de vista las posibilidades previas a la efectiva comisión del delito deben quedar amparadas por las posibilidades de preparación y

los actos preparatorios en los delitos de cohecho no son punibles, por lo que de igual modo tampoco deberían serlo las posibilidades de tentativa que planteo.

No puedo compartir la afirmación realizada por el autor de la recensión relativa a su sorpresa por la ausencia de una propuesta de solución al problema de la corrupción, porque, como efectivamente reconoce, a lo largo de toda la obra las planteo; desde la instauración de un sistema de compliance penal en la Administración pública, una Administración pública digital y sin papel, y sistemas específicos de control eficaces en la propia Administración pública de carácter interno. Sin embargo, entrar en esos aspectos excedería con mucho el trabajo realizado, no sólo por su ya importante extensión y porque supondría un incremento desmesurado sino porque, y a ello no hace referencia CRUZ PALMERA, la verdadera esencia de la obra, su finalidad y planteamiento, radican en aportar una interpretación totalmente restrictiva, en aras del principio de *ultima ratio*, de los tipos penales de *lege data* y por alguna derogación *lege ferenda*. Y ello se sustenta, precisamente en el bien jurídico protegido con el que iniciábamos esta respuesta y en la capacidad lesiva de muchas de las conductas típicas descritas en los distintos preceptos penales que, en modo alguno, conllevan afección del correcto funcionamiento de la Administración pública. Todo ello entendiendo, como es mi caso, que la aportación científica de un penalista nunca puede ser meramente descriptiva por dogmática que sea, sino que debe responder en todo momento a una visión crítica desde el más puro respeto a los principios básicos de un Estado democrático de Derecho, esencialmente desde la perspectiva del principio de intervención mínima, que determinaría la necesidad de dejar al margen del Derecho Penal conductas carentes de la mínima peligrosidad para el bien jurídico, y su traslado al ámbito del Derecho administrativo sancionador. Esa es, en mi opinión, la esencia de mi trabajo, la restricción, en lo posible, de la intervención penal a fin de respetar los principios básicos y esenciales de un Derecho penal propio de un Estado Democrático de Derecho. Y para ello, de manera pormenorizada se ha ido desgranando, uno a uno, cada elemento típico y sus posibles interpretaciones. Este planteamiento es el que ha presidido todo el trabajo y, por ello, se llegan a las conclusiones que se sostienen; y quizás esta es la parte que menos expone CRUZ PALMERA en su magnífica recensión, que aprovecho para agradecer por su especial interés y su exquisito y riguroso tratamiento con las discrepancias propias y sanas de cualquier penalista.

InDret
4.2022

"Encubrimiento adelantado" como complicidad mediante formas de conducta cotidianas o típicas de la profesión

Prof. em. Dr. Dr. h. c. Harro Otto
Universidad de Bayreuth
-

Sumario
-
El autor analiza el problema del castigo de ciertas formas de complicidad conocidas como "encubrimiento adelantado", realizadas mediante formas de conducta cotidianas o típicas de la profesión. En su opinión, parece poco convincente que un comportamiento —realizado después del hecho— no merezca ser castigado como encubrimiento, mientras que la promesa de la misma conducta efectuada antes del acto constituya "encubrimiento adelantado". Por eso, propone trasladar las reflexiones sobre el castigo o impunidad de ciertos grupos de casos de encubrimiento a las correspondientes situaciones de complicidad e intenta precisar mejor los límites de la punibilidad de la complicidad, que son cada vez más controvertidos en los casos de comportamientos "cotidianos", "neutrales", "socialmente adecuados", "típicos de la profesión" o "específicos de la profesión".

Abstract
-
The author analyses the problem of punishing certain forms of accessory participation known as 'advance concealment', performed through daily conduct or characteristic of a given profession. The author claims it is unconvincing to state that a behaviour - performed after the criminal act - does not deserve to be punished as concealment and state, at the same time, that the promise of the same conduct before the act constitutes 'advance concealment'. To solve this problem, the author proposes an analogy between the impunity of concealment scenarios and similar cases considered as accessory participation. He then tries to delineate the limits of the possibility of punishing through the lense of accessory participation, which is increasingly controversial in cases of 'everyday behaviour', 'neutral behaviour', 'socially appropriate behaviour', or behaviour which is 'typical of a profession' or 'specific to the profession'.

Abstract
-
Der Verfasser erörtert die Frage nach dem Strafgrund bestimmter als „vorgeleistete Strafvereitelung" bekannter Konstellationen der Beihilfe, die durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen geleistet wird. Er behauptet, es erscheine wenig überzeugend, ein nach der Tat verwirklichtes Verhalten nicht für strafwürdig gemäß § 258 StGB und dasselbe Verhalten vor der Tat jedoch als eine strafwürdige Beihilfe durch „vorgeleistete Strafvereitelung" zu halten. Zur Lösung dieses Widerspruchs schlägt er vor, die Überlegungen zur Strafbarkeit bzw. Straflosigkeit bestimmter Konstellationen der Strafvereitelung auf die entsprechenden Situationen der Beihilfe zu übertragen, und versucht, die Grenzen der in Fällen „alltäglicher", „neutraler", „sozialadäquater", „berufstypischer" oder „berufsspezifischer" Verhaltensweisen zunehmend umstrittenen strafbaren Teilnahme weiter zu präzisieren.

Title: *'Advance concealment' as accessory participation through 'everyday' behaviour or behaviour which is 'specific to the profession'*
Titel: *„Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe*
-

Palabras clave: encubrimiento, complicidad, comportamientos, cotidianos, neutrales
Keywords: *concealment, accessory participation, neutral everyday behaviour*
Stichwörter: *Strafvereitelung, Beihilfe, alltägliche neutrale Verhaltensweisen*

-

InDret

4.2022

Índice

-

1. Planteamiento del problema
2. El fundamento de la punibilidad de la complicidad y el "encubrimiento adelantado" como complicidad
2.1. El fundamento de la punibilidad de la complicidad
2.2. "Encubrimiento adelantado" como complicidad
a. "Encubrimiento adelantado" como complicidad psíquica
b. La problemática de la complicidad psíquica mediante el "fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho" del autor principal
c. Requisitos generales de la complicidad y "encubrimiento adelantado"
3. La exclusión de las conductas "cotidianas", "neutrales", "específicas de la profesión" o "profesionalmente adecuadas" del ámbito de la complicidad punible
3.1. Comportamiento socialmente adecuado
3.2. Adecuación profesional
3.3. Prohibición de regreso
3.4. La autorresponsabilidad como criterio de delimitación de la complicidad
3.5. El "sentido delictivo" y la "tendencia reconocible al hecho" como elementos constitutivos de la complicidad
a. El "sentido delictivo"
b. La "tendencia reconocible al hecho"
4. Conductas cotidianas específicas de la profesión realizadas con dolo eventual
4.1. Distinciones en el ámbito del dolo
4.2. La distinción en la jurisprudencia del BGH
4.3. Los límites del deber jurídico de omitir conductas específicas de la profesión
5. Las particularidades del "encubrimiento adelantado" desde el punto de vista de la complicidad
5.1. Desarrollo del enfoque subjetivo y límites objetivos
5.2. La delimitación objetiva del encubrimiento punible
5.3. Del encubrimiento a la complicidad
6. La demostración con un ejemplo: complicidad del empleado bancario en el fraude fiscal
6.1. Conductas específicas de la profesión realizadas con dolo eventual
6.2. "Acciones adelantadas de encubrimiento"
7. Conclusiones
8. Bibliografía
9. Sentencias

-

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

1. Planteamiento del problema[*] [**]

En el debate sobre los problemas del tipo penal de encubrimiento[***], Theodor LECKNER aborda casos que, según el texto de la ley, parecen caer en el ámbito del § 258 StGB, pero que en su opinión no pertenecen a ese campo: un empleado bancario advierte que un cliente del banco es un delincuente prófugo y, no obstante, le entrega, de su cuenta bancaria, el dinero necesario para la fuga; un empleado de una gasolinera le vende a un delincuente prófugo la gasolina necesaria para huir en vehículo cruzando la frontera; un posadero impide que sus huéspedes persigan a un criminal interponiéndose en su camino y exigiéndoles primero el pago de la cuenta.[1] Según el criterio de LECKNER, es insuficiente fundar la impunidad de estos casos haciendo referencia a que se trata de "formas de conducta cotidianas" o "comportamientos socialmente adecuados". Antes bien, él parte de la base de que "con el § 258 solo pueden prohibirse los comportamientos que constituyen una ayuda para el autor del hecho previo". Sin embargo, el concepto de ayuda en este sentido debe precisarse en relación con el fin de la norma, "porque la ley aquí solo persigue el objetivo limitado de evitar el encubrimiento por solidaridad con el autor del hecho previo".[2]

Sin embargo, la "ayuda al autor del hecho previo" como problema del tipo penal remite directamente a la "ayuda al autor", que es objeto de regulación de la complicidad (§ 27 StGB), ya que, según una opinión ampliamente compartida, esta también incluye ciertos casos de encubrimiento, a saber, los casos de "encubrimiento adelantado".[3] Estos son supuestos en los que alguien hace una aportación que, si bien es directamente irrelevante para la causación del resultado típico, resulta apropiada para dificultar la persecución penal posterior.[4] Por un lado, pertenecen a estos supuestos la entrega de una máscara o de un guardapolvo[5] para evitar que el autor sea reconocido por la víctima, la promesa de dar al autor una coartada en caso de una investigación policial posterior,[6] así como también el consejo de usar guantes durante el robo ya planeado para que no se pueda llevar a cabo ninguna identificación sobre la base de las huellas dactilares. Pero, por otro lado, también forman parte de este ámbito la promesa de alojar al autor después del hecho, de venderle alimentos o gasolina o de defenderlo, dado el caso, en un proceso penal iniciado contra él. Por cierto, este grupo de casos tiene en común que la punibilidad de los diversos tipos de comportamiento —si son cometidos después del hecho— es ampliamente discutida desde el punto de vista del encubrimiento.

Así pues, la problemática de la punibilidad de estos supuestos se plantea con mayor razón en el área de

---

[*] Traducción de Ignacio N. GUERRERO (Universidad de Buenos Aires) y José R. BÉGUELIN (Universidad de Buenos Aires) del original en alemán «‚Vorgeleistete Strafvereitelung' durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe», publicado en ESER / SCHITTENHELM / SCHUMANN (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, Beck, Múnich, 1998, pp. 193-225.

[**] Hasta su jubilación, el autor fue titular de la cátedra de Derecho penal, procesal penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Bayreuth. Los símbolos §§ sin referencia a ninguna ley remiten al Código Penal alemán (StGB).

[***] N. de t.: En el original alemán, "*Strafvereitelung*", es decir, "frustración de pena". A efectos de facilitar la lectura, se ha preferido traducirlo como "encubrimiento".

[1] LENCKNER, «Zum Tatbestand der Strafvereitelung», *Schröder-GedS*, 1978, pp. 355 s.

[2] LENCKNER, *Schröder-GedS*, p. 356.

[3] Fundamental respecto del "encubrimiento adelantado": CLASS, «Die Kausalität der Beihilfe», *Stock-FS*, 1996, pp. 116 ss., quien, sin embargo, con respecto a la versión aplicable en ese momento del § 257 StGB, habla de un "favorecimiento adelantado" y juzga los casos relevantes de *lege lata* como impunes; al respecto, cf. ROXIN, «§ 27», *LK*, 11ª ed., 1992 ss., nm. 12.

[4] Al respecto, cf. ROXIN, «§ 27», *LK*, 11ª ed., 1992 ss., nm. 12; EL MISMO, «Was ist Beihilfe?», *Miyazawa-FS*, 1995, p. 506.

[5] Cf. *RGSt.* 8, p. 267.

[6] Cf. BGH *NJW* 1951, p. 451.

la complicidad, pues parece poco convincente que un comportamiento —realizado después del hecho— no merezca ser castigado como encubrimiento, mientras que la promesa de la misma conducta efectuada antes del acto constituya "encubrimiento adelantado". En esta situación, parece conveniente trasladar las reflexiones de Theodor LECKNER sobre la punibilidad o impunidad de ciertos casos de encubrimiento a las correspondientes situaciones de complicidad y examinar la cuestión de si, desde su enfoque metodológico, se pueden precisar mejor los límites de la punibilidad de la complicidad, que son cada vez más controvertidos en los casos de comportamientos "cotidianos", "neutrales", "socialmente adecuados", "típicos de la profesión" o "específicos de la profesión".

2. El fundamento de la punibilidad de la complicidad y el "encubrimiento adelantado" como complicidad

En lo sustancial, hoy en día existe un amplio consenso acerca de que el fundamento de la punibilidad de la complicidad se halla en el fomento del hecho principal a través de la propia agresión al bien jurídico por parte del cómplice, cuya eficacia depende, sin embargo, del hecho principal.[7] No obstante, se discute incluso qué debe entenderse por fomento en este sentido.

2.1. El fundamento de la punibilidad de la complicidad

El § 27 StGB considera cómplice a aquel que dolosamente presta ayuda a otro para que cometa dolosamente un hecho antijurídico. No obstante, se discute si la prestación de ayuda debe haber sido (con)causa del hecho principal o de la acción del autor o si la contribución solo debe haber favorecido la acción del autor, sin necesidad de ser causa del hecho principal en sí. Mientras que la doctrina dominante hace hincapié en la exigencia de la "causalidad de la complicidad",[8] la jurisprudencia de los tribunales superiores rechaza este requisito y solamente exige que el cómplice "promueva" o "facilite" el hecho.[9] Pero también dado que la doctrina dominante no requiere una contribución causal del cómplice en el sentido de una *conditio sine qua non*, sino que considera suficiente para la causalidad de la complicidad que esta haya "permitido, facilitado, acelerado o intensificado el hecho principal",[10] la discusión entre la doctrina dominante y la jurisprudencia de los tribunales superiores resulta ser un "problema aparente",[11] puesto que la diferencia radica mucho más en la elección de las palabras que en la sustancia.[12] De igual manera, las diferencias materiales de estas doctrinas se disuelven con la opinión

---

[7] Al respecto, KÜHL, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1997, § 20, nm. 132; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 22ª ed., 1997, previo al § 20 nm. 8; OTTO, *Grundkurs Strafrecht, AT*, 5ª ed., 1996, § 22, nm. 7; STRATENWERTH, *Strafrecht, AT I*, 3ª ed., 1981, nm. 858. Acentúan la causalidad con más fuerza: BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, AT*, 10ª ed., 1995, § 31, nm. 3; CRAMER, «Vor 25 ss.», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 25ª ed. 1997, nm. 17; JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht, AT*, 5ª ed., 1996, § 64 I 2; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, AT 2*, 7ª ed., 1989, § 50, nm. 57; ROXIN, «Zum Strafgrund der Teilnahme», *Stree/Wessels-FS*, 1993, pp. 369 ss.; RUDOLPHI, «Strafbarkeit der Beteiligung an den Trunkenheitsdelikten im Straßenverkehr», *GA* 1970, p. 365; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 115; WESSELS, *Strafrecht, AT*, 27ª ed., 1997, nm. 552.

Respecto de conceptos diferentes cf. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 64 I 1, 3; OTTO, *Grundkurs Strafrecht, AT*, § 22, nm. 3 ss.

[8] Al respecto, cf. JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1991, 22/34; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 64 III 2c; LACKNER/KÜHL, StGB, 22ª ed., 1997, § 27, nm. 2; LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, 1972, p. 75; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT 2*, § 52, nm. 19; ROXIN, *Miyazawa-FS*, pp. 501 s.; CRAMER, «§ 27», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 25ª ed. 1997, nm. 10; SPENDEL, «Beihilfe und Kausalität», *Dreher-FS*, 1977, pp. 185 ss.; TRÖNDLE, *StGB*, 48ª ed., 1997, § 27, nm. 2; WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, 1995, pp. 105 ss.

[9] Cf., p. ej., *RGSt* 6, p. 169; 11, 56, 63; 58, 113, 114 s.; 67, 191, 193; 73, 151, 153, 154; *BGHSt* 2, pp. 129, 131; 8, pp. 390, 391; BGH *NStZ* 1985, p. 318; BayObLGSt 1959, pp. 132, 138; OLG Hamburg *JR* 1953, p. 27; OLG Karlsruhe *NStZ* 1985, p. 78; coincidente: V. WEBER, «Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund», *JZ,* 1951, p. 86; WESSELS, *AT*, nm. 582.

[10] JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 64 III 2c, con más referencias bibliográficas en la nota 48.

[11] ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 502.

[12] JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 64 III 2c.

de que la complicidad se interpreta como un incremento del riesgo para el bien jurídico amenazado por el autor que se realiza en la lesión del bien jurídico por parte de este.[13] Cuando se afirma que la prestación de ayuda posibilitó, facilitó, intensificó el resultado o aseguró su éxito, fue útil para el autor en la ejecución del hecho, mejoró su situación o lo ayudó en este sentido, no se dice, en términos generales, otra cosa que que la complicidad ha aumentado realmente las posibilidades de un menoscabo al bien jurídico por parte del autor porque él, con su comportamiento, ha aumentado el riesgo para los bienes jurídicos amenazados. Sin embargo, dado que —en los delitos de comisión— un incremento del riesgo, como todo incremento real del peligro, requiere la puesta en marcha de una cadena causal, no es posible percibir una diferencia material entre, por un lado, afirmar que la complicidad es una conducta por medio de la cual el cómplice "ha incrementado el peligro para el bien jurídico que se ha realizado en la lesión de ese bien jurídico"[14] y, por el otro, caracterizar la complicidad, como lo hace ROXIN, "como un ataque accesorio al bien jurídico mediante un incremento causal del riesgo".[15] Por su parte, se integra en esta misma línea la afirmación del BGH de que "puede existir complicidad en la estafa ya cuando alguien voluntariamente le da al autor un medio crucial y, por tanto, incrementa conscientemente el riesgo de que se cometa un... hecho principal precisamente mediante el uso de ese instrumento".[16] No obstante, es una ventaja ceñirse a la prueba del incremento del riesgo que se ha realizado en el resultado, porque este requisito obliga a demostrar que el cómplice ha prestado ayuda o bien que ha favorecido el hecho principal, y prohíbe suponer que el "cómplice" ha fomentado el hecho cuando ni siquiera ha incidido en la situación de riesgo o cuando la prestación del cómplice llegó a su fin antes de que se produjera el resultado (o en el caso de la tentativa, antes de que esta comenzara) y de ningún modo siguió teniendo efectos. Ello es así porque con una interpretación tan "amplia" del concepto de ayuda se socava la decisión del legislador de dejar impune la tentativa de complicidad. Así se hace imposible delimitar la tentativa de complicidad, la complicidad en la tentativa y la complicidad en el delito consumado; y los límites de la responsabilidad penal se diluyen en perjuicio del autor.[17] El Tribunal del Imperio sucumbió reiteradas veces a este peligro[18] y el intento de interpretar la complicidad como un delito de peligro abstracto[19] también conduce inevitablemente a que los casos de tentativa de complicidad se identifiquen con los de complicidad consumada debido a la renuncia a demostrar que el comportamiento del cómplice realmente ha incrementado el riesgo.[20]

Por lo tanto, dejando de lado las diferencias terminológicas, la complicidad puede caracterizarse como un comportamiento del cómplice que ha incrementado aquel riesgo que el autor principal ha realizado en el menoscabo de bienes jurídicos protegidos. En cambio, es problemática la cuestión de si los supuestos individuales, en particular los casos de "encubrimiento adelantado", obligan a limitar esta caracterización de la complicidad por medio de otros elementos.

---

[13] Cf. OTTO, *Grundkurs Strafrecht, AT*, § 22 nm. 53; EL MISMO, «Straflose Teilnahme?», *Lange-FS*, 1976, p. 210; RANFT, «Das garantiepflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung», *ZStW*, (97), 1985, pp. 284 ss.; SCHAFFSTEIN, «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe», *Honig-FS*, 1970, pp. 182 ss.; STRATENWERTH, *AT I*, nm. 898.

[14] OTTO, *Grundkurs Strafrecht, AT*, § 22, nm. 53.

[15] ROXIN, «§ 27», *LK*, 11ª ed., 1992 ss., nm. 5. Coincidente: JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 64 III 2c.

[16] BGH *NJW*, 1996, p. 2517.

[17] Al respecto, cf. también ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 504.

[18] Al respecto, ver referencias en JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 64 III 2c; ROXIN, *Miyazawa-FS*, pp. 503 s.

[19] Así, HERZBERG, «Herzberg Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände», *GA*, 1971, p. 7.

[20] Para una crítica de esta concepción, cf. también ROXIN, *Miyazawa-FS*, pp. 504 s.; SAMSON, «Die Kausalität der Beihilfe», *Peters-FS*, 1974, pp. 126 s.; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 147 ss; VOGLER, «Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat», *Heinitz-FS*, 1972, pp. 298 ss.

2.2. "Encubrimiento adelantado" como complicidad

a. "Encubrimiento adelantado" como complicidad psíquica

Aquel que entrega a una persona decidida a cometer un delito una máscara para la ejecución del hecho, le promete una coartada, le aconseja llevar guantes durante la ejecución del hecho, se compromete a alojarla o a venderle copias de llaves o gasolina para fugarse después del hecho, o como abogado le promete defenderla en el proceso penal por ese hecho, no incrementa el riesgo para el bien jurídico amenazado a través de la facilitación objetiva de la ejecución del hecho. El agente ni presta servicios que le faciliten objetivamente al autor principal la ejecución del hecho (complicidad física), ni tampoco facilita la ejecución del hecho prestando asesoramiento útil (asesoramiento técnico).[21] Solo puede entrar en consideración una complicidad psíquica a través de un "fortalecimiento de la decisión al hecho" del autor principal. Sin embargo, la posibilidad de una complicidad psíquica es, de antemano, básicamente controvertida.

b. La problemática de la complicidad psíquica mediante el "fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho" del autor principal

La complicidad psíquica mediante el "fortalecimiento de la decisión al hecho" concurre cuando alguien fortalece la decisión de cometer el hecho del autor principal, lo disuade de los últimos escrúpulos o le da una mayor sensación de seguridad.[22] No obstante, estos casos remiten al mismo tiempo a la problemática de la complicidad psíquica, porque dado que esta, mediante el "fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho", solo entra en consideración en los casos de *omnimodo facturus*, resulta dudoso, por un lado, que sea posible comprobar la causalidad de este tipo de efectos en el resultado o en la conducta del autor principal, de modo que esta clase de complicidad crea, en principio, dificultades de prueba insuperables.[23] Por otro lado, se afirma que la complicidad mediante el "fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho" incide en el autor, pero no en el hecho. No obstante, la incidencia sobre el autor fue incluida por el legislador en el § 27 StGB como inducción. A su vez, es requisito de la inducción el determinar al autor a que cometa el hecho. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la determinación o provocación de la decisión de cometer el hecho, el legislador ha dejado impune precisamente la forma más débil, es decir, el "fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho".[24]

Esta crítica se justifica en la medida en que quien está decidido a cometer el hecho de manera definitiva no puede estar aún "más decidido" por expresiones de ovación, aprobación o solidaridad. Por tanto, en contra de la opinión del Tribunal Federal alemán (BGH),[25] la mera solidaridad con el autor, el manifestar aprobación respecto de su proceder o el expresar simpatía por su comportamiento no pueden fundar

[21] SAMSON, «§ 27», *SK I*, actualizado a junio de 1997, nm. 13. De otra opinión, RANSIEK, «Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht. Der Dresdner Bank-Fall und andere Beispiele», *wistra*, 1997, p. 41, nota 4: "se promueve el hecho porque se hace posible que sea llevado a cabo con la perspectiva de una ulterior finalización exitosa". Sin embargo, en los casos aquí relevantes esta conclusión ya no se refiere al hecho, sino a momentos posteriores al hecho.

[22] Al respecto, cf. *BGHSt* 8, pp. 390, 391; BGH *NJW,* 1951, p. 451; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 64 III 2a; CRAMER, «§ 27», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 25ª ed. 1997, nm. 12.

[23] Cf. SAMSON, «§ 27», *SK I*, nm. 15.

[24] Cf. HRUSCHKA, «Anmerkung zu der Entscheidung BGHSt 31, 136», *JR*, 1983, pp. 178 s.

[25] Cf. *BGHSt* 31, p. 136.

una complicidad punible.[26] HRUSCHKA[27] señala convincentemente que, de acuerdo con la concepción general, a nadie se le ocurriría la idea de que cualquiera que exprese a otra persona su aprobación respecto del hecho de que esté quitando la nieve de su puerta, la está "ayudando" a quitar la nieve. No obstante, esta afirmación no explica la decisión de descartar por completo la posibilidad de una complicidad mediante el fortalecimiento de la decisión del autor principal de cometer el hecho, ya que incluso la prestación de asesoramiento técnico incide solo sobre la psique del autor e incrementa el riesgo para el bien jurídico. Por lo tanto, la tesis de que la complicidad requiere una influencia sobre el hecho y que la inducción presupone una influencia sobre el autor no es en absoluto adecuada para definir límites claros a la complicidad. Y, en principio, no es indemostrable la causalidad de las acciones que fortalecen la decisión de cometer el hecho. Esto es evidente en la intensificación de la lesión al bien jurídico. Quien aconseja al autor que quiere poner fin al hecho ya iniciado que siga golpeando a la víctima o, si está cometiendo un hurto, que se lleve algunas cosas más, no lo determina a cometer un nuevo hecho, sino que crea el riesgo adicional de que se intensifique la lesión de los bienes jurídicos. De la misma manera, se puede demostrar que el riesgo para el bien jurídico protegido aumenta cuando alguien disipa las dudas del autor sobre la forma de cometer el hecho.[28] Por el contrario, son problemáticos los denominados casos de estabilización de la decisión de cometer el hecho. En estos también es imaginable un incremento del riesgo, pero es probable que ello ocurra en situaciones excepcionales, como p. ej. cuando al autor, del que se sabe que es inconstante, se le proveen otros motivos sólidos para cometer el hecho o se le asegura resguardo frente a la persecución penal.

El peligro de la complicidad por "fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho" del autor no se basa, pues, en la construcción en sí, sino más bien en el hecho de que la jurisprudencia va demasiado lejos cuando acepta esta forma de complicidad[29] e ignora los requisitos básicos de la complicidad. En la complicidad por "fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho" tampoco se debe pasar por alto que *la complicidad solo puede verse en aquellas formas de comportamiento con las que el cómplice ayuda al autor a poner en práctica el plan del hecho y, al hacerlo, incrementa las posibilidades y, por tanto, el riesgo de menoscabo de los bienes jurídicos*. En los casos de complicidad por "fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho" debe probarse, de la misma manera que en todos los demás casos de complicidad, que la conducta del cómplice respecto de la ejecución del plan ha incrementado el riesgo de lesión de los bienes jurídicos.

c. Requisitos generales de la complicidad y "encubrimiento adelantado"

Las conductas de "fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho" a través de un "encubrimiento adelantado" a las que se ha hecho referencia —la entrega de una máscara para la ejecución del hecho, la promesa de una coartada, el consejo de llevar guantes, la promesa de alojamiento, el suministro de alimentos o gasolina para una fuga o la promesa de una defensa penal— pueden considerarse sin duda actos de complicidad si cumplen los requisitos generales de esta última, a menos que estén excluidos de este ámbito por razones fundamentales.

Tal exclusión prácticamente no se da cuando se proporciona una máscara para la comisión del hecho, cuando se promete una coartada o cuando se aconseja al autor que use guantes mientras ejecuta el

[26] Cf. también KÜPER, «Die gemeinschaftliche Körperverletzung im System der Konvergenzdelikte», *GA*, 1997, p. 324; ROXIN, *Miyazawa-FS*, pp. 506 ss.; EL MISMO, «§ 27», *LK*, 11ª ed., 1992 ss., nm. 13.

[27] HRUSCHKA, *JR*, 1983, p. 178.

[28] Al respecto, cf. OTTO, *Grundkurs Strafrecht, AT*, § 22, nm. 56; ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 506; EL MISMO, «§ 27», *LK*, 11ª ed., 1992 ss., nm. 13.

[29] Al respecto, KÜPER, *GA*, 1997, p. 324; ROXIN, *Miyazawa-FS*, pp. 507 s.

hecho. Por el contrario, en los casos de la promesa de alojamiento, la venta de alimentos o gasolina o la promesa de defensa técnica después del hecho, parece problemático determinar si esas conductas, que cuando el actuante desconoce el contexto de actuación podrían considerarse "socialmente adecuadas", "neutrales" o "específicas de la profesión", se convierten realmente en un acto de complicidad punible cuando quien actúa tiene tal conocimiento. Se plantea la disyuntiva de si estos supuestos indican o bien que el incremento del riesgo es un requisito necesario pero no suficiente de la complicidad o bien que los casos de "encubrimiento adelantado" presentan particularidades que deben tenerse en cuenta adecuadamente en la valoración jurídico-penal de los hechos.

3. La exclusión de las conductas "cotidianas", "neutrales", "específicas de la profesión" o "profesionalmente adecuadas" del ámbito de la complicidad punible

A pesar de que la jurisprudencia de los tribunales superiores ha tenido que ocuparse reiteradamente de las conductas específicas de cada profesión,[30] hasta ahora no ha abordado como problemática independiente el problema de la complicidad mediante conductas específicas de la profesión ni tampoco mediante conductas "cotidianas" o "neutrales". Por el contrario, en una sentencia de 1985, el Tribunal Superior Federal (BGH) destacó expresamente que la complicidad puede prestarse en las formas más diversas, incluso mediante actos externamente neutrales, "como, p. ej., colaborando estrechamente con el autor principal en una empresa, lo que, según la experiencia, puede significar para él un apoyo psíquico".[31] No obstante, más adelante, en posteriores casos, se basó en las circunstancias concretas de cada caso particular. En cambio, en la doctrina, la complicidad mediante actos "neutrales" o "específicos de la profesión" —independientemente de que, directamente o como "encubrimiento adelantado", incremente el riesgo para el bien jurídico protegido— se considera un problema fundamental y se intenta encontrar una solución aceptable de manera general para la complicidad y los diversos grupos de casos.

3.1. Comportamiento socialmente adecuado

Según la teoría de la adecuación social fundada por WELZEL, los comportamientos que forman parte del orden social histórico "normal" de la vida no constituyen actos típicos lesivos, ni siquiera cuando van seguidos de una lesión de los bienes jurídicos. WELZEL señala expresamente como negocios socialmente adecuados "los que se sitúan en el marco de un manejo adecuado, aunque resulten ser desventajosos".[32]

Es evidente que los comportamientos cotidianos y usuales deben ser irrelevantes para el Derecho penal, incluso si han dado lugar a un menoscabo de los bienes jurídicos en el caso particular, porque, de lo contrario, todo tipo de relación social quedaría paralizada. Sin embargo, es problemática la cuestión de si todavía se puede hablar de un comportamiento cotidiano y usual cuando las consecuencias perjudiciales no solo son abstractamente predecibles, sino también conocidas. Por lo tanto, el problema fundamental de los comportamientos socialmente adecuados no radica en que sean impunes, sino en determinar qué debe considerarse como socialmente adecuado. El "concepto" de comportamiento socialmente adecuado no denota un comportamiento conceptualmente delimitable, sino que presupone una evaluación, pero no devela sus criterios. En este sentido, la crítica de FRISCH de que es

[30] Cf. el resumen en WOLFF-RESKE, *Verhalten*, pp. 41 ss.

[31] BGH 3 StR 525/84, sentencia del 23/1/1985, p. 9. Al respecto, también MESSNER, *DB*, 1996, p. 2198.

[32] WELZEL, *Lb.*, pp. 55 s. Al respecto, en profundidad, MOOS, «Sozialadäquanz und objektive Zurechnung bei Tatbeiträgen im Finanzstrafrecht», en LEITNER (ed.), *Aktuelles zum Finanzstrafrecht*, 1996, pp. 88 ss.

una "construcción extremadamente imprecisa"[33] es completamente atinada. El recurso a los "negocios cotidianos", a las "conductas específicas de la profesión" o "habituales" oculta el problema, puesto que tales referencias hacen pensar en casos penalmente irrelevantes, pero no dan ninguna indicación de cuándo un supuesto "habitualmente" irrelevante desde el punto de vista penal puede ser excepcionalmente relevante para el Derecho penal. En general, está bastante claro que la venta de un cuchillo por parte de un vendedor de artículos para el hogar es socialmente habitual y adecuada, aun cuando cualquiera sabe que los cuchillos pueden ser utilizados como armas mortales en determinados casos. Sin embargo, puede haber mayores dudas sobre si el negocio es socialmente habitual cuando se le vende el cuchillo a un comprador que arrastra a una víctima que está gritando y el comprador anuncia en voz alta que quiere cortarle el cuello "aquí mismo" con el cuchillo. ARZT concluye atinadamente: "El droguero que vende pesticidas a una mujer sabiendo que ella los quiere para matar a su marido es partícipe en el homicidio doloso. La participación en un homicidio simplemente no es parte de su negocio habitual".[34]

Así como es correcto afirmar que el comportamiento "cotidiano" o "típico de la profesión" no es punible en cuanto comportamiento socialmente adecuado, también es peligroso equiparar las acciones realizadas cotidianamente con aquellas acciones de las cuales el actuante sabe que promueven, posibilitan o facilitan la comisión de un delito. Ningún comportamiento es jurídicamente comprensible si se lo separa del conocimiento y la voluntad del actuante. Solo el objetivo y el propósito de aquel otorgan al comportamiento su significado, es decir, a las acciones externamente neutrales también se les puede dar, bajo ciertas circunstancias, una referencia de sentido delictivo.[35]

Así como, p. ej., es correcto considerar que prestarle un encendedor a alguien que quiere encender un cigarrillo es un comportamiento socialmente habitual, sería inapropiado hacer la misma valoración en el caso de quien presta un encendedor a alguien que lo necesita para incendiar una casa.

3.2. Adecuación profesional

HASSEMER ha examinado el significado de la adecuación profesional para el Derecho penal retomando, no solo terminológica sino también materialmente, la idea de la adecuación social.[36] No obstante, su exhaustivo trabajo genera considerables dudas sobre el hecho de que la idea de la adecuación profesional conduzca a la impunidad de conductas cuya naturaleza peligrosa para los bienes jurídicos es conocida por los intervinientes. Según su concepción, la adecuación profesional describe "acciones profesionales normales, neutrales, socialmente aceptadas y orientadas a los reglamentos, que no necesitan ocultarse del análisis y la valoración del derecho penal porque no neutralizan sus normas, sino que las complementan, las delimitan, las concretan y las relacionan con determinados campos de acción social, sin contradecir las prohibiciones del Derecho penal".[37] Es convincente que este comportamiento tiene que ser impune. Pero, de nuevo, es problemática la cuestión de qué tipos de comportamientos pueden clasificarse aquí y sobre todo si puede incluirse también el comportamiento cuya naturaleza peligrosa para los bienes jurídicos es conocida por quien actúa. Los indicios

[33] FRISCH, *Tatbeständsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 296.

[34] ARZT, «Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung», *NStZ*, 1990, p. 3.

[35] Respecto de las críticas, en profundidad: FRISCH, *Verhalten*, pp. 276 ss.; HEFENDEHL, *«Examensklausur Strafrecht: Der mißbrauchte Farbkopierer», Jura*, 1992, pp. 376 s.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht, AT*, § 22, nm. 69; RANSIEK, *wistra*, 1997, p. 42; ROXIN, «Bemerkungen zum Regreßverbot», *Tröndle-FS*, 1989, p. 197; EL MISMO, *Miyazawa-FS*, pp. 513, 515; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 56; TAG, «Beihilfe durch neutrales Verhalten», *JR*, 1997, p. 52; WOLFF-RESKE, *Verhalten*, pp. 65 s.

[36] HASSEMER, «Professionelle Adäquanz Teil I und II», *wistra*, 1995, pp. 41 ss., 81 ss.

[37] HASSEMER, *wistra*, 1995, p. 85.

mencionados por HASSEMER de que la acción profesional ya no tiene la bendición del Derecho penal hablan más bien en contra de ello:

- "Los pormenores de la actividad profesional no son compatibles con el texto de una ley penal (método gramatical de interpretación de la ley);
- La voluntad perceptible del legislador contradice la práctica (método subjetivo-histórico);
- Una práctica determinada está en contradicción con el sentido y el fin del derecho penal (método objetivo-teleológico);
- El ejercicio profesional no puede conciliarse con la tradición de interpretación judicial que sigue considerándose correcta (vinculante a través de la jurisprudencia y los programas informales);
- La práctica se adecúa al programa normativo del Derecho penal en cuanto ley e interpretación, pero produce consecuencias que violan los principios constitucionales o penales (toma en consideración las consecuencias)".[38]

Estos indicios pueden tener una considerable importancia en determinados casos. Sin embargo, no son de ayuda en casos que son abarcados por el tipo penal literal, pero en los que se discute si se afecta al fin de protección del tipo.

3.3. Prohibición de regreso

JAKOBS parte de la teoría de la prohibición de regreso, la cual niega que el comportamiento *per se* inocuo pueda tener el significado de ser parte de una organización delictiva si otra persona lo desvía hacia un contexto delictivo.[39] Considera, por consiguiente, que el comportamiento de un "interviniente" no es punible "cuando ese comportamiento, en el momento de su ejecución, no depende en absoluto de que se lleve a cabo la acción de quien realiza el tipo".[40] Entonces, el "interviniente" no responde cuando, si bien actúa junto con el autor, el contacto social se agota en la prestación de un objeto y la realización de los fines subjetivamente perseguidos queda como un asunto separado de cada uno de los intervinientes, de modo que el acto delictivo no se convierte en el sentido común de la acción. Como ejemplo de tales situaciones, JAKOBS menciona los intercambios comerciales de la vida cotidiana. Así, el panadero no responde como partícipe de un homicidio si, al vender un pan, sabe que el comprador envenenará el producto y luego se lo servirá a sus invitados. Lo mismo rige para el prestamista, quien no responde por el uso delictivo de las divisas, y para el taxista con relación a los hechos delictivos del pasajero en el lugar de llegada o de partida.[41]

Estos casos generan por sí solos más dudas que aprobación, porque, p. ej., en el asesinato utilizando un pan envenenado, no es en absoluto evidente que solo deba ser castigado quien suministró el veneno, y no el que suministró los panes con conocimiento de la situación.[42] Lo mismo vale en el caso de la concesión de un préstamo. En el caso de un prestamista privado que financia la compra de un arma homicida no debería haber dudas sobre su responsabilidad penal, incluso cuando sea demostrara que el autor podría haber encontrado otro prestamista. La referencia al intercambio fluido de bienes a duras penas justifica una valoración fundamentalmente diferente en el caso del prestamista profesional que

[38] HASSEMER, *wistra*, 1995, p. 86.

[39] JAKOBS, «Akzessorietät, zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *GA*, 1996, p. 260.

[40] JAKOBS, *AT*, 24/15.

[41] JAKOBS, *AT*, 24/17; EL MISMO, *GA*, 1996, pp. 261 s. Idéntico en las conclusiones: MOOS, en LEITNER (ed.), *Finanzstrafrecht*, p. 106, que sin embargo concluye en la impunidad de estos casos porque falta la relación de ilícito entre estos "actos de participación" y el hecho principal.

[42] Cf. también FRISCH, *Verhalten*, pp. 320 ss.; ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 514.

conoce el uso previsto. Finalmente, no se puede negar que los desplazamientos en taxi[43] pueden facilitar la concreta comisión del hecho o bien proporcionar seguridad al autor al alejarlo del lugar del hecho, de modo que en el caso concreto sin dudas puede haber un favorecimiento del hecho principal a través de su facilitación o del fortalecimiento de la decisión de cometerlo. Si, pese a ello, JAKOBS toma una decisión básica diferente respecto de estos casos, ello se debe a que él considera que el fundamento punitivo material de la participación no consiste (solo) en el incremento del riesgo jurídicamente reprobado para el bien jurídico protegido, sino en establecer una "relación de comunidad" delictiva entre el autor principal y el cómplice, una "organización conjunta" punible como coautoría. Empero, este requisito de la organización conjunta para la agresión al bien jurídico no se deduce de la ley. La accesoriedad de la participación está suficientemente legitimada debido a que la eficacia de la contribución del partícipe depende de la contribución del autor principal al hecho. Aquí lo relevante es la protección de determinados bienes jurídicos frente a las agresiones indirectas. No obstante, de la ley no se deduce que estas agresiones tengan que ser organizadas conjuntamente con miras a menoscabar bienes jurídicos de manera específica y deliberada. Por consiguiente, se discute si la ayuda debe ser reconocible para el autor principal.[44]

3.4. La autorresponsabilidad como criterio de delimitación de la complicidad

SCHUMANN no requiere ninguna organización consensuada del hecho por parte del cómplice y el autor principal como elemento constitutivo de la participación, pero sí una solidaridad del cómplice con el autor principal. Dado que el principio de autorresponsabilidad en el que se basa la imputación penal limita la responsabilidad de quien actúa, en principio, a su propia conducta, a menos que el legislador haya ampliado la responsabilidad excepcionalmente, SCHUMANN no reconoce en la mera participación en el ilícito un fundamento suficiente para la punibilidad de la participación. Pues aun cuando se aceptase la punibilidad de la participación como una quiebra excepcional del principio de responsabilidad,[45] esa excepción requiere de una justificación especial. Esta radica en que, por medio de su contribución, el partícipe se solidariza con el ilícito ajeno. Por tanto, aquel comportamiento típico de la profesión, que carece de esa referencia, quedaría impune como participación, aun cuando, por lo demás, pueda interpretarse como una intervención en el ilícito del autor principal.[46] Son criterios de solidaridad la proximidad de la contribución con el hecho principal, el favorecimiento del hecho ajeno en su núcleo ilícito, la acción del cómplice con motivo de y con miras al favorecimiento del hecho ajeno, y que los sucesos se desvíen del comportamiento cotidiano o habitual.[47]

Sin dudas hay que admitir que un favorecimiento del hecho principal en relación inmediata con el acto de ejecución conmueve mucho más la seguridad jurídica frente a terceros que un apoyo al autor principal en la etapa preparatoria. Pero, desde el punto de vista de la participación, no es relevante si el cómplice presta al autor el arma necesaria para el homicidio un día antes del delito o lo hace inmediatamente antes del hecho, a la vista de la víctima que se halla bajo el poder del autor. De igual modo, no es apropiado hacer distinciones según si el partícipe le hace más fácil el modo de cometer el hecho al autor o le hace más fácil directamente la lesión del bien jurídico. Y finalmente —como advierte

[43] Cf. BGH *GA* 1981, p. 133; *BGHSt* 4, p. 107; cf. también ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 513.

[44] Al respecto, SCHILD/TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft?*, 1995, en particular pp. 96 s., 132, así como la reseña de la obra por ROXIN, «Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft by Grace Marie Luise Schild Trappe», *JZ*, 1996, pp. 29 s.

[45] Al respecto, cf. SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 43.

[46] SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, pp. 42 ss.

[47] SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, pp. 57 s.

el propio SCHUMANN[48]— desviarse de los sucesos habituales, p. ej. la venta de un arma, por un lado, a un autor que tiene una licencia de armas de fuego y, por otro, a un autor que no la tiene, no justifica ninguna diferencia en la punibilidad cuando es seguro que ambos autores planean un atentado. Esto justifica la suposición de que la idea de la solidarización es apropiada para concienciar del merecimiento de pena en casos de complicidad especialmente evidentes, pero no para lograr una delimitación conceptual precisa de los supuestos en los que se incrementa el riesgo para los bienes jurídicos protegidos y, sin embargo, no son punibles.[49] Esta suposición se confirma, dado que otros ya consideran suficiente como solidarización la colaboración consciente entre autor y cómplice (interacción).[50]

Con todo, estas consideraciones solo fundamentan que haya reservas sobre la necesidad de la así entendida solidarización como elemento constitutivo de la complicidad. Con ello no se resuelve la cuestión de si la idea de la solidarización, en una forma modificada en términos de contenido, tiene importancia en el marco de la punibilidad de la complicidad; al respecto, *infra* 4.

3.5. El "sentido delictivo" y la "tendencia reconocible al hecho" como elementos constitutivos de la complicidad

En los casos en que la contribución del interviniente consiste en una transacción comercial normal o en un "acto cotidiano", ROXIN comienza por diferenciar según que "la contribución al delito se realice con un conocimiento seguro de los planes delictivos del autor (es decir, con dolo directo) o bien que la persona ajena cuente con que la prestación será aprovechada con fines delictivos solo en el sentido de una posibilidad, es decir, que actúe con dolo eventual".[51] Si el interviniente conoce el plan delictivo del autor, a pesar de que promueve el hecho principal a través de su contribución, solo debe afirmarse la concurrencia de complicidad punible cuando la contribución al hecho tenga un "sentido delictivo" inequívoco. Si, en cambio, la persona ajena actúa con dolo eventual, entonces su conducta solo será un riesgo *no permitido* cuando exista una "tendencia reconocible al hecho" por parte del autor principal.

a. El "sentido delictivo"

ROXIN considera que las contribuciones al hecho tienen "sentido delictivo" inequívoco cuando para el autor (principal) solo son importantes en razón del delito planeado y el interviniente lo sabe.[52] Así, ROXIN parte de las consideraciones de MEYER-ARNDT, quien no niega que los "actos específicos del hecho" tengan el carácter de complicidad: "El acto del tercero ya no es específico del hecho si se vincula con un comportamiento del autor principal que es *per se* legal y que, incluso sin actos delictivos posteriores, sigue teniendo sentido en sí mismo desde el punto de vista económico, social o individual".[53]

---

[48] SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, pp. 63 s.

[49] Respecto de la crítica cf. también FRISCH, «Tatbestandsprobleme der Strafvollstreckungsvereitelung», *NJW*, 1983, p. 2471; KÜPPER, «Strafvereitelung und „sozialadäquate" Handlungen», *GA*, 1987, pp. 390 s.; MEYER-ARNDT, «Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *wistra*, 1989, p. 285; NIEDERMAIR, «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *ZStW*, (107), 1995, pp. 513 ss.; RANSIEK, *wistra*, 1997, p. 42; ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 514; EL MISMO, «§ 27», *LK*, 11ª ed., 1992 ss., nm. 19; TAG, *JR*, 1997, p. 53; VOGT, *Berufstypisches Verhalten und Grenzen der Strafbarkeit im Rahmen der Strafvereitelung*, Diss. Tübingen, 1992, pp. 71 s.; WOLFF-RESKE, *Verhalten*, pp. 74 s.

[50] SCHILD/TRAPPE, *Gehilfenschaft*, pp. 96, 161.

[51] ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 513.

[52] ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 513.

[53] MEYER-ARNDT, *wistra*, 1989, p. 287. Crítico al respecto, TAG, *JR*, 1997, p. 53.

Sin dudas, evaluar una prestación según tenga o no un valor económico, social o individual para su destinatario aun cuando no sea seguida de un acto delictivo, posibilita una distinción entre las distintas "conductas cotidianas". Sin embargo, no deja de ser dudoso que esta distinción sea materialmente adecuada, porque da por sentado que los respectivos fines son inequívocos, cuando esto no es en absoluto obvio. ROXIN y MEYER-ARNDT no logran convencer cuando, p. ej., niegan la complicidad en el caso de una persona que le entrega material a un fabricante sabiendo que este viola, al tratar ese material, la normativa penal de protección del medioambiente, porque —según MEYER-ARNDT— el autor quiere procesar el material, usarlo para sus productos, después venderlo y de esa manera obtener una ganancia, y la violación de las disposiciones de protección del medioambiente es solo un producto secundario para él,[54] o bien —según ROXIN — porque el suministro de material a un fabricante tiene un sentido legal, dado que el tratamiento de material por parte de un fabricante es una actividad completamente conforme a Derecho.[55] Por tanto, si se constata que el fabricante infringe las prescripciones penales del medioambiente y, p. ej., descarga tóxicos o metales pesados en las aguas subterráneas porque no puede mantener la producción lucrativa de determinados productos si instala los filtros adecuados y demás, su comportamiento no es de ningún modo una actividad conforme a Derecho, incluso cuando el resto de la empresa funcione conforme a Derecho y diera ganancias. Pero lo mismo vale cuando él, mediante un comportamiento debido, solo habría obtenido ganancia inferior. En este caso, la compra del material tendría sentido incluso cuando se propusiera procesarlo de ese modo. Sin embargo, el método específico de uso parece tener más sentido para él porque es más lucrativo. De la misma manera, tiene sentido comprar el material cuando este se procesa debidamente durante el día, pero, por la noche, dado que el riesgo de detección es menor, se desmontan filtros y demás y se contamina el medioambiente. Las posibles distinciones que aquí se pueden hacer desde el punto de vista de la complicidad punible o impune son poco convincentes. Estas parecen materialmente tan inadecuadas como lo es diferenciar según si el asesino planea destruir, después del hecho, el arma comprada porque *solo* quiere usarla para el homicidio o si planea ponerla entre sus armas de caza para que, en el futuro, pueda usarla para cazar. Debido a lo poco adecuado de estos criterios, no parece ser en absoluto una casualidad que MEYER-ARNDT, siguiendo al Tribunal del Imperio, considere que el suministro de vino a un burdel constituye complicidad en el negocio punible del burdel,[56] mientras que ROXIN señala que esta valoración es muy dudosa, "porque el consumo de vino no es habitual únicamente en burdeles".[57] En cambio, no es difícil aceptar la sentencia del Tribunal del Imperio[58] en el sentido de que suministrar pan y carne al operador de un burdel no constituye ninguna complicidad en el negocio punible de un burdel. Esto indica que es evidente que se considera materialmente adecuado diferenciar entre las distintas constelaciones de casos, pero no diferenciar según los criterios propuestos. Asimismo, el requisito de un "sentido delictivo" pasa por alto que en la complicidad lo esencial es la protección contra las agresiones indirectas a los bienes jurídicos protegidos, pero no el castigo de determinadas comunidades entre autor y cómplice que realizan el sentido delictivo.[59] Con ello, se demuestra que una definición más estricta de los requisitos de la complicidad favorece

[54] MEYER-ARNDT, *wistra*, 1989, p. 285.

[55] ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 513.

[56] MEYER-ARNDT, *wistra*, 1989, p. 282.

[57] ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 515, nota 42.

[58] *RGSt* 39, 44, 48. Al respecto, MEYER-ARNDT, *wistra*, 1989, p. 282; ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 515.

[59] Respecto de la crítica a la referencia de sentido delictivo cf. también FRISCH, *Verhalten*, p. 299; HEFENDEHL, *Jura,* 1992, p. 377; MOOS, en LEITNER (ed.), *Finanzstrafrecht*, pp. 105 s.; NIEDERMAIR, *ZStW,* (107), 1995, pp. 522 ss., 528 ss., 531 ss.; TAG, *JR* 1997, p. 54; WOLFF-RESKE, *Verhalten*, pp. 125 s.

La crítica puede dirigirse al mismo tiempo contra el requisito de una referencia de sentido delictivo objetivamente reconocible —sobre la voluntad de encubrimiento objetivamente reconocible cf. KÜPPER, *GA,* 1987, 399 ss.—, ya que no hay una referencia de sentido objetivamente reconocible que sea indudable, sino que toda manifestación de voluntad puede ser interpretada; al respecto, cf. también WOLFF-RESKE, *Verhalten*, p. 124.

decisiones que no son más adecuadas materialmente, sino menos, pero también se muestra que, sin embargo, evidentemente no es materialmente adecuado tratar como complicidad punible determinados grupos de casos de incremento doloso del riesgo para el bien jurídico. En este sentido se confirman también aquí las reservas formuladas por Theodor LENCKNER al recurso a la adecuación social en la valoración jurídica de los comportamientos "cotidianos". Por lo tanto, la problemática no parece residir en el concepto de complicidad ni en los elementos que lo constituyen, sino en los límites del deber jurídico de evitar, en determinadas situaciones, comportamientos que incrementen el riesgo para los bienes jurídicos protegidos.

b. La "tendencia reconocible al hecho"

Si el interviniente realiza su aportación al hecho con dolo eventual —p. ej., el vendedor de armas o de destornilladores no está enterado de los planes del autor, pero cree reconocer el riesgo concreto de homicidio o de robo porque el aspecto o la conducta del cliente son sospechosos—, ROXIN considera que la complicidad es en sí misma posible, pero la rechaza por el *principio de confianza*: "Según este, toda persona debe poder confiar en que los demás no cometerán delitos dolosos, en la medida en que tal presunción no sea debilitada por una 'tendencia reconocible al hecho'".[60] Esta argumentación es criticable porque así parece introducirse una diferenciación adicional entre el dolo eventual y el dolo directo, a pesar de que el criterio decisivo, a saber, la "tendencia reconocible al hecho" del autor desde la perspectiva de la persona externa, es precisamente el elemento sobre el que se funda su dolo eventual. Si, en cambio, la "tendencia reconocible al hecho" es interpretada de manera objetiva, queda sin resolver por qué un elemento de la imprudencia debería ser determinante para la punición por el delito doloso. Además, parece poco convincente que el principio de confianza también tenga que valer en una situación en la que el afectado justamente ya no confía en la fidelidad al derecho de su socio. Sin embargo, esto no debilita la reflexión básica de que, en el caso del dolo eventual, el dolo de la persona externa no se extiende a un riesgo *no permitido*, dado que aquí se hallan puntos de contacto con las ideas de FRISCH y Theodor LENCKNER, quienes sin dudas también remiten a la necesidad de una diferenciación en el ámbito subjetivo.

4. Conductas cotidianas específicas de la profesión realizadas con dolo eventual

4.1. Distinciones en el ámbito del dolo

En su afirmación básica sobre la impunidad de las formas de conducta específicas de la profesión, FRISCH no parece atribuir ninguna importancia a la diferenciación entre el favorecimiento al hecho con dolo directo y el favorecimiento con dolo eventual. Este autor niega a los "negocios normales de la vida cotidiana" la calificación de conducta típica, incluso cuando posibiliten la comisión de delitos o les faciliten a terceros su ejecución, porque a aquellos no les es ínsita la creación de un riesgo reprobado.[61] Sin embargo, si bien la idea de que las prestaciones de los "negocios normales de la vida diaria" no incrementan el riesgo desaprobado para el bien jurídico protegido —p. ej., quien es conducido al lugar del hecho también podría haber utilizado el transporte público—[62] apunta a una solución general de los problemas, no tiene en absoluto un alcance tan amplio. Así, parece completamente acertado negar un incremento del riesgo para el bien jurídico protegido cuando el vecino ve a la prostituta en la parada de autobús y la invita a llevarla en vehículo al lugar en el que ejerce la prostitución prohibida, al que llegan al mismo tiempo que el autobús —pero tras una entretenida conversación—. En cambio, la

[60] ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 516. Al respecto, cf. también RUDOLPHI, «Vor § 1», *SK I*, nm. 72; SCHROEDER, «§ 16», *LK*, nm. 184.

[61] FRISCH, *Verhalten*, p. 295.

[62] FRISCH, *Verhalten*, p. 294.

argumentación fracasa cuando se trata de un viaje en vehículo al lugar del homicidio o del robo y simplemente se constata que el autor también habría podido llegar en el transporte público. Con todo, esto puede ser dejado de lado, pues el propio FRISCH, en sus reflexiones, no se basa prioritariamente en los casos de conocimiento seguro del "hecho principal", sino en casos de "posibilitación o favorecimiento secretamente intencional" de un delito o de "uso delictivo altamente esperable" de una cosa comprada o alquilada para realizar el delito.[63] Sin embargo, esto atañe, nuevamente, a la distinción en el ámbito del dolo; Theodor LENCKNER encuentra allí —entre otras condiciones— la cesura necesaria para las diversas soluciones de los diferentes casos de posible encubrimiento.[64]

4.2. La distinción en la jurisprudencia del BGH

En la jurisprudencia del BGH no hay una distinción formal que sirva para juzgar las conductas específicas de la profesión según los presupuestos del dolo bajo los cuales hayan sido realizadas, sino que el fallo que se ocupa del tema parece remitir expresamente a otra vía, por cierto, apenas conducente. El objeto de la sentencia[65] era la conducta de un abogado que, en su rol de defensor, había logrado que la orden de detención contra su cliente condenado fuera suspendida a cambio de una fianza. Después de que el cliente se sustrajera de la ejecución de la pena, la fianza fue declarada caduca. El defensor se opuso de inmediato con un recurso al que acompañó con una fotocopia certificada de una partida de defunción de su cliente. Él imaginó que este documento era falso y, en efecto, lo era.

No obstante, el BGH negó el dolo, pero basó la negación en una argumentación verdaderamente pueril al afirmar "que el defensor que se limita a presentar en el proceso judicial medios de prueba mencionados o puestos a su disposición por el cliente, no aprueba una conducta punible, incluso cuando tenga dudas considerables sobre la exactitud o la credibilidad del medio introducido. Antes bien, por regla general el defensor utilizará tales medios de prueba con la reserva interna de que el tribunal, por su parte, los someterá a un examen crítico y no pasará por alto su carácter sospechoso".[66] Aunque esto no convence, hay que darle la razón al BGH, y no solo respecto de la conclusión. El fundamento material que sí convence se halla también en los fundamentos del fallo, pero su importancia es ignorada porque el BGH se ha privado de la posibilidad de precisar el deber jurídico del abogado, al identificar la cuestión de los límites del deber jurídico del defensor con la cuestión de la existencia de una causa de justificación. Esto es burdamente inadecuado,[67] pero no cambia en nada el hecho de que el BGH ha concebido con absoluta precisión los límites de los deberes jurídicos del abogado defensor respecto de la entrega de medios de prueba: "El abogado defensor está obligado a defender a su cliente de la mejor manera posible. Él tiene que presentar los medios de prueba favorables a su cliente que tenga ante sí o que le sean accesibles. En este marco, si bien está obligado a cuidar de no presentar medios de prueba falsos o que de cualquier manera él reconozca como inexactos, en la medida en que solo haya tenido dudas sobre la autenticidad, no está facultado por ello a retenerlos. De otra manera, debería asumir que estaría ocultando un medio de prueba de descargo posiblemente auténtico".[68] Esto da en el núcleo del problema: el abogado defensor no solo no está jurídicamente obligado a retener prueba cuando cree reconocer el riesgo concreto de que sea falsa. Al contrario, está jurídicamente obligado a presentarle también ese material probatorio al tribunal en cuanto instancia

[63] FRISCH, *Verhalten*, p. 298.

[64] LENCKNER, *Schröder-GedS*, pp. 356 s.

[65] BGH, *NJW,* 1993, p. 273, con comentario de OTTO, «Bedingter Vorsatz beim Weiterreichen gefälschter Urkunden durch Verteidiger», *JK*, 93, StGB, § 267/17.

[66] BGH, *NJW,* 1993, p. 274.

[67] Detalladamente al respecto, OTTO, «StR: Der Vorsatz», *Jura*, 1996, pp. 473 ss.

[68] BGH, *NJW,* 1993, p. 274.

competente de examen y no puede, mediante una conducta arbitraria, privar al tribunal de material —dado el caso— de descargo. El deber del defensor de no poner en peligro el tráfico probatorio mediante el uso de documentos falsos se enfrenta aquí con el deber de agotar las posibilidades de defensa para su cliente, incluso en caso de que albergue dudas. Si cumple con este deber, defiende el interés superior frente a la puesta en peligro del tráfico de documentos que implica usar documentos en su caso falsos ante la instancia competente de examinación. Según el principio del interés preponderante, actúa justificadamente.[69]

4.3. Los límites del deber jurídico de omitir conductas específicas de la profesión

Ciertamente, el caso usual de conductas específicas de la profesión no se caracteriza por un *deber de actuar*, de manera que las reflexiones del BGH no pueden ser generalizadas de manera directa. Pero, básicamente, en los casos de conductas específicas de la profesión lo relevante es siempre el derecho a ejercer una profesión, garantizado por los arts. 2 I y 12 I de la Constitución alemana. Este derecho se socavaría inaceptablemente si sus límites jurídico-penalmente relevantes fueran excedidos siempre que el actuante realizara prestaciones específicas de la profesión, a pesar de que creyera reconocer el riesgo concreto de que el destinatario de esas prestaciones las empleara en la comisión de un delito.

No están jurídicamente obligados a rechazar el negocio ni el prestamista que, en razón del aspecto y los ademanes de un cliente, sospecha que tiene delante de sí a un comerciante de objetos robados, ni el vendedor de armas o veneno que cree reconocer el riesgo concreto de un futuro homicidio, o el empleado bancario que recibe dinero para una caja de ahorros o para una transferencia y cree advertir que se trata de dinero proveniente de evasión tributaria. Con acierto, el BGH determinó, p. ej. en causas civiles, que el empleado bancario ni siquiera está facultado a rechazar el pago de un saldo por el hecho de tener la sospecha de que estaría dada una evasión tributaria.[70] Pero también en los otros ejemplos, la sospecha de un delito no es un fundamento suficiente de un deber jurídico de rechazar el negocio y, por cierto, tampoco cuando el afectado cree reconocer una lesión concreta e inmediata del bien jurídico. Sin dudas, el legislador también ha visto riesgos especiales en determinados negocios y, por lo tanto, ha tomado precauciones: el prestamista tiene que identificar a quien le deja el objeto prendado y tiene que llevar un libro de prendas; el empleado de droguería tiene que llevar el respectivo registro de tóxicos; el comerciante de armas solo puede vender el arma si se presenta el certificado de compra; y el empleado bancario debe tener lista la documentación que le exige el legislador y llevar registros. Si se cumple con estos requisitos, es decir, con las reglas que han sido dictadas por el legislador u otras instancias para supervisar y controlar determinados negocios, el profesional hará uso de las posibilidades de actuación que le ha acordado el constituyente. Su mera sospecha, su representación de estar frente a una lesión del bien jurídico, no puede reducir ese margen de acción si el propio legislador no ha asignado consecuencias jurídicas a determinadas situaciones sospechosas —como, p. ej., en el caso de la ley de blanqueo de capitales—. Este es el campo de la "adecuación profesional", pues la conducta continúa siendo una "actuación profesional normal, neutral, socialmente aceptada y guiada por las reglas, que no necesita esconderse del análisis y juicio jurídico-penal, porque no neutraliza normas penales, sino que las complementa, las delimita, las concreta y las vincula con determinados campos sociales de acción, sin que ello implique contradecir mandatos jurídico-penales".[71] La mera sospecha de una conducta jurídico-penalmente relevante no modifica el sentido del hecho, aun cuando el grado de sospecha cumpla con los presupuestos del dolo eventual. El

[69] Más detalladamente, al respecto, OTTO, *JK*, 93, StGB § 267/17.

[70] BGH, *ZIP* 1994, p. 1930.

[71] HASSEMER, *wistra*, 1995, p. 85.

conocimiento o el favorecimiento intencional del delito dan a la conducta un sentido delictivo.[72] Solo el conocimiento o el objetivo delictivo hacen de la venta de un herbicida mortal una complicidad en el homicidio. *En la medida en que, en cambio, quien actúa profesionalmente solo crea reconocer el riesgo de cooperar en un delito, defiende el interés superior del ejercicio de su actividad profesional, que prevalece ante el interés de posibilitar o facilitar, dado el caso, un hecho punible*.[73] [74] Él hará uso del ámbito de actuación que le está jurídicamente garantizado por el ejercicio de la profesión, siempre que, por lo demás, cumpla con las reglas jurídicas que concretan el ejercicio profesional en el supuesto concreto.[75]

En cambio, en el caso de las meras acciones cotidianas de un ciudadano que no actúa conforme a la profesión —y también pueden ser acciones cotidianas usuales el prestar un cuchillo, el entregar un arma o el otorgar un crédito—, es legítimo exigirle su omisión a quien cree reconocer el riesgo concreto de un delito. Aquí, la libertad general de acción puede retroceder sin problemas ante la posible puesta en peligro del bien jurídico que implicaría el ejercicio de la libertad de acción. Por el contrario, para la actividad profesional jurídicamente regulada y que cumple con esa regulación, la sospecha subjetiva todavía no constituye un límite jurídicamente vinculante. Pero si realizar la actividad específica de la profesión no es contrario al deber jurídico en una situación determinada de riesgo, tampoco puede serlo el prometer esa actividad en la misma situación, pues en este sentido no hay un deber jurídico de ocultar la predisposición a realizar tales acciones. *Por lo tanto, la ayuda al hecho mediante acciones específicas de la profesión, incluso bajo la forma de "encubrimiento adelantado", no cumple el tipo de la complicidad cuando quien ayuda solo reconoce el peligro de un uso delictivo de sus acciones, pero no lo conoce positivamente*.[76]

---

[72] Respecto de una diferenciación similar, cf. también RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, pp. 54 s.; EL MISMO, *wistra*, 1997, pp. 44 ss., quien considera que el criterio determinante es la seguridad suficiente sobre la comisión del hecho.

En lo sustancial, coincide con ello que en el "Proyecto de ley de regulación de las condiciones-marco para los servicios de información y comunicación" del gobierno federal, BR-Drucks. 966/96, se estatuya en el § 5, aps. 2 y 4 un deber de bloquear el uso de los servicios de telecomunicación solamente en caso de conocimiento positivo de contenidos antijurídicos.

[73] Respecto de la primacía de la libertad general de acción por sobre la protección del bien jurídico, cfr. también HEFENDEHL, *Jura*, 1992, p. 377; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 22ª ed., 1997, § 258, nm. 3. TAG, *JR,* 1997, pp. 56 s., quiere limitar la libertad general de acción al ámbito fijado por los §§ 138, 139, 13, StGB y concebir como complicidad las acciones que posibilitan puestas en peligro o lesiones. Crítico de la primacía de la libertad de acción, NIEDERMAIR, *ZStW,* (107), 1995, pp. 537 ss. Sin dudas, su crítica debe ser aceptada, pues se dirige contra una primacía general de la libertad de acción en la realización de acciones neutrales.

[74] En las conclusiones, con esto se confirma parcialmente la antigua doctrina de la impunidad de la complicidad con dolo eventual —cfr. al respecto V. BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, 1907, p. 693; KITKA, *Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bey einem Verbrechen und deren Strafbarkeit*, 1840, pp. 61 ss.; KÖHLER, *Deutsches Strafrecht*, 1917, p. 530—. No obstante, en contra de la idea de esta teoría, el problema no se presenta como un problema del dolo —al respecto, también TAG, *JR,* 1997, p. 51—, sino como problema de la conducta riesgosa todavía permitida, es decir, del nivel de la justificación.

[75] Desde luego que el legislador puede establecer deberes especiales de cuidado en la actividad laboral y puede sancionar su violación. Cuán poco convincente es la restricción de la actividad laboral cuando incluso alcanza el ámbito de la imprudencia, lo demuestran los esfuerzos de la doctrina por excluir al empleado bancario del ámbito de aplicación del § 261, ap. 5; al respecto, detalladamente, FLATTEN, *Zur Strafbarkeit von Bankangestellten bei der Geldwäsche*, 1996, pp. 114 ss.; LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, 1995, pp. 146 ss.

[76] En contra excluir la tipicidad en caso de dolo eventual, no obstante, WOLFF-RESKE, *Verhalten*, pp. 57 ss. Ella afirma que el argumento está basado en un círculo vicioso, porque niega el tipo subjetivo sin haber constatado previamente si el tipo objetivo está completo. Esta objeción no es acertada, porque naturalmente la problemática del tipo subjetivo se plantea solo después de que se ha constatado que la conducta relevante incrementa el riesgo objetivo. Si falta esto, la complicidad no estará dada ya según los presupuestos generalmente reconocidos.

5. Las particularidades del "encubrimiento adelantado" desde el punto de vista de la complicidad

5.1. Desarrollo del enfoque subjetivo y límites objetivos

Si la distinción entre las prestaciones específicas de la profesión realizadas con dolo eventual y las realizadas con dolo directo es trasladada a la situación del encubrimiento, se llega directamente a las reflexiones de Theodor LENCKNER, quien considera que el encubrimiento punible consiste en el solidarizarse con el autor del hecho previo, algo que ocurre siempre en los encubrimientos intencionales pero que, en cambio, en los encubrimientos conscientes solo concurre cuando el autor actúa con motivo y en vista de la persecución penal.[77]

Sin embargo, estas reflexiones topan con objeciones. Aun cuando se acepte que las diversas finalidades subjetivas pueden, sin duda, co-determinar el ilícito personal del encubrimiento,[78] surge la pregunta de si la diferenciación subjetiva en los casos que según una concepción ampliamente difundida no "encajan" en el ámbito del § 258 StGB realmente conduce de manera directa a distinciones materialmente adecuadas o si solo indica que son necesarios otros criterios. Así, si un particular le brinda alojamiento al autor del hecho previo, a quien en otras circunstancias nunca se lo había brindado, puede ser considerado sin duda encubridor de acuerdo con los mencionados criterios subjetivos, y esta conclusión evidentemente no puede tacharse de falsa. Pero, ¿qué sucede con el posadero que le alquila al autor del hecho previo una habitación por la noche, como lo hace con cualquier cliente solvente? Parece poco convincente hacer depender la punibilidad en este caso de si el posadero tiene la intención de frustrar la pena, de si la habitación que le habría alquilado a cualquier otro que se la pidiera se la alquila al autor del hecho previo con motivo y en vista de la persecución penal o de si solo sabe que brindar alojamiento en este caso es idóneo para dificultar la persecución penal. Lo mismo vale para los demás ejemplos que usualmente se plantean aquí: la asistencia médica al autor de un delito que está enfermo, la venta de alimentos o gasolina, el transporte del fugitivo en un automóvil, así como la entrega de dinero por parte de un empleado bancario.[79] En estos casos, no parece suficiente una distinción entre los ilícitos respectivamente realizados que se base solo en las distintas condiciones subjetivas, pero la pregunta por el motivo de la ayuda bien puede remitir a consideraciones de aspectos objetivos que, a modo de eslogan, pueden esbozarse así: *el tipo del encubrimiento no obliga al ciudadano a interrumpir, a modificar y ni siquiera a iniciar contactos sociales con el autor de un delito solo por el hecho de que es autor de un delito*. Esto también vale incluso cuando se constata que el aislamiento social facilitaría el acceso a los órganos de persecución penal o que motivaría al autor a ponerse a disposición de las autoridades de persecución penal.

5.2. La delimitación objetiva del encubrimiento punible

Aceptar que los contactos sociales existentes, de ejercicio permanente y reiterado, son un límite a la conducta de encubrimiento significa lo siguiente: *la ley no exige aislar socialmente, boicotear al autor del*

[77] LENCKNER, *Schröder-GedS*, p. 357. Coincidente respecto de exigir intención: GEPPERT, «Strafvereitelung durch Unterkunftsgewährung», *JK*, StGB § 258/2.

[78] En cambio, con un rechazo tajante, FRISCH, «Zum tatbestandsmäßgen Verhalten der Strafvereitelung – OLG Stuttgart, NJW 1981, 1569», *JuS,* 1983, p. 918.

[79] Al respecto, cfr. FRISCH, *JuS,* 1983, p. 923; KÜPPER, *GA*, 1987, pp. 386 s.; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 22ª ed., 1997, § 258, nm. 3; LENCKNER, *Schröder-GedS*, pp. 355 s.

delito.[80] *Prohíbe dificultar o impedir la consecución de la pretensión penal, pero no requiere posibilitarla o facilitarla por medio de expulsar al autor de sus contactos sociales y así aislarlo*.

El ámbito del encubrimiento punible comienza con aquellas conductas que exceden el ejercicio de contactos sociales habituales con el directamente afectado o —en el trato con clientes— con personas que en cierto modo son representadas por el directamente afectado y que dificultan o impiden la consecución de la pretensión penal. La idea de Theodor LENCKNER de que la ley persigue el fin de prohibir el encubrimiento por solidaridad con el autor del delito, se modifica, así, con las reflexiones de FRISCH de que el encubrimiento prohíbe una "conducta especial frente al autor del delito".[81] Las formas de conducta jurídicamente aceptadas que son típicas o al menos usuales del trato social entre el autor del hecho previo y otras personas no se transforman en acciones punibles de encubrimiento en razón del hecho previo y de que otro tenga conocimiento de este. Se trate de contactos y relaciones sociales privadas, profesionales o incluso solo condicionadas por razones generales de humanidad, estas relaciones no se tornan en hechos ilícitos por la existencia del hecho previo o por su conocimiento. El ámbito de lo punible solo comienza cuando el marco así fijado se rebasa mediante una conducta que por sí sola no se entiende, sino que se hace comprensible y cobra sentido respecto del encubrimiento.

Con este trasfondo se puede entender la distinción de la jurisprudencia en el caso del alojamiento según si al fugitivo simplemente se le da hospedaje o si se le proporciona un "escondite".[82] Si bien de este modo no pueden descartarse problemas de delimitación en casos concretos de relaciones privadas, en este caso también se puede distinguir, sin lugar a dudas, si una determinada acción era y es usual dentro de las relaciones de los intervinientes o si se produjo "excepcionalmente" con vistas a lograr el encubrimiento. En cambio, en las relaciones de negocios la distinción es más sencilla, porque las acciones que puede y debe esperar un cliente se pueden reconocer a través de la conducta de roles ya incorporada[83] o bien de la tipificación.[*] Del mismo modo se pueden definir las acciones humanitarias. Quien da asistencia médica al autor de un delito, aun cuando no se trate de la evitación de un riesgo de muerte, satisface las expectativas dirigidas a un ciudadano en la convivencia social.[84] En cambio, el caso de quien le consigue al autor medicamentos de la farmacia —y esto vale no solamente para los analgésicos— es distinto porque el autor no quiere salir de la casa para no ser reconocido, mientras que, de nuevo, que la conviviente del autor le lleve pastillas puede caer, sin lugar a dudas, dentro del marco social aceptable. La diferencia en el alcance del marco social de ningún modo está condicionada por casualidades. Es el resultado de una prevalencia de intereses: el interés en la salvaguardia de las relaciones sociales concretas del individuo es superior al interés del Estado de limitar las posibilidades de encubrimiento. Tienen prioridad las conductas cuando se corresponden con las relaciones sociales

---

[80] Respecto de este punto de partida, cfr. ya MEYER-ARNDT, *wistra*, 1989, p. 281.

[81] FRISCH, *JuS,* 1983, p. 923.

[82] Cfr. OLG Stuttgart *NJW,* 1981, p. 1569, con comentario de FRISCH, *JuS,* 1983, p. 915 ss., y GEPPERT, *JK*, StGB § 258/2; OLG Koblenz *NJW,* 1982, p. 2785, con comentario de FRISCH, *NJW,* 1983, pp. 2471 ss.; LG Hannover *NJW,* 1976, p. 979, con comentario de SCHROEDER, «Comentario a LG Hannover, 7. 10. 1975 - 12 Kls 4/73», *NJW*, 1976, p. 980.

[83] No obstante, la conducta de roles no agota el marco fijado aquí, porque el rol social todavía es demasiado indeterminado como para que se puedan derivar mandatos y prohibiciones concluyentes en situaciones límite. El enfoque empírico sólido estaría dado aquí por la expectativa de expectativa.

De otra opinión: WOLFF-RESKE, *Verhalten*, pp. 141 ss., 184. Ella ve como criterio de la complicidad la creación de peligro jurídicamente reprobado a través de un exceso en el rol que se manifiesta en una violación de reglas profesionales escritas o no escritas, que han de impedir que terceros cometan el hecho punible con ayuda de prestaciones profesionales.

[*] N. de T.: En el original alemán, "*Typisierung*", no: "*Tatbestand*", "*Tatbestandsmäßigkeit*", etc.

[84] Cfr. también DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48ª ed., § 258, nm. 6; FRISCH, *JuS,* 1983, p. 923; STREE, «§ 258», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 25ª ed., 1997, nm. 21.

concretas, consolidadas por la praxis. Cuando las relaciones sociales tienen que ser modificadas para el encubrimiento, tiene prioridad el interés estatal en la consecución de la pretensión penal.[85] Por el contrario, la cuestión de si la prevalencia del interés —según la idea de la adecuación social— puede ser interpretada directamente como exclusión del tipo, en el sentido de que en las conductas prevalentes no hay creación o incremento de un riesgo jurídicamente reprobado,[86] o ser considerada una limitación del deber jurídico en el nivel de la justificación solo tiene relevancia secundaria.[87, 88]

5.3. Del encubrimiento a la complicidad

Dado que las acciones típicas de la profesión o cotidianas que incrementan el riesgo para el bien jurídico protegido —vender el destornillador al ladrón o el veneno al asesino— ya no están justificadas por el libre ejercicio de la profesión o por la libertad general de acción cuando el vendedor conoce la finalidad de uso planeada, no entra en consideración trasladar a la complicidad el postulado de que las formas de conducta que sirven al mantenimiento del contacto social de la vida real no pueden constituir encubrimiento punible. Por cierto, aquí también se puede sostener, desde el punto de vista de la complicidad, que vender al autor decidido a cometer el hecho alimentos que no serán utilizados como medios delictivos o la asistencia médica a ese autor no pueden ser punibles como complicidad en el hecho posteriormente cometido porque el mantenimiento de la vida o la salud (incluso) del autor de un delito todavía no genera un riesgo *jurídicamente reprobado* para el bien jurídico, sino que se presenta como reducto jurídicamente aceptado de contactos sociales necesarios. Pero tales situaciones constituyen solo un pequeño ámbito excepcional que se caracteriza por la circunstancia de que quien preserva la vida y el cuerpo de otro no puede ser (co-)responsabilizado por los hechos posteriores de ese otro.

Por lo tanto, el principio en el que se basa la impunidad de ciertas acciones de encubrimiento no puede ser trasladado a la complicidad. Sin embargo, probablemente sea adecuado extraer consecuencias para la complicidad a partir de la impunidad de ciertas "acciones de encubrimiento" cuando estas acciones —no punibles— son prometidas antes del hecho y, así, toman la forma de "encubrimientos adelantados". Para estos casos de "encubrimiento adelantado" rige lo siguiente: las conductas posteriores al hecho que no son punibles como encubrimiento porque no realizan su contenido de ilícito no pueden ser punibles como complicidad bajo la forma de "encubrimiento adelantado". Lo que, desde el punto de vista del reducto de contactos sociales jurídicamente aceptados, no es punible por encubrimiento en cuanto obstrucción o impedimento jurídicamente reprobados de la consecución de la pretensión penal, le puede ser prometido al autor antes del hecho. El deber jurídico de evitar acciones que incrementen el riesgo de una comisión exitosa del hecho no abarca tener que ocultarle al autor el mantenimiento de las relaciones sociales cuyo mantenimiento tras la comisión del hecho está jurídicamente aceptado. Que el autor socialmente aislado o boicoteado se entregaría a la ejecución de la pena o que abandonaría el hecho no es un aspecto relevante aquí, pues facilitar la consecución de la

[85] Por lo tanto, es acertada la crítica de NIEDERMAIR, *ZStW,* (107), 1995, pp. 542 s., dirigida contra FRISCH, en la medida en que este afirma que es atípico satisfacer las necesidades vitales básicas del autor. RANSIEK, *wistra*, 1997, p. 45, también atiende a la satisfacción de las necesidades vitales básicas. Sin embargo, aquí hay que establecer otras diferenciaciones más, porque llevar alimentos a un escondite desde el cual los autores quieren comenzar un ataque sorpresa o algo del estilo, sin dudas puede servir a la satisfacción de necesidades vitales básicas, pero, no obstante, es una acción de complicidad, porque de ninguna manera sirve al mantenimiento del contacto social estereotipado como cuando el almacenero simplemente le lleva los alimentos a cualquier otra persona.

[86] Así, la argumentación de FRISCH, *JuS,* 1983, p. 921.

[87] Así, la construcción de ARZT/WEBER, *Strafrecht, B. T.*, LH 4, 2ª ed., 1989, pp. 134 s.

[88] En la estructura del delito de dos niveles, la decisión no tiene consecuencias diferentes; cf. al respecto, según ello, OTTO, *Grundkurs Strafrecht, AT*, § 6, nm. 68 ss.

pretensión penal a través del aislamiento social o el boicot del autor no son objeto del deber jurídico aquí vinculante.

6. La demostración con un ejemplo: complicidad del empleado bancario en el fraude fiscal

En tiempos recientes, LÖWE-KRAHL ha analizado específicamente la responsabilidad de empleados bancarios en negocios ilegales de clientes.[89] Este autor llega a la conclusión de que el empleado bancario es cómplice del hecho principal del cliente cuando adecua el ejercicio de su profesión al delito del cliente, cuando realiza una aportación monopolista o cuando asume una posición de garante. En cambio, el cumplimiento de las respectivas reglas y disposiciones en el ejercicio de la profesión no tendría incidencia directa en la punibilidad y el empleado bancario no se haría responsable si su actuación profesional fuera tal que el cliente también podría acceder a una aportación similar al hecho en otro lugar sin generar suspicacias.[90]

No obstante, la generalización de estos criterios —independientemente de la situación de una posición de garante del empleado bancario— está expuesta a objeciones, tal como lo demuestran las soluciones de casos que LÖWE-KRAHL menciona a modo de ejemplo.[91] Así, en el caso de la apertura de cuenta sin examen de legitimación, él pretende ver el fundamento de pena no en la lesión del § 154 AO, sino en que el empleado del banco "ya ha adecuado su acción al plan delictivo del cliente de una manera que todos entenderían de inmediato únicamente como parte de una acción punible".[92] En el caso de la emisión de un certificado sobre el estado de cuenta después de que, el día anterior, el titular de cuenta retirara hasta el último centavo, LÖWE-KRAHL considera que el fundamento de pena de la complicidad del empleado bancario en la evasión tributaria del cliente se halla en la "monopolio" del empleado bancario,[93] dado que solo *él* puede emitir ese certificado. Esto no convence, pues, así, toda acción vinculada con cuentas bancarias fundaría la punibilidad en razón de su valor monopolista. Siempre es la sucursal en la que está radicada la cuenta la única que puede emprender tales acciones. Así, respecto de la punibilidad decidiría el hecho de si el negocio se realizó a través de una cuenta o en efectivo. Esta distinción, empero, no tiene ninguna relevancia según el punto de vista del merecimiento de pena. Si bien el punto de partida son las particularidades de las "acciones de complicidad" concretas, las particularidades aquí relevantes deben deducirse, nuevamente, de la situación laboral y de las características de la forma en que se da la "complicidad".

6.1. Conductas específicas de la profesión realizadas con dolo eventual

En la medida en que entren en consideración conductas específicas de la profesión o adecuadas a esta, para el empleado bancario no rigen reglas diferentes que para otras personas que ejercen su profesión. La mera sospecha de evasión tributaria del cliente bancario, aun cuando esta llegue a ser dolo eventual,

---

[89] LÖWE-KRAHL, «Beteiligung von Bankangestellten an Steuerhinterziehung ihrer Kunden – die Tatbestandsmäßigkeit berufstypischer Handlung», *wistra*, 1995, pp. 201 ss.; EL MISMO, *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengescläften,* 1990*;* EL MISMO*, Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Banktätigkeiten*, tesis doctoral, Kiel, 1989. Antes, ya: PHILIPOWSKI, *«Steuerstrafrechtliche Probleme bei Bankgeschäften»,* en KOHLMANN (ed.), *Strafverfolgung und Strafvereitelung im Steuerstrafrecht*, 1983, pp. 131 ss. Al respecto, detalladamente, OTTO, «Beihilfe des Angestellten zur Steuerhiterziehung», *ZKredW*, 1994, pp. 775 ss.

[90] LÖWE-KRAHL, *Verantwortung*, pp. 37 ss., 48.

[91] También crítico, TAG, *JR,* 1997, p. 53.

[92] LÖWE-KRAHL, *Verantwortung*, p. 50.

[93] LÖWE-KRAHL, *Verantwortung*, p. 64.

no genera ninguna responsabilidad jurídico-penal del empleado bancario si él de todas maneras realiza el negocio bancario que sirve de "ayuda".

6.2. "Acciones adelantadas de encubrimiento"

Las reflexiones acerca del "encubrimiento adelantado" como complicidad son, sin lugar a dudas, aplicables al ámbito de la evasión tributaria. Pues respecto del hecho principal del cliente del banco, también es *materialmente* una acción de encubrimiento, a saber, del dificultar o impedir la consecución de la pretensión tributaria estatal. Es frecuente que esto no se destaque con suficiente claridad —ni siquiera en decisiones judiciales—[94]. Aparentemente, caracterizar el hecho principal relevante, a modo de lema, como evasión tributaria provoca la idea, en cierto modo irreflexiva, de que la acción típica sería la reducción tributaria, de tal manera que toda conducta que facilitara o fomentara esa reducción de impuestos entraría en consideración como acción de complicidad. Esta idea se confirma por la circunstancia de que, en general, la complicidad en este ámbito es descrita como fomento de la evasión tributaria.

Originariamente, esta caracterización era completamente acertada, porque la RAO [Ordenanza Tributaria Imperial] veía la *acción típica relevante* en la reducción del impuesto: "Quien, para provecho propio o de un tercero y sin justificación, consigue con ardid un beneficio impositivo o provoca dolosamente que se reduzcan los ingresos fiscales, es reprimido por evasión tributaria" (§ 359). De acuerdo con esto, la complicidad se hallaba en el favorecimiento o en la facilitación de esa acción típica.

Con la AO [Ordenanza Tributaria] de 1997, empero, el tipo penal fue completamente reformulado. Ahora se castiga al autor que, frente a las autoridades de finanzas u otras autoridades, informa de manera incorrecta o incompleta sobre circunstancias impositivamente relevantes, o quien no informa a las autoridades de finanzas respecto de circunstancias impositivamente relevantes y, de ese modo, reduce impuestos u obtiene para sí o para otros beneficios tributarios no justificados, § 370, ap. 1, 1ª y 2ª alternativa, AO.

Según ello, actúa típicamente en el sentido del § 370, ap. 1, AO quien violando sus deberes tributarios de colaboración o de revelación, sea mediante datos falsos u omisión contraria al deber de colaborar, reduce impuestos o consigue injustificadamente beneficios tributarios para sí o para otros. De acuerdo con esto, la acción típica relevante es la presentación de declaraciones tributarias incorrectas, y esta acción típica es el punto de contacto con la complicidad.

Por lo tanto, se puede aceptar sin problemas que constituye favorecimiento del hecho principal de fraude fiscal que el empleado bancario emita certificados de contenido incorrecto referidos a rendimientos de intereses o a estados de cuentas, a pesar de que sabe que el cliente las utilizará en procedimientos tributarios para evadir impuestos. En tal caso, los certificados sirven para dar apariencia de credibilidad a datos falsos. Así se mejoran las posibilidades del autor de ejecutar con éxito el hecho; el hecho es fomentado objetiva y subjetivamente.

No es en absoluto obvio que exista un acto de favorecimiento en un sentido semejante en el caso de la violación de los deberes del § 154 AO por parte de un empleado bancario y a favor de un cliente. Quien viola los deberes de identificación regulados en el § 154 AO al abrir una cuenta o quien realiza planes de negocios a través de cuentas de un solo uso, a pesar de que el nombre del interviniente es conocido

[94] Cfr., p. ej., BVerfG, Cámara 2ª de la Sala 2ª, *StV* 1994, p. 353 con comentario de OTTO, «Anmerkung zu BVerfG v. 23.03.1994 - 2 BvR 396/94», *StV,* 1994, pp. 409 ss.

y que ya tiene una cuenta, no mejora objetivamente las perspectivas de éxito que puedan tener los datos falsos en un procedimiento tributario. Pero, bajo ciertas circunstancias, se facilita el hecho reforzando al autor en su decisión de cometer el hecho, porque este se siente seguro de que las eventuales pesquisas serán infructuosas. No obstante, lo mismo ocurre cuando el autor del fraude fiscal sabe que su "dinero en negro" está depositado en el exterior o se halla en la cuenta de un tercero, cuando ha puesto su dinero en títulos al portador cuyos cupones planea canjear por efectivo, o cuando cobra en efectivo en el banco alemán vinculado el cheque abierto que ha recibido por los dividendos producidos en el extranjero.[95]

De acuerdo con las reflexiones sobre el encubrimiento, en el sentido de que el tipo penal no exige la quiebra del contacto social con el autor del delito, en el caso de la frustración de la pretensión estatal tributaria también se debe partir de la base de que, por un lado, solo pueden tornarse relevantes aquellas conductas que creen o incrementen el riesgo de frustrar o dificultar la consecución de la pretensión tributaria pero, por otro lado, el autor del delito tributario no debe ser aislado de los negocios bancarios, de tal modo que también se pueden realizar con él aquellas prestaciones habituales en los negocios bancarios que no contravengan reglamentaciones legales o jurídicas.

De ello se deriva en concreto lo siguiente: así como no es culpable de complicidad en la evasión tributaria el comitente que le paga al trabajador la remuneración convenida por la obra, a pesar de que sabe que él no pagará impuestos,[96] tampoco es culpable de complicidad en la evasión tributaria del cliente el empleado bancario que realiza una transferencia al extranjero que sirve para colocar dinero en el extranjero, a pesar de que sabe que el cliente no tiene pensado pagar impuestos por los ingresos: quien ayuda a otro a percibir ingresos y, así, al mismo tiempo ayuda a que nazca una pretensión impositiva, no dificulta con su conducta la consecución de esa pretensión impositiva.[97] Crear la pretensión no es frustrar la consecución de la pretensión, aun cuando la frustración presupone la creación de la pretensión. El acto de creación y las respectivas ayudas para ese acto no crean un riesgo jurídicamente relevante de dificultar o frustrar la consecución de la pretensión.

Las "acciones adelantadas de encubrimiento" que se mantienen dentro del marco de las prestaciones jurídicamente permitidas y habituales para clientes, tampoco pueden ser interpretadas como acciones de complicidad jurídicamente reprobadas. Si se las quisiera ver como como típicas en el sentido de la complicidad, se crearía en última instancia un deber jurídico del empleado bancario de garantizar la veracidad impositiva del cliente bancario. Empero, el empleado bancario no es garante de que el cliente se comporte honradamente con respecto a sus impuestos. El legislador bien puede reglamentar jurídicamente qué controles, exámenes de legitimación y, dado el caso, deberes de denuncia, pueden surgir en determinadas situaciones. Esto es lo que hizo el legislador, p. ej., con el blanqueo de capitales en el § 261 StGB y en la Ley de blanqueo de capitales. Con respecto a la salvaguardia y la posibilitación, bajo ciertas circunstancias, de la persecución necesaria de la pretensión tributaria, se hallan reglamentaciones similares, p. ej., en el § 154 AO. Quien contraviene esta disposición sabe que, desde el punto de vista del legislador, dificulta la consecución de la pretensión impositiva y, así, crea un riesgo para esa pretensión que excede la medida permitida.[98] Lo mismo rige en el caso en que el empleado

[95] Para más casos particulares, cfr. MOOS, en LEITNER (ed.), *Finanzstrafrecht*, pp. 110 ss.; OTTO, *ZKredW*, 1994, pp. 775 ss.; cfr. también MESSNER, *DB*, 1996, p. 2197.

[96] Al respecto, cfr. BGH *wistra*, 1988, p. 261; BGH *NStZ*, 1992, p. 498, con referencia a BGH *MDR* 1980, 950, BGH *MDR* 1981, 863, BGH *NJW,* 1982, p. 1952. Respecto de esta constelación de casos, detalladamente: MOOS, en LEITNER (ed.), *Finanzstrafrecht*, pp. 112 ss.

[97] Al respecto, cfr. también NIEDERMAIR, *ZStW,* (107), 1995, p. 527.

[98] De otra opinión, LÖWE-KRAHL, *Risiken*, pp. 28 ss.; EL MISMO, *Verantwortung*, pp. 30 ss.

bancario sabe que con su actividad fomenta, posibilita o mantiene viva una empresa criminal.[99] Pero, además, rige la regla de que el empleado bancario no es culpable de complicidad en el fraude fiscal del cliente al realizar negocios bancarios típicos de la profesión, cuando no viola las reglas jurídicas destinadas a asegurar la consecución de la pretensión impositiva.[100] Es irrelevante que el empleado bancario, en estas actividades, actúe con conocimiento de la evasión tributaria o, incluso, con motivo y en vista de la evasión.

7. Conclusiones

Trasladar a la complicidad las consideraciones desarrolladas por Theodor LENCKNER respecto del encubrimiento confirma que él estaba en lo correcto al distanciarse críticamente de los intentos de negar relevancia jurídico-penal de manera general a las acciones cotidianas o a las conductas específicas de la profesión. Es necesario hacer distinciones:

1. Las acciones específicas de la profesión o adecuadas a esta no realizan el tipo de la complicidad punible cuando quien ayuda no conoce el hecho principal ni tiene la intención de fomentarlo, pero probablemente sí supone, con dolo eventual, que se realizará.

2. Las acciones cotidianas y las conductas típicas de la profesión que constituyen una realización de los contactos sociales desarrollados con el autor no son acciones punibles de frustración en el sentido del encubrimiento. Por lo tanto, tampoco son punibles como complicidad bajo la forma de "acciones adelantadas de encubrimiento".

8. Bibliografía

ARZT, «Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1990, pp. 1 ss.

ARZT/WEBER, *Strafrecht, Besonderer Teil*, t. IV, 2ª ed., Gieseking, Bielefeld, 1989.

BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10ª ed., Gieseking, Bielefeld, 1995.

CLASS, «Die Kausalität der Beihilfe», en SPENDEL (ed.), *Studien zur Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966*, Holzner, Wurzburgo, 1966, pp. 115 ss.

CRAMER, «§ 27», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 25ª ed., Beck, Múnich, 1997.

DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48ª ed., C.H. Beck, Múnich, 1997.

FLATTEN, *Zur Strafbarkeit von Bankangestellten bei der Geldwäsche*, Lang, Fráncfort del Meno, 1996.

FRISCH, *Tatbeständsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg, 1988.

———, «Zum tatbestandsmäßgen Verhalten der Strafvereitelung – OLG Stuttgart, NJW 1981, 1569», *Juristische Schulung*, 1983, pp. 915 ss.

[99] Al respecto, cfr. las referencias de jurisprudencia de la nota 82.

[100] Coincidente, MOOS, en LEITNER (ed.), *Finanzstrafrecht*, p. 112; MESSNER, *DB*, 1996, p. 2198; RANSIEK, *wistra*, 1997, pp. 43, 47.

————, «Tatbestandsprobleme der Strafvollstreckungsvereitelung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, pp. 2471 ss.

GEPPERT, «Strafvereitelung durch Unterkunftsgewährung», *JURA-Kartei,* 81, StGB § 258/2.

HASSEMER, «Professionelle Adäquanz Teil I und II», *wistra*, 1995, pp. 41, 81.

HEFENDEHL, «Examensklausur Strafrecht: Der mißbrauchte Farbkopierer», *Juristische Ausbildung*, 1992, pp. 374.

HERZBERG, «Herzberg Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1971, p. 1.

HRUSCHKA, «Anmerkung zu der Entscheidung BGHSt 31, 136», *Juristische Rundschau*, 1983, p. 177.

JAKOBS, «Akzessorietät, zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, p. 253.

————, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., de Gruyter, Berlín, 1991.

JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996.

KITKA, *Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bey einem Verbrechen und deren Strafbarkeit*, Mösle und Braumüller, Viena, 1840.

KÖHLER, *Deutsches Strafrecht*, Keip, Goldbach, 1917.

KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Vahlen, Múnich, 1997.

KÜPER, «Die gemeinschaftliche Körperverletzung im System der Konvergenzdelikte», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1997, p. 324.

KÜPPER, «Strafvereitelung und „sozialadäquate" Handlungen», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1987, p. 385.

LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 22ª ed., Beck, Múnich, 1998.

LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, Nomos, Baden Baden, 1995.

LENCKNER, «Zum Tatbestand der Strafvereitelung», en STREE/SCHRÖDER, *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, Beck, Múnich, 1978, p. 339.

LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1972.

LÖWE-KRAHL, «Beteiligung von Bankangestellten an Steuerhinterziehung ihrer Kunden – die Tatbestandsmäßigkeit berufstypischer Handlung», *wistra*, 1995, p. 201.

————, *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengescläften,* 1990.

————*, Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Banktätigkeiten*, tesis doctoral, Kiel, 1989.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil 2*, 7ª ed., Müller, Heidelberg, 1989.

MESSNER, *DB*, 1996, p. 2198.

MEYER-ARNDT, «Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *wistra*, 1989, p. 281.

MOOS, «Sozialadäquanz und objektive Zurechnung bei Tatbeiträgen im Finanzstrafrecht», en LEITNER (ed.), *Aktuelles zum Finanzstrafrecht*, Linde, Wien, 1996, p. 85.

NIEDERMAIR, «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (107), 1995, p. 507.

OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., de Gruyter, Berlín, 1996.

———, «StR: Der Vorsatz», *Juristische Ausbildung*, 1996, p. 468.

———, «Anmerkung zu BVerfG v. 23.03.1994 - 2 BvR 396/94», *Strafverteidiger,* 1994, p. 409.

———, «Beihilfe des Angestellten zur Steuerhiterziehung», *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, 1994, p. 775.

———, «Bedingter Vorsatz beim Weiterreichen gefälschter Urkunden durch Verteidiger», *JURA-Kartei*, 93, StGB, § 267/17.

———, «Straflose Teilnahme?», en WARDA/LANGE (ed.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, Berlín, 1976, p. 197.

PHILIPOWSKI, «Steuerstrafrechtliche Probleme bei Bankgeschäften», en KOHLMANN (ed.), *Strafverfolgung und Strafvereitelung im Steuerstrafrecht*, Schmidt, Colonia, 1983, p. 131.

RANFT, «Das garantiepflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (97), 1985, p. 268.

RANSIEK, «Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht. Der Dresdner Bank-Fall und andere Beispiele», *wistra*, 1997, p. 41.

———, *Unternehmensstrafrecht: Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen*, Müller, Heidelberg, 1996.

ROXIN, «Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft by Grace Marie Luise Schild Trappe», *JuristenZeitung*, 1996, p. 29.

———, «Was ist Beihilfe?», en KÜHNE (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Nomos, Baden Baden, 1995, p. 501.

———, «Zum Strafgrund der Teilnahme», en KÜPER (ed.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, 1993, p. 365.

———, «§ 27», en JESCHECK, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, de Gruyter, Berlín, 1992.

———, «Bemerkungen zum Regreßverbot», en JESCHECK (ed.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, de Gruyter, Berlín, 1989, p. 177.

RUDOLPHI, «Vor § 1», en RUDOLPHI (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch I*, Luchterhand, Berlín, actualizado a junio de 1997.

———, «Strafbarkeit der Beteiligung an den Trunkenheitsdelikten im Straßenverkehr», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1970, p. 365.

SAMSON, «§ 27», en RUDOLPHI (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch I*, Luchterhand, Berlín, actualizado a junio de 1997.

———, «Die Kausalität der Beihilfe», en BAUMANN/PETERS (ed.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Mohr, Tubingia, 1974, p. 121.

SCHAFFSTEIN, «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe», en BARTH/HONIG (ed.), *Festschrift für Richard M. Honig: zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970*, Schwartz, Gotinga, 1970, p. 169.

SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft?*, Stämpfli, Berna, 1995.

SCHROEDER, «§ 16», en JESCHECK, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, de Gruyter, Berlín, 1985.

———, «Comentario a LG Hannover, 7. 10. 1975 - 12 Kls 4/73», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, p. 978.

SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr, Tubingia, 1986.

SPENDEL, «Beihilfe und Kausalität», en JESCHECK/DREHER (ed.), *Festschrift für Eduard Dreher: zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, de Gruyter, Berlín, 1977, p. 167.

STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988.

STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 3ª ed., Heymann, Colonia, 1981.

STREE, «§ 258», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 25ª ed., Beck, Múnich, 1997.

TAG, «Beihilfe durch neutrales Verhalten», *Juristische Rundschau*, 1997, p. 49.

TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Múnich, 1997.

V. BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Guttentag, Berlín, 1907.

VOGLER, «Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat», en LÜTTGER (ed.), *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, Berlín, 1972, p. 295.

VOGT, *Berufstypisches Verhalten und Grenzen der Strafbarkeit im Rahmen der Strafvereitelung*, Diss. Tübingen, Shaker, Aachen, 1992.

WEBER, «Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund», *JuristenZeitung*, 1951, p. 260.

WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 27ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1997.

WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, 11ª ed., de Gruyter, Berlín, 1969.

WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, Nomos, Baden-Baden, 1995.

9. Sentencias

BayObLGSt 1959, pp. 132, 138.

BGH, 3 StR 525/84, sentencia del 23/1/1985, p. 9.

BGH, en *GA (Goltdammer's Archiv für Strafrecht)* 1981, p. 133.

BGH, en *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*, 1951, p. 451; 1993, p. 274; 1996, p. 2517.

BGH, en *NStZ* (Neue Zeitschrift für Strafrecht), 1985, p. 318; 1992, p. 498.

BGH, en *wistra*, 1988, p. 261.

BGH, en *ZIP* (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht), 1994, p. 1930.

BGHSt, 2, pp. 129, 131; 4, p. 107; 8, p. 390, p. 391; 31, p. 136;

BVerfG, Cámara 2ª de la Sala 2ª, StV 1994, p. 353.

LG Hannover, en *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*, 1976, p. 979.

OLG Hamburg, en *JR (Juristische Rundschau)*, 1953, p. 27.

OLG Karlsruhe, en *NStZ* (Neue Zeitschrift für Strafrecht), 1985, p. 78.

OLG Koblenz, en *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*, 1982, p. 2785.

OLG Stuttgart, en *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*, 1981, p. 1569.

RGSt, 6, p. 169; 8, p. 267; 11, 56, 63; 39, 44, 48; 58, 113, 114 s.; 67, 191, 193; 73, 151, 153, 154.

InDret
4.2022

Nicole Rafter
Northeastern University, USA
-

Crimen, Cine y Criminología

Películas recientes sobre delitos sexuales

Sumario

-

Este artículo tiene como objetivo dotar al estudio de películas sobre delincuencia de una mayor relevancia y dirección mediante la pregunta: ¿Cómo se relacionan las películas sobre delincuencia con la criminología? Utilizando el ejemplo de películas recientes sobre delitos sexuales, voy a defender que que las películas sobre delincuencia deben entenderse como un aspecto de la criminología popular y la criminología popular como un aspecto de la criminología misma. Si definimos la criminología como el estudio de la delincuencia y de los delincuentes, queda claro que el cine es una de las fuentes de información principales a través de las cuales las personas obtienen sus ideas sobre la naturaleza de la delincuencia. Algunas de esas ideas son un eco de la criminología académica, mientras que otras aportan perspectivas éticas, filosóficas y psicológicas más allá del alcance de la investigación académica. Al reconocer que la criminología popular es parte integral de la criminología, podemos impulsar el estudio de las películas sobre delincuencia, además de la criminología misma.

Abstract

-

This article aims at giving crime-film research a stronger sense of purpose by asking: How do crime films relate to criminology? Using the example of recent films about sex crimes, I argue that crime films should be conceptualized as an aspect of popular criminology, and popular criminology as an aspect of criminology itself. If we define criminology as the study of crime and criminals, it becomes clear that film is one of the primary sources through which people get their ideas about the nature of crime. Some of those ideas echo academic criminology, while others bring to bear ethical, philosophical and psychological perspectives beyond the scope of academic research. By recognizing that popular criminology is integral to criminology, we can invigorate the study of crime films—and criminology itself.

Title: *Crime, Film and Criminology. Recent sex-crime movies.*

-

Palabras clave: Delincuencia y cultura popular, películas sobre delincuencia, criminología cultural, películas jurídicas, películas sobre delitos sexuales
Keywords: *crime and popular culture, crime films, cultural criminology, law films, sex-crime films*

-

InDret

4.2022

Índice

-

1. Introducción
2. Películas sobre Delincuencia y Películas Jurídicas
3. Estudiando Películas sobre Delincuencia: Algunos Apuntes sobre Metodología
4. Películas Contemporáneas sobre Delitos Sexuales
5. Los Riesgos de Determinar la Culpabilidad
6. El Vecino de al Lado
7. Los Riesgos de Explorar la Autenticidad Sexual Personal
8. Películas sobre Delincuencia como Parte de la Criminología
9. Conclusión: Películas sobre Delincuencia y Criminología Académica
10. Notas
11. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

En la actualidad, se está produciendo un nuevo desarrollo dentro de la criminología: una creciente conciencia sobre cómo el cine contribuye a la comprensión del crimen y, como resultado, la cantidad de estudios que analizan las películas sobre delincuencia ha incrementado considerablemente. Algunos de estos estudios se centran en películas específicas[1], mientras que otros tratan las películas sobre delincuencia de manera más general[2]. Algunos miran un género o subgénero en particular[3]; otros examinan las películas sobre delincuencia en el contexto de un fenómeno criminológico más amplio, como por ejemplo la crisis carcelaria estadounidense[4], el movimiento de milicias[5] o la construcción social de los asesinatos en serie[6]. Por otro lado, otros autores se enfocan en las construcciones de género[7]. Este tipo de análisis - la lista podría extenderse por varias páginas – difiere de los trabajos realizados en el dominio de los estudios cinematográficos que utilizan categorías delictivas de manera heurística con el fin de aislar un subgrupo para el propio análisis cinematográfico de tales géneros/subgéneros, tal como las películas de gánsteres[8] o las películas sobre prostitución[9]. En cambio, los libros y artículos por los cuales me intereso en este documento se ocupan sobre el potencial que poseen este tipo de películas para una posible contribución sustancial a la criminología a través de las perspectivas que brindan sobre policías, traficantes de drogas, atracadores, prisioneros, asesinos en serie, víctimas, etc.

En el presente artículo analizo la relevancia criminológica de este creciente cuerpo de literatura que estudia las películas sobre delincuencia; mi objetivo es validar y estimular dicha investigación mediante el análisis sobre la relación entre las películas sobre delincuencia y la criminología académica. Comienzo comparando la literatura en torno a películas sobre delincuencia con el trabajo realizado en el campo de los estudios jurídicos respecto a «películas jurídicas», una literatura que está mucho mejor desarrollada y que posee una relevancia más definida. Por lo tanto, en este artículo reflexiono en torno a qué pueden aprender los estudiosos del cine sobre delincuencia del movimiento del «cine jurídico». Continúo examinando un conjunto de películas recientes sobre delitos sexuales, utilizándolas para corroborar e ilustrar la relación entre el cine y la criminología. A través del argumento sobre como las películas sobre delincuencia constituyen una forma de

---

* Traducción por CANO-COBANO, Eric (eric.cano@upf.edu) de RAFTER, Nicole, «Crime, Film and Criminology. Recent sex-crime movies», en *Theoretical Criminology*, Vol. 11, Número 3, 2007, pp. 403-420.

[1] O'BRIEN/TZANELLI/YAR/PENNA, «The Spectacle of Fearsome Acts": Crime in the Melting P(l)ot in Gangs of New York», *Critical Criminology*, 13(1), 2005, pp. 17–35.

[2] TZANELLI/YAR/O'BRIEN, «Exploring Crime in the American Cinematic Imagination», *Theoretical Criminology*, 9(1), 2005, pp. 97–117. y RAFTER, *Shots in the Mirror: Crime Films and Society* (2nd ed.), Oxford University Press, New York, 2006.

[3] Para películas policiacas, véase KING, *Heroes in Hard Times: Cop Action Movies in the U.S.*, PA: Temple University Press, Philadelphia, 1999. Para películas sobre psicópatas, véase RAFTER, «Badfellas», en FREEMAN (ed.), *Law and Popular Culture*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 339–357.

[4] BROWN, *Penological Crisis in America: Finding Meaning in Imprisonment Post-Rehabilitation*, PhD diss., Dept of Criminal Justice and American Studies Program, Indiana University, 2003.

[5] CHERMAK, *Searching for a Demon: The Media Construction of the Militia Movement*, MA: Northeastern University Press, Boston, 2002

[6] JENKINS, *Using Murder: The Social Construction of Serial Homicide*, Aldine de Gruyter, New York, 1994.

[7] Véase SPARKS, «Masculinity and Heroism in the Hollywood Blockbuster», *British Journal of Criminology,* 36(3), 1996, p. 348–60; BAILEY/POLLOCK/SCHRODER, «The Best Defense: Images of Female Attorneys in Popular Films», en BAILEY/HALE (eds.), *Popular Culture, Crime, and Justice*, West/Wadsworth, Belmont, CA, 1998, pp. 180–195 y CAVENDER, «Detecting Masculinity», en FERRELL/WEBSDALE (eds.), *Making Trouble: Cultural Constructions of Crime, Deviance, & Control*, Aldine de Gruyter, New York, 1999, pp. 157–175.

[8] MUNBY, *Public Enemies, Public Heroes: Screening the Gangster from Little Caesar to Touch of Evil*, University of Chicago Press, Chicago, IL, 1999.

[9] CAMPBELL, *Marked Women: Prostitutes and Prostitution in the Cinema*, WI: University of Wisconsin Press, Madison, 2005.

criminología popular, constituyendo pues un discurso paralelo a la criminología académica y de igual significado social, a lo largo de este artículo sugiero un modelo para comprender el proceso a través del cual las películas sobre delincuencia dan forma a nuestro pensamiento sobre el crimen. Concluyo que los estudios del cine sobre delincuencia podrían adquirir la fuerza y el vigor del movimiento del cine jurídico si se centraran de forma más precisa y coherente en la importancia criminológica de las películas sobre delincuencia.

2. Películas sobre Delincuencia y Películas Jurídicas

En su forma actual, todavía emergente, la literatura de películas sobre delincuencia sigue siendo amorfa, carente de la coherencia que sí tiene la literatura de películas jurídicas. Las películas sobre casos y juicios se convirtieron en un tema dentro de los estudios jurídicos en la década de 1980, comenzando con estudios de películas de tribunales y abogados[10], pero expandiéndose rápidamente para incluir, primero, todas las películas que tratan explícitamente fenómenos pertenecientes al derecho civil o penal[11] y, más tarde, películas que tratan sobre el derecho de manera implícita o indirecta[12]. Así, la categoría de películas jurídicas ahora incluye (por ejemplo) *Dirty Harry* (1971), una película que trata, desde una perspectiva policial, la tensión legal entre las garantías del proceso por un lado y los objetivos de control del crimen por el otro: en lugar de un abogado, el protagonista es un héroe de acción. También incluye películas que tratan fundamentalmente, aunque de manera implícita, las relaciones de los individuos con el derecho - o procesos similares a la ley -, como, por ejemplo, *The Godfathers* (1972, 1974, 1990), *Do the Right Thing* (1989) y *Falling Down* (1993).

A diferencia de los estudios de películas sobre crímenes, la investigación de películas jurídicas se desarrolló rápidamente, generando un movimiento dentro de los estudios del derecho que construyó un cuerpo de literatura, impartió cursos de películas sobre casos y juicios y, en última instancia, aceptó las implicaciones de las películas jurídicas como íntegras a la definición de «derecho»[13]. Dentro de los estudios legales, las películas jurídicas se consideran una fuente válida de información sobre las actitudes populares hacia el derecho a la vez que una forma de discurso legal, representando pues un componente del derecho mismo[14]. Si bien varios factores explican este éxito, hay dos que son especialmente importantes. En primer lugar, aunque la definición de «películas jurídicas» evolucionó con el tiempo, los estudiosos del cine jurídico generalmente estaban de acuerdo acerca del objeto general de su investigación, al igual que hoy en día, y por lo general concordaban con una definición de *película jurídica* que incluía cualquier tipo de filme que tratase, de manera central, con temas y problemas legales[15]. Este consenso sobre cuál era el tema de análisis ha ayudado a unificar un movimiento de investigadores e investigaciones de películas jurídicas y crear una base sobre la cual los académicos pueden construir dicho cuerpo de literatura al respecto. En segundo lugar, dicho movimiento ha tenido éxito porque, aunque su literatura es diversa en cuanto a temas y enfoques, la mayoría de los estudios plantean la misma pregunta: ¿Cómo se relacionan las películas jurídicas con el derecho y el estudio del derecho[16]? Además, estos tienden a

---

[10] Por ejemplo, CHASE, «Lawyers and Popular Culture: A Review of Mass Media Portrayals of American Attorneys», *American Bar Foundation Research Journal*, 11(2), 1986, p. 281–300 y POST, «On the Popular Image of the Lawyer: Reflections in a Dark Glass», California Law Review 75, 1987, p. 379–389.

[11] Por ejemplo, BERGMAN/ASIMOW, *Reel Justice: The Courtroom Goes to the Movies*, Andrews & McMeel, Kansas City, MO, 1996 y DENVIR, *Legal Reelism: Movies as Legal Texts*, University of Illinois Press, Urbana, IL, 1996.

[12] Véase CHASE, *Movies on Trial: The Legal System on the Silver Screen*, The New Press, New York, 2002. y FREEMAN (ed.), *Law and Popular Culture*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

[13] ROBSON, «Law and Film Studies: Autonomy and Theory», en FREEMAN (ed.), *Law and Popular Culture*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 21–46.

[14] Véase GREENFIELD/OSBORN/ROBSON, *Film and the Law*, Cavendish, London, 2001 y CHASE, *American Bar Foundation Research Journal* 11(2), 1986, p. 281–300.

[15] Por ejemplo, GREENFIELD/OSBORN/ROBSON, *Film and the Law*, 2001.

[16] Por ejemplo, FREEMAN (ed.), *Law and Popular Culture*, 2005.

responder con una respuesta común: las películas jurídicas son parte integral del derecho en sí mismo y por lo tanto comprenden un discurso popular que debe entenderse si se quiere entender por completo la naturaleza del derecho. Este consenso general sobre los tipos de preguntas que deben realizarse y la forma en las que se enmarcan las respuestas les ha otorgado a los estudiosos del cine jurídico un sentido de «propósito común»: un sentido de misión. También, este movimiento ha conseguido que sus investigaciones se consideren relevantes por los demás académicos en el campo del derecho. En este sentido, la pregunta fundamental y sus respuestas han legitimado el estudio de las películas jurídicas, facilitando la introducción de cursos al respecto en los planes de estudio de las facultades de derecho. De igual modo, podría afirmarse que, si los estudiosos del cine sobre delincuencia también pueden encontrar puntos en común, su literatura podría madurar en líneas similares.

Las películas jurídicas y las películas sobre delincuencia se superponen. Tal como explico con más profundidad en otro lugar[17], la mejor manera de definir las películas sobre delincuencia es como películas en las que el crimen o sus consecuencias son centrales en el desarrollo de la trama de la película en sí. Su relación con las películas jurídicas se vuelve clara si pensamos en las categorías de películas en términos de filas de cajas de diferentes tamaños. En el nivel inferior, en cajas del tamaño de un CD, hay películas específicas como el primer *Dirty Harry* de Clint Eastwood y *The Veredict* (1982), la película de Paul Newman sobre un abogado alcohólico a cargo de un caso de negligencia médica. En el siguiente nivel, en cajas un poco más grandes, hay grupos de películas relacionadas: todas las películas de la saga *Dirty Harry*, por ejemplo, o todas las películas sobre abogados que superan desafíos personales para triunfar en los tribunales. En el siguiente nivel superior, hay cajas aún más grandes que contienen géneros: películas sobre el derecho civil, películas de policías, películas de mujeres abogadas, películas sobre la pena de muerte, películas de psicópatas, etc. En el nivel superior, los recuadros más grandes representan categorías amplias, como películas sobre delincuencia y de derecho. Este modelo nos da una forma de pensar en la clasificación, pero también nos permite cambiar conceptualmente las películas de una caja a otra para estudiar su interrelación y, en ocasiones, agregar una nueva caja a uno de los estantes[18]. Además, el modelo deja claro que una película en particular puede ocupar más de un lugar. Por ejemplo, *Dirty Harry* podría colocarse en la categoría de película jurídica o sobre delincuencia, según el propósito analítico de cada uno.

Sin embargo, aunque las propias películas sobre delincuencia pueden definirse claramente y su relación con las películas jurídicas puede especificarse de forma concisa, la literatura con respecto a este tipo de filmes sigue desarrollándose sin una clara dirección. Si bien puede observarse una infraestructura teórica y cierto ímpetu en la nueva «criminología cultural»[19], hasta ahora, salvo en algunas excepciones[20], esta corriente ha producido poco material correspondiente con el análisis cinematográfico. Este artículo tiene como objetivo dar al estudio de películas sobre delincuencia una dirección y una relevancia mayor al preguntar: ¿Cómo se relacionan las películas sobre delincuencia con la criminología? Esta pregunta, puede entenderse pues como la misma cuestión que se plantea en el movimiento que estudia las películas jurídicas: ¿Cómo se relacionan las películas jurídicas con el derecho y con el estudio del derecho? De manera similar, mi respuesta es

---

[17] RAFTER, *Shots in the Mirror: Crime Films and Society*, (2nd ed.), 2006.

[18] TISO, «The Spectacle of Surveillance: Images of the Panopticon in Science-Fiction Cinema», s.f., Disponible en www.homepages.paradise.net.nz/gtiso/ filmessay

[19] Véase FERRELL, «Cultural Criminology», *Annual Review of Sociology* 25, 1999, p. 395–418; FERRELL/ SANDERS (eds.), *Cultural Criminology*, Northeastern University Press, Boston, MA, 1995; FERRELL/WEBSDALE (eds.), *Making Trouble: Cultural Constructions of Crime, Deviance, & Control*, Aldine de Gruyter, New York, 1999; FERRELL/HAYWARD/ MORRISON/PRESDEE (eds.), *Cultural Criminology Unleashed*, GlassHouse Press, London, 2004 y HAYWARD/YOUNG, «Cultural Criminology: Some Notes on the Script», *Theoretical Criminology* 8(3), 2004, p. 259–273.

[20] Véase EPSTEIN, «The New Mythic Monster', en FERRELL/ SANDERS (eds.), *Cultural Criminology*, Northeastern University Press, Boston, MA, 1995, pp. 66–79 y CAVENDER, en *Making Trouble: Cultural Constructions of Crime, Deviance, & Control*, Aldine de Gruyter, 1999, pp. 157–175.

también paralela a la respuesta que ha dotado de coherencia al estudio de las películas jurídicas: las películas constituyen un aspecto de la criminología, un discurso popular que necesita ser reconocido y analizado si se pretende que la propia criminología— el estudio de la delincuencia y los delincuentes —sea completamente entendida. En este sentido, no me pregunto ¿qué dicen las películas policíacas sobre las causas del delito?; si bien esta es una pregunta importante (y una que abordo en otra parte[21]), no se trata de la cuestión principal de esta pieza académica: mi preocupación central en este artículo es la relación entre las películas sobre delincuencia y la criminología.

3. Estudiando Películas sobre Delincuencia: Algunos Apuntes sobre Metodología

Para abordar este tema, examino seis películas recientes sobre delitos sexuales: *L.I.E.* (2001), *Capturing the Friedmans* (2003), *In the Cut* (2003), *Monster* (2003), *Mystic River* (2003) y *The Woodsman* (2004). Permítanme decir algunas palabras sobre mis principios de selección, ya que cualquiera que estudie películas sobre delincuencia se enfrenta casi inmediatamente de frente con un problema metodológico: la amplia gama de ejemplos disponibles hace que sea fácil respaldar casi cualquier argumento en el caso de que se seleccione de forma asistemática. Este problema, que yo sepa, no ha sido considerado ni por los especialistas en estudios cinematográficos ni por los estudiosos del cine jurídico. Se trata de un problema que los criminólogos, muchos de los cuales cuentan con experiencia en métodos sociológicos, pueden abordar, contribuyendo así a los estudios cinematográficos en general. *Heroes in Hard Times* (1999), de KING[22], es uno de los pocos estudios de cine sobre delincuencia que soluciona dicho problema (véase también CAVENDER[23]). KING se realiza la selección de su muestra definiendo cuidadosamente el universo de películas que analizará (películas de acción policíaca de EE. UU.) y luego examinando cada ejemplo producido en un período de tiempo específico.

Siguiendo el ejemplo de KING[24], limité mi muestra a todos los dramas estadounidenses centrados en delitos sexuales y estrenados entre 2000 y 2004. Elegí el año 2000 como mi fecha de inicio para poder ver lo que estaba sucediendo a partir del nuevo milenio y 2004 como mi fecha límite debido a comenzar esta investigación a principios de 2005. Para identificar las películas que caían dentro de mis parámetros, hice una 'búsqueda avanzada' a través de la base de datos de películas de Internet (www.imdb.com), usando las palabras clave 'delitos sexuales' como mi referencia de búsqueda y excluí comedias, películas hechas para televisión, cortometrajes y producciones directas a video. Las limitaciones hicieron que tuviera que excluir de la discusión varios ejemplos excelentes y recientes como *Happiness* (1998) y *La Mala Educación* de Pedro Almodóvar (2004). Sin embargo, la naturaleza sistemática de mi muestra me permitió hablar definitivamente sobre cómo las películas estadounidenses realizadas en el período 2000-2004 «*enmarcaban*» los delitos sexuales[25], es decir, cómo dotaban de significado a esta clase de delitos.

Las seis películas varían considerablemente entre sí, pero todas comparten una falta de interés en analizar este tipo de problemas de forma simplista o en términos de *blanco y negro*. Evitando las divisiones fáciles entre víctimas y perpetradores, examinan el entrelazamiento de la culpabilidad y la inocencia, mostrando que los delincuentes pueden haber sido víctimas alguna vez de tales delitos, o que las propias víctimas se comportaron de manera ambigua. La mayoría está preocupada por las brechas entre la apariencia y la realidad. Los filmes que tratan sobre menores en particular se preguntan si las medidas adoptadas para proteger a los jóvenes pueden resultar contraproducentes

---

[21] RAFTER, *Shots in the Mirror: Crime Films and Society*, (2nd ed.), 2006.

[22] KING, *Heroes in Hard Times: Cop Action Movies in the U.S.*, 1999.

[23] CAVENDER, Gray, en *Making Trouble: Cultural Constructions of Crime, Deviance, & Control*, 1999, pp. 157–175.

[24] KING, *Heroes in Hard Times: Cop Action Movies in the U.S.*, 1999.

[25] GAMSON/CROTEAU/HOYNES/SASSON, «Media Images and the Social Construction of Reality», *Annual Review of Sociology*, 18, 1992, p. 373–393.

y causar más daño que bien. Algunos preguntan si deberíamos tratar de vivir con delincuentes sexuales en nuestras comunidades y si esas personas son moralmente responsables o si tienen enfermedades mentales. Estos largometrajes tienden a utilizar paletas oscuras, en parte debido a la severidad de su tema, en parte porque buscan expresar la oscuridad moral, la confusión y la omnipresencia del riesgo.

En la siguiente sección, comienzo poniendo las seis películas en contexto, esbozando brevemente la historia de las películas de delitos sexuales y los cambios recientes en la comprensión del mismo tipo de crímenes. Luego, analizo los ejemplos en base a tres temas principales: la dificultad de determinar y asignar la culpabilidad en casos de delitos sexuales; la banalidad y la ubicuidad de los delincuentes sexuales ('el tipo de al lado'); y los riesgos en que un individuo incurre al buscar su autenticidad sexual.

4. Películas Contemporáneas sobre Delitos Sexuales

Hasta hace poco, el cine evitaba tratar el tema de los delitos sexuales. Este fenómeno estuvo censurado durante mucho tiempo por el Código de Producción de Hollywood, que prohibió la representación de cualquier imagen que pudiera ofender la «decencia común»[26]. Asimismo, el tema también suponía un tabú para la sociedad y, en cualquier caso, nadie - incluidos los criminólogos - sabía mucho al respecto[27]. Además, la complejidad de las dinámicas y las relaciones víctima-agresor en los delitos sexuales no se presta a las distinciones explícitas y reductivas habituales de Hollywood entre el bien y el mal. En algunos casos, podemos ver como se trata de una ofensa notoria aquello que inspira la trama de una película, como sucedió cuando Fritz Lang basó *M* (1931) en los actos de Peter Kürten, el «Vampiro de Dusseldorf». En otras ocasiones, los guionistas cuelan los delitos sexuales por la puerta de atrás, como en el caso de *Cape Fear* (1961), en la que el psicópata pretende violar a la hija de su antagonista. No obstante, en su mayor parte, la naturaleza desagradable del tema se alió con la censura y la ignorancia para mantener al delito sexual fuera de la agenda cinematográfica.

El cambio comenzó a principios de la década de 1980, cuando un pánico moral sobre el abuso sexual infantil por parte de los trabajadores de las guarderías se extendió por todo Estados Unidos. En la actualidad, estos casos se recuerdan generalmente como el resultado de la histeria colectiva, como una cacería de brujas nacional alimentada por investigaciones apresuradas o como la implantación de falsos recuerdos en menores[28] [29]. Durante ese periodo, tales sucesos provocaron que la sociedad hablara sobre la posibilidad de explotación sexual por parte de figuras de confianza en la vida cotidiana y estimularon debates legales sobre cuestiones tales como si se debería exigir a los menores que testifiquen delante de una audiencia pública. Las discusiones sobre delitos sexuales se continuaron sucediendo al surgir casos de abuso por parte del clero, junto con las evidencias de encubrimientos masivos por parte de sacerdotes católicos de casos de explotación sexual infantil. De igual forma, varios casos particulares e infames erosionaron aún más el muro de secretismo que tradicionalmente había protegido a los delincuentes sexuales; por ejemplo, en EE. UU., la tragedia de Megan Kanka, de siete años, atraída a la casa de un vecino con la promesa de ver un cachorro, solo para ser violada y asesinada, causó indignación nacional, especialmente cuando se supo que el

---

[26] ELLIS, *A History of Film. Englewood Cliffs*, Prentice-Hall, New Jersey, 1979.

[27] En la escuela de posgrado en la década de 1970, me enseñaron que el incesto es algo que ocurre en los Apalaches cuando las adolescentes caminan en calzoncillos frente a sus padrastros.

[28] Véase NATHAN/ SNEDEKER, *Satan's Silence: Ritual Abuse and the Making of a Modern American Witch Hunt*, Basic Books, New York, 1995; LOFTUS/KETCHAM, *The Myth of Repressed Memory: False Memories and Allegations of Sexual Abuse*, St Martin's Press, New York, 1994; MITRY, *Semiotics and the Analysis of Film*, The Athlone Press, London, 2000 y DE YOUNG, *The Day Care Ritual Abuse Moral Panic*, McFarland & Company, Jefferson, NC, 2004.

[29] Nota 1.

vecino había sido condenado previamente por delitos sexuales. Del mismo modo, las extrañas predilecciones sexuales de asesinos en serie como Jeffrey Dahmer provocaron amplios debates sobre la responsabilidad legal de las personas con enfermedades psicosexuales. El reconocimiento de la violación durante citas románticas y del acoso sexual también ayudó a sacar a la luz el tema de los delitos sexuales, lo que volvió a aumentar la sensación de vulnerabilidad de las personas: los falsos recuerdos, los recuerdos recuperados, las acusaciones contra líderes religiosos y scouts, los registros de delincuentes sexuales y la ubicuidad del peligro se convirtieron en los temas favoritos de los medios de comunicación. Fue en este contexto que comenzaron a aparecer más películas de crímenes sexuales sexualmente explícitas. No es sorprendente que algunos de ellos trataran con dificultades en la percepción de tales sucesos.

5. Los Riesgos de Determinar la Culpabilidad

Mystic River tiene lugar en un barrio de Boston donde el río Mystic desemboca en el puerto, cerca del centro de la ciudad, pero en una especie de mundo aparte: una comunidad pequeña, aparentemente estable, de clase trabajadora, católica, dura y distante con los forasteros. La película, basada en una novela de Dennis Lehane, comienza con una escena de tres niños jugando. Uno de ellos es secuestrado por dos hombres adultos que lo retienen durante varios días en un sótano y lo violan repetidamente. El resto de la película muestra cómo los efectos del crimen original repercuten en la vida adulta de los menores y en la siguiente generación.

Unas décadas más tarde, la hija adolescente de Jimmy Markum (Sean Penn) - uno de estos niños -, quien se disponía a escaparse con su joven amante, es brutalmente asesinada. Jimmy, cuya familia está relacionada con dinámicas criminales, sospecha que Dave Boyle (Tim Robbins), el personaje que fue violado cuando era niño, es el asesino de su hija. Durante una noche y con la compañía de sus amigos matones - acertadamente llamados los hermanos Savage - Jimmy mata a Dave en la orilla del río. El tercer miembro del trío original, el policía estatal Sean Devine (Kevin Bacon), empieza a investigar la muerte de la hija y acaba descubriendo a su verdadero asesino además del delito cometido por Jimmy. Sin embargo, al menos por el momento, carece de pruebas para llevar a Jimmy ante la justicia. Así, los tres personajes centrales cumplen los roles de criminal, víctima y vengador, aunque el vengador no puede funcionar de manera efectiva. Su impotencia se ve subrayada por el hecho de que su esposa lo ha dejado y él no puede comunicarse con ella.

Los temas centrales en *Mystic River*: la percepción errónea a la hora de juzgar la realidad, el abandono, la pérdida de los padres, la pérdida de parejas e hijos, la pérdida de la infancia, la venganza... se desarrollan en un contexto de escenas nocturnas e interiores de acceso restringido. Por otro lado, puede verse como otro gran tema atraviesa el conflicto central de la película: el choque de valores entre la comunidad pequeña y cerrada y la sociedad en general, un fenómeno que los criminólogos describen como «conflicto cultural»[30]. Durante la historia, las maniobras de la empresa criminal de Jimmy, el código de silencio del vecindario y las generaciones de resentimiento hacia el mundo exterior trabajan para frustrar la investigación policial y hacer que la comunidad vuelva a organizarse con sus propios recursos. Al igual que la esposa de Sean, la comunidad es incapaz de hablar, incapaz de comunicarse más allá de sí misma. La resistencia de la comunidad al mundo exterior se resume en la escena final con la sonrisa que la esposa de Jimmy (Laura Linney) le dedica a la viuda de Dave, un asentimiento escalofriante y triunfal que afirma: te dejaremos sobrevivir aquí si no haces preguntas y juegas con nuestras reglas; el hambre de poder y el hambre de justicia de la viuda se han encontrado de frente, y el poder ha ganado. El barrio define sus propios valores.

Una comparación entre *Mystic River* y una película de un período anterior, *To Kill a Mockingbird* (1962), pone de relieve las cualidades distintivas de la obra más reciente. Ambas películas muestran

[30] SELLIN, «Culture Conflict and Crime», *Bulletin 41. Social Science Research Council*, New York, 1938.

un pequeño pueblo dividido por un crimen (en *Mockingbird*, acusaciones falsas de un crimen) contra una adolescente. Ambas hablan apasionadamente sobre la necesidad de guiar moralmente a los menores, de las esperanzas de los padres para sus hijos y de la corrosión del crimen; ambas muestran cómo se llevan a cabo acusaciones y vigilancias sobre personas equivocadas; y ambas tienen a alguien asociado con la ley que finalmente resuelve el crimen, aunque es demasiado tarde para evitar el juicio social. Sin embargo, *Mockingbird* tiene un héroe (uno cuyo nombre, Atticus Finch, se ha convertido en sinónimo de heroísmo) y una clara víctima (el hombre negro a quien dispararon los aspirantes a linchadores), mientras que en *Mystic River* no hay ningún héroe y la victimización es difusa, extendiéndose a círculos cada vez más amplios a través de la comunidad y las generaciones. Aunque Jimmy Markum no es un héroe, su acción de justiciero tampoco lo convierte en un villano; sigue siendo un personaje bien percibido por la comunidad, quien lucha por hacer lo correcto por su hija. *Mockingbird*, sin embargo, tiene villanos que los espectadores pueden odiar: los fanáticos que están dispuestos a negarle el derecho de justicia a un hombre negro. *Mystic River* vuelve a *Mockingbird* del revés, reemplazando sus brillantes escenas infantiles con tristeza y oscuridad. Sus mensajes criminológicos son, en general, más pesimistas, incluso trágicos. En su mundo, el mal es omnipresente, el crimen intratable, el sistema de justicia penal impotente y la redención moral es imposible.

*Capturing the Friedman*s también medita sobre los peligros de la determinación de culpabilidad, pero desde un ángulo totalmente distinto. El director Andrew Jarecki creó este documental sobre un caso real de abuso sexual infantil en Long Island, Nueva York, utilizando los videos caseros de la familia Friedman, dos miembros de los cuales fueron acusados a mediados de la década de 1980 de abusar sexualmente de menores que tomaban clases de informática. En su comunidad, Arnold Friedman, padre de tres hijos, antes considerado un ciudadano honrado, fue acusado de múltiples cargos de abuso sexual infantil. Este se declaró culpable y fue enviado a prisión, donde murió debido a un aparente suicidio. Su hijo adolescente, Jesse, también se declaró culpable, ya que su abogado le advirtió que la condena era inevitable y que una declaración de culpabilidad reduciría su condena: Jesse, quien casi con certeza no era culpable, cumplió 13 años.[31] Jarecki intercala imágenes de películas caseras filmadas obsesivamente por los Friedman con entrevistas que él mismo filmó años después; al hacerlo, crea una película que plantea preguntas, quizás sin respuesta, sobre la naturaleza de la culpa y la justicia.

El rompecabezas central de *Capturing the Friedmans* se centra en Arnold: ¿Fue un gran padre o un abusador de menores? ¿Un ciudadano modelo o un pervertido mentalmente enfermo? Nunca seremos capaces de saberlo. La respuesta es probablemente que era tanto un gran padre como un abusador de menores, aunque es dudoso que Arnold realmente abusara de menores en su casa de Long Island.

La intratabilidad de los problemas criminológicos planteados por *Capturing the Friedmans* surge a través de una comparación con una película sobre delincuencia clásica temprana, *M* de Fritz Lang. En *M*, la policía y el inframundo se unen para cazar a un hombre que viola y mata a niños, Hans Beckert, para así poder llevarlo ante algún tipo de justicia. En esta obra no hay héroe, ni tampoco hay una solución para el dilema moral central la historia, ya que Lang deja abierta la cuestión de la responsabilidad penal de Beckert, retratándolo como enfermo, indefenso y asqueado de sí mismo. Pero en *Capturing the Friedmans*, ni siquiera podemos estar seguros de que Arnold haya cometido un crimen, y no sabemos qué podría constituir una evidencia válida (en esta película, incluso las confesiones parecen ser sospechosas). Mientras que Beckert es un monstruo moral, Arnold es el buen padre de la casa de al lado. Desde el punto de vista criminológico, la película de Jarecki ofrece aún menos esperanza de que las comunidades puedan hacer frente a los delitos sexuales y, lo que es

[31] Para conocer los antecedentes del caso, consultar NATHAN, «Complex Persecution: A Long Island Family's Nightmare Struggle with Porn, Pedophilia, and Public Hysteria», *Village Voice*, 26 December, 2000, Disponible en http://www.villagevoice.com/news/0321

peor, muestra que, en el curso de la determinación de culpabilidad, los propios agentes del sistema de justicia penal pueden llegar a causar un daño inmenso e irreparable.

Otra versión más del entrelazamiento de la culpa y la inocencia se encuentra en *Monster*, la biografía de la prostituta Aileen (Lee) Wuornos (los medios de comunicación la llamaron «la primera asesina en serie de Estados Unidos»), ejecutada en Florida en 2002 por una serie de asesinatos. A primera vista, Wuornos no parece material prometedor para un argumento sobre los peligros de determinar la culpabilidad. Pero Patty Jenkins, la autora y directora de la película, logra excavar a través de las capas de ofuscación de los medios hasta la base de la personalidad de Wuornos.

Que *Monster* tenga éxito se debe en gran parte a las dotes dramáticas de Charlize Theron, la actriz que interpreta a Wuornos. Theron es capaz de expresar una amplia gama de emociones, a menudo emociones conflictivas, a través de su rostro y cuerpo. Cuando Wuornos busca clientes, por ejemplo, vemos una mezcla de disgusto, aprensión y esperanza en su comportamiento. A medida que se vuelve más desesperada, sus muecas reflejan simultáneamente un tipo de tensión nerviosa, dolor, desafío y determinación. Theron, que ganó 30 libras para el papel, llegó a parecerse mucho a la propia Wuornos, dura y beligerante, excepto cuando su rostro se ilumina de amor.

Si bien el guion de Jenkins se mantiene cercano a los hechos de la vida de Wuornos, da forma a esos hechos de una manera diseñada para evitar un juicio moral rápido y superficial. Lo hace, por ejemplo, retratando a Selby, la amante de Wuornos, como una especie de niña, con una mujer pequeña, Christina Ricci, en el papel. El sentido de responsabilidad de Wuornos emerge en contraste con la dependencia infantil de Selby; vemos a Wuornos haciendo esfuerzos heroicos para salir adelante, desafiando situaciones desesperadas para poder proporcionarle a Selby «*una casa, autos, todo el jodido asunto*» mediante su conversión en «*una persona de negocios, o algo por el estilo*». Ella entierra sus propios miedos para proteger a Selby, quien la traicionará al final de la historia.

La ira y el terror de Wuornos hacia los hombres se vuelven comprensibles cuando nos enteramos de que fue violada a la edad de ocho años y tuvo su primer bebé cuando tenía trece. Ella es horriblemente agredida por un cliente antes de que comience su ola de asesinatos, y muchos de sus clientes son criminales y se comportan de forma agresiva y arrogante. La película no encubre los crímenes de Wuornos, ni la muestra como algo más que una persona torpe, mentalmente enferma, maleducada, socialmente analfabeta y autoengañada:

> *«Estoy bien con el Señor ... ¿Quién carajo sabe lo que Dios quiere? ... La gente se mata todos los días, ¿y para qué, eh? por política... y por religión... y son héroes. No soy una mala persona, soy una muy buena persona».*

No obstante, su historial de victimización y su autodesprecio complican nuestro juicio sobre ella. Al final, mientras Wuornos es llevada a toda prisa a su ejecución, la vemos, no como una asesina en serie a la que podemos odiar, sino como una mujer patética en la que el bien se mezcla con el mal.

6. El Vecino de al Lado

Tales casos de abuso sexual en las guarderías además de los escándalos que involucraban a los jefes de los *boyscouts* y a los sacerdotes depredadores sembraron una desconfianza generalizada en la sociedad en torno a las figuras familiares a las que los padres confían a sus hijos y de quienes dependen para recibir ayuda y formación. Esta desconfianza fomentó el surgimiento de un nuevo villano cinematográfico: el pervertido del barrio, camuflado por la cotidianidad, tanto más peligroso cuanto que carece de los estigmas escenográficos e inconfundibles de las estrellas de cine tradicionales. Este nuevo tipo de villano aparece en *Mystic River*, *Capturing the Friedmans* y *The Woodsman*, pero en ninguna parte con mayor fuerza que en *L.I.E.*, la película semiautobiográfica del director Michael Cuesta sobre un chico de 15 años acosado por un pilar patriótico de la comunidad.

Asimismo, la imagen de la víctima infantil en L.I.E. se representa, no como una presa indefensa, sino como un agente de su propio destino.

L.I.E. comienza con Howie Blitzer (Paul Dano), de 15 años, balanceándose peligrosamente sobre un puente sobre la autopista de Long Island y una voz en off nos cuenta que la carretera ha matado a mucha gente, incluida su madre. «*Espero que no me atrape*», continúa mientras bromea con la posibilidad de suicidio. En las escenas siguientes, Howie pierde a su mejor amigo, pelea con otros menores que lo acusan de «deslizar salamis» (masturbar a otros muchachos), es asaltado y aparentemente abandonado por su padre y es arrestado por los robos que ha estado cometiendo con amigos. Además, él está siendo acosado por un ex-Marine del barrio, Big John o BJ (Brian Cox), un gran depredador vulgar y astuto con una colección de armas en su sótano, el cual funciona también como dormitorio para los huérfanos que «salva» de vez en cuando.

En la escena principal, BJ rescata a Howie del centro de detención juvenil y lo lleva de vuelta a casa, enviando a Scottie, su actual «compañero adolescente», a un motel por unos días. BJ, repentinamente paternal, le enseña a Howie a afeitarse - con ternura, repulsión, peligrosamente. Luego se abrazan y Howie le indica que está sexualmente listo para lo que parece seguro que vendrá; de hecho, puede que incluso tenga un poco de curiosidad. Sin embargo, BJ, conmovido por la «mirada de cachorro» asustada de Howie y al darse cuenta de que el menor acaba de quedar devastado por la noticia del encarcelamiento de su padre, se abstiene, por el momento, de proceder con el abuso, en vez de acomodarlo para la noche en una cama individual. A la mañana siguiente, durante el desayuno, BJ vuelve a mostrar su lado paternal, apresurándose a preparar el desayuno y organizando lo necesario para que Howie visite a su padre en prisión.

Los espectadores sabemos que no debemos confiar en BJ, quien despiadadamente ha exiliado a Scottie en un motel y está intentando cazar a su nueva presa. Por otro lado, el aparente malvado pederasta, ha cuidado de Howie de forma cariñosa y eficiente durante algunas horas, lo cual sugiere que incluso BJ, quien anteriormente admitió sentirse avergonzado por su comportamiento sexual, guarda todavía algo de decencia. Además, esta dosis de crianza anima a Howie a ponerse de pie, dándole el coraje para confrontar a su padre y enfrentarse a su futuro. Mientras tanto, Scottie, desplazado y abandonado, dispara a BJ mientras este último busca a menores por el L.I.E., un acto que libera a Howie de la amenaza sexual. La escena final nos lleva de nuevo al puente sobre la autopista, donde Howie vuelve a reflexionar sobre las capacidades mortales de la carretera, pero ahora concluye, en otra *voz en off*, «*No voy a dejar que me atrape*».

Una comparación con *Sleepers* (1996), una película anterior que también trata la pederastia, destaca como *L.I.E.* incorpora un análisis y comprensión reciente sobre la victimización sexual. En *Sleepers*, cuatro menores condenados por una pequeña broma son enviados a un reformatorio juvenil en donde los guardias los sodomizan y torturan durante meses. Los guardias son villanos de una sola dimensión: sádicos, oficiales de índole nazi quienes se excitan por la crueldad, cuya representación se basa en un, ahora anticuado, estereotipo del pederasta como un individuo abiertamente monstruoso. BJ, por el contrario, se representa como alguien familiar, cordial y digno de confianza; impulsado por el remordimiento, así como la lujuria, es un pedófilo además de un pederasta, aterrador, pero no totalmente malvado. Por otro lado, en *Sleepers*, el guardia principal (Kevin Bacon) es fácilmente reconocible como un mal tipo: enjuto, de pelo grasiento, patológico. BJ, en cambio, parece una especie de buen familiar, hasta que se descubre lo que está haciendo. En *Sleepers*, los buenos - los chicos - ganan y los malos - los guardias - pierden; en *L.I.E.* un tipo complicado hace algo generoso y, en lugar de una victoria triunfal, la película se cierra con un muchacho triste que ha sobrevivido a la depredación sexual.

En lo que respecta a sus reflexiones sobre investigaciones recientes sobre delitos sexuales contra menores, *L.I.E.* se parece en gran medida a otra película reciente, *The Woodsman*, protagonizada por

Kevin Bacon como Walter, un pedófilo que acaba de ser liberado después de 12 años en prisión por abusar de niñas pequeñas. La película de la directora Nicole Kassell, basada en una obra de Steven Fechter, está dedicada íntegramente al desarrollo del personaje de Walter. A Walter se le llama leñador (*Woodsman*), en parte porque solía ser carpintero, pero principalmente en recuerdo del personaje en el cuento de Caperucita Roja, quien corta al malvado lobo y libera a la niña que se había tragado el lobo, intacta. En este contexto, el leñador es un héroe ambiguo, un salvador que, al final, obtiene el control de una niña, tal como lo hace el propio Walter más tarde en un parque. Walter, que no quiere reincidir bajo ninguna circunstancia, debe enfrentarse diariamente contra sus impulsos y contra sus compañeros de la fábrica, quienes tratan de sacarlo de su lugar de trabajo. Aunque Walter es ayudado por una nueva amiga, este sufre una existencia sombría: es además rechazado por su familia y odiado por un oficial de libertad condicional desdeñoso (Mos Def). Si bien es cierto que la película no pide a los espectadores que tengan lástima por Walter, no lo es menos que esta sigue su historia de forma desapasionada y sobria, y no conduce al personaje a una resolución final total sino hasta una pequeña y precaria victoria, en la que puede verse como abraza contento a una niña en un parque, justo antes de enviarla a su casa.

Las películas recientes usan el lado personal, ordinario y común del criminal sexual para enfatizar la vulnerabilidad de los menores y la dificultad de predecir y percibir tales ofensas. En *Monster* nos enteramos que Aileen Wuornos fue violada por un vecino, y parece haber sido abusada sexualmente por su padre también. Arnold Friedman fue un maestro y un músico respetado; uno de los secuestradores en *Mystic River* usa un anillo de sacerdote. BJ, el cordial veterano de Vietnam de *L.I.E.*, es otra figura respetada por la comunidad y un amigo de los policías. El leñador produce sensaciones e imágenes constantemente dudosas: cuando Walter envía a la chica del parque para su casa, este actúa como un padre que cuida a su hija en su regazo; desde una ventana vecina, se ve como a un hombre que atrae a los menores para luego meterlos en su automóvil. Estas películas nos advierten que no podemos determinar dónde se halla la corrupción y que el delincuente sexual de hoy puede ser la víctima de ayer.

Estos filmes subrayan la incapacidad de las comunidades para proteger a sus menores. El vecindario unido de *Mystic River* es, de hecho, uno de niños perdidos y padres fallidos. El oficial de libertad condicional de *Woodsman* puede vigilar de cerca a Walter, pero mientras otro hombre está acosando a menores al otro lado de la calle. Los funcionarios de justicia penal en la ciudad de clase media alta en *The Friedmans* pueden haber implantado recuerdos falsos en los menores que interrogaron implacablemente. Inclusive, en el barrio rico en el que vive Howie Blitzer, con sus extensos jardines y sus casas de exhibición, sus consejeros de orientación escolar y sus especialistas de los tribunales juveniles, no pueden hacer nada ante la duplicidad de BJ.

7. Los Riesgos de Explorar la Autenticidad Sexual Personal

Capturing the Friedman, *L.I.E.* y *The Woodsman* apuntan a los peligros inherentes que conlleva una búsqueda de autenticidad sexual, pero ninguna obra investiga esos riesgos tan a fondo como *In the Cut* (2003), la película de Jane Campion sobre una maestra de escuela joven (Meg Ryan) en busca de amor y significado. *In the Cut*, basada en una novela de Susanna Moore, fue criticada duramente por críticos y espectadores por igual. El público se quejó de que no era más que un «*thriller erótico barato*», que Meg Ryan se había despojado de su habitual personalidad de niña buena para volverse una especie de «golfa» y que su personaje no debería haber corrido tantos riesgos en un entorno de alta criminalidad. «*Una versión mediocre de Fatal Attraction*», escribió un molesto crítico, mientras que otro informó que «*La única sorpresa en esta película es tener la oportunidad de ver a Meg Ryan desnuda, aunque creo que la mayoría de los hombres siguen prefiriendo a Halle Berry*». Como indican estos comentarios, los espectadores buscaban entre categorías tradicionales de Hollywood para encajar *In the Cut*, y cuando no pudieron encontrar una, experimentaron una gran decepción. Campion asumió el riesgo de hacer una película sobre la autenticidad sexual y emocional de una

persona mediante una trama que sigue incursionando en los géneros tradicionales (la historia de amor, la película de acción protagonizada por colegas policías, la pornografía, los filmes sobre asesinos en serie) pero que luego regresa para encontrar su propio ritmo. En este sentido, dicho riesgo supone pues una de las virtudes con las que Campion desarrolla su historia sobre la dificultad de identificar un camino propio.

Esta película narra la historia de Frannie Avery, una maestra de secundaria que vive en una zona devastada por el crimen: el East Village de Nueva York. La protagonista, decidida a no dejarse intimidar por la violencia, se muda a esta nueva comunidad, con la esperanza de tener una experiencia erótica genuina al relacionarse con los estudiantes y con la ciudad. Soñadora e independiente, Frannie presta poca atención a su apariencia o a las reglas convencionales de comportamiento, y en cambio se deja llevar por sus propios valores y su sentido de la sexualidad. Cuando una mujer es asesinada y desmembrada en su vecindario, Frannie se involucra sexualmente con el policía que la interroga, Malloy (Mark Ruffalo). No obstante, parece posible que él sea el asesino. Otras mujeres son asesinadas y descuartizadas, incluida su hermana. Los espectadores, junto con Frannie, comienzan a sospechar de una variedad de hombres: Malloy, un estudiante, un ex amante y un ladrón no identificado. Frannie parece ponerse constantemente en situaciones peligrosas: se viste de manera provocativa y pasa el rato en lugares inseguros. Eventualmente, el asesino comienza a perseguir a Frannie, pero ella logra vencerlo y regresa finalmente con Malloy.

In the Cut es una película sobre una mujer que vive con la amenaza constante de la violencia de género. También es una película cargada con escenas de amor y sexualidad gráfica y convincentes, a diferencia de la mayoría de filmes. En un momento, la hermana de Frannie realiza una reflexión con cierta tristeza sobre cómo ella siempre piensa en el sexo en términos de lo que les gusta a los hombres, en lugar de sobre sus propias preferencias. Campion ha hecho una película sobre la experiencia sexual desde el punto de vista de una mujer, sin preocuparse de si los hombres podrían preferir a Halle Berry a Meg Ryan. Su negativa a objetivar los deseos de Frannie hace de *In the Cut* una exploración audaz de cómo sería el sexo si las mujeres tomaran las decisiones, así como de los peligros inherentes a seguir un camino personal.

Al igual que Frannie, los espectadores no pueden estar seguros de poder percibir todo su mundo y con precisión. ¿Quién es peligroso, quién un amigo? ¿Qué escenarios son amenazantes y cuáles son simplemente parte del paisaje de la ciudad? ¿Se debe mantener la guardia, evitando los bares de mala muerte y los hombres desconocidos, o perseguir la autenticidad, durmiendo con la ventana abierta y atravesando calles desiertas a pesar de los riesgos? Además, los personajes de los dos policías sirven para dramatizar los problemas relativos a la confianza y a la percepción. Malloy mismo supone una figura ambigua, nerviosa, agresiva, incoherente, ajena a los límites, desconocida. Una escena en la que conduce a Frannie a un embalse boscoso hace que no solo Frannie, sino también los espectadores, sientan aprensión. Al igual que Malloy, su compañero es completamente inquietante, especialmente debido a su uso constante de referencias e insultos sexistas y racistas. En este sentido, Campion juega con la audiencia, frustrando nuestras expectativas al presentar a un policía que juega el papel del oficial dominante, obligándonos nuevamente a tomar el punto de vista de Frannie y a darnos cuenta de que simplemente no podemos saber dónde está el peligro. En este contexto, el asesino en serie se convierte en una metáfora de la convivencia con el riesgo.

8. Películas sobre Delincuencia como Parte de la Criminología

Si definimos la criminología como aquellos esfuerzos que se realizan para comprender la delincuencia y a los delincuentes, parece obvio que incluso una pequeña muestra de películas como la que acabamos de analizar puede producir material criminológico relevante. Los temas de las películas sobre delincuencia se superponen con los de la criminología académica: por ejemplo, en los ejemplos discutidos aquí, uno ve la idea del crimen como un producto fruto del choque cultural

y la presentación estereotipada del abusador de menores. Pero las películas sobre delincuencia también tratan asuntos que van más allá del alcance de la criminología académica. Filosóficamente, plantean cuestiones relativas a la naturaleza del bien y del mal. Psicológicamente, instigan a los espectadores a identificarse con víctimas y delincuentes, incluso asesinos en serie, cuyas sexualidades, vulnerabilidades y moralidades pueden ser totalmente desconocidas. Éticamente, estas toman posiciones morales apasionadas que estarían fuera de lugar en los análisis académicos. Este género fílmico pues constituye un tipo de discurso diferente de la criminología académica, uno con sus propios tipos de verdad y sus propias limitaciones.

Este tipo de discurso criminológico y no académico del que hablo aquí necesita un nombre. Sugiero llamarlo «criminología popular» y definirlo como una categoría compuesta por discursos sobre el crimen que se encuentran, no solo en el cine, sino también en Internet, en la televisión y en los periódicos, en las novelas, en la música rap y en la mitología. La criminología popular se diferencia de la criminología académica en que, la primera, no pretende precisión empírica ni validez teórica. Pero en alcance, cubre tanto territorio, posiblemente más, si consideramos los tipos de cuestiones éticas y filosóficas planteadas incluso por esta pequeña muestra de películas. La audiencia de la «criminología popular» es mayor (incluso un fracaso cinematográfico llegará a una audiencia mayor que la de este artículo). Y su significado social es mayor, ya que la criminología académica no puede ofrecer una gama tan amplia de productos criminológicos. La criminología académica no puede ver en la mente de una mujer como Frannie, quien reflexiona sobre la posibilidad de ser amada contra la posibilidad de ser asesinada; tampoco puede profundizar tanto en la problemática que representa la memoria falsa como sí lo hace *Capturing the Friedmans*. Los dos tipos de criminología, la popular y la académica, se complementan y cada una contribuye a su manera a la comprensión del delito.

Con este artículo, propongo que pensemos en la «criminología» como una categoría general que abarca tanto la criminología académica como la popular. Las subdivisiones no deben concebirse como opuestos, uno relacionado con la razón y el otro con la emoción; uno procedente de la cabeza y otro del corazón; uno «duro» y otro «blando». Tales polaridades engañosas refuerzan la falsa jerarquía familiar en la que el conocimiento científico se considera superior. Más bien, estoy sugiriendo una epistemología igualitaria en la que las dos formas de conocimiento se conciben como socios en la tarea de definir y explicar la delincuencia. De hecho, las categorías de criminología académica y popular ya se están desdibujando, pues el movimiento de criminología cultural lleva una década erosionando sus límites conceptuales, demostrando que ambos espacios se interrelacionan. De esta manera, este artículo supone un intento de acelerar y orientar un proceso que ya está en marcha.

A medida que la «criminología popular» gane reconocimiento académico, una tarea clave será analizar el proceso a través del cual las películas sobre delincuencia afectan las creencias sobre el crimen. La pregunta aquí se refiere pues a la percepción y el impacto, no a la recepción. Los académicos del campo del séptimo arte han producido excelentes estudios sobre la recepción, preguntando quién mira qué películas y por qué (el clásico es el trabajo de CLOVER sobre películas de terror para adolescentes: *Men, Women, and Chainsaws*[32]). Sin embargo, se ha prestado mucha menos atención a los procesos a través de los cuales las películas influyen en las percepciones del crimen. Aunque no puedo explorar este tema en profundidad aquí, puedo esbozar un modelo explicativo que me parece que vale la pena seguir, derivado de un trabajo reciente sobre la sociología del conocimiento y de la cultura.

A mediados de la década de 1980, los sociólogos comenzaron a rechazar la visión tradicional de la cultura como un conjunto de creencias, costumbres, objetivos, valores e instituciones aceptados de manera uniforme por todos los miembros de un grupo, y adoptaron en cambio una visión de la

[32] CLOVER, *Men, Women, and Chainsaws.* Princeton University Press, Princeton, NJ, 1992.

cultura que se asemeja más a algo parecido a una «caja de herramientas»[33], o lo que el sociólogo DIMAGGIO llama «una bolsa sorpresa de cachivaches: un pastiche de representaciones mediatizadas, un repertorio de técnicas»[34]. En base a este punto de vista, se puede anticipar que los individuos y los grupos percibirán[35], interpretarán y recordarán las películas de manera diferente, que las interpretaciones variarán con el tiempo y que los espectadores se llevarán, de las películas, diferentes fragmentos de información cultural (ver, de manera más general, PHILO[36] y SWIDLER[37]). Discutiblemente, este marco teórico concuerda con las reacciones a las películas expuestas. Un espectador puede concluir que *In The Cut* respalda la asunción de riesgos sexuales, mientras que otro puede interpretar el mensaje de que las mujeres deben salir de la ciudad de Nueva York. Aunque la nueva sociología de la cultura no analiza directamente las películas, implica que las películas proporcionan fragmentos de cultura (enfoques o principios organizativos, así como fragmentos de información) y que la cultura se encuentra tanto en la mente de los espectadores individuales como en la conciencia colectiva.[38]

De igual modo, sociólogos y psicólogos han estudiado cómo las personas perciben y organizan los fragmentos de cultura en sus mentes[39]. Si bien gran parte de este trabajo es especulativo, parece que los fragmentos de información cultural en nuestras mentes se forman primero en forma de marcos teóricos y luego en esquemas o plantillas (marcos teóricos más grandes y completos) que utilizamos en forma de suposiciones, normas, principios, etc., es decir, como guías prácticas y semiautomáticas de comportamiento para que no estemos obligados a pensar desde un principio en cada acción o reacción. Luego, los esquemas se agregan a estructuras mentales aún más grandes: ideologías (incluidas las suposiciones sobre la naturaleza de los héroes y los villanos), paradigmas, lógicas y narrativas del yo (por ejemplo, el «yo» como víctima o como perpetrador de un delito sexual).
En esta línea, las películas representan una fuente de información cultural, la mayor parte de la cual simplemente da vueltas por nuestras mentes, esperando a que «la llamemos», pero parte de la cual alimenta nuestras ideologías y otros esquemas mentales. Los esquemas, a su vez, interactúan con el mundo externo, donde nos encontramos con delitos de la vida real y la criminología popular (incluidas quizás nuevas películas sobre delitos sexuales) que luego retroalimentan nuestros esquemas, reforzándolos o refutándolos. Por ejemplo, podríamos despreciar íntegramente a los abusadores de menores hasta que veamos su compulsión a través de los ojos de uno de ellos, como en *The Woodsman*, o darnos cuenta de que también pueden ser admirables además de depredadores, como en *Capturing the Friedmans*, o confrontar su ambigua complejidad incluso cuando son repugnantes, como en L.I.E. En definitiva, este modelo de interacción película-mundo externo necesita elaboración, pero ofrece una plataforma sobre la que pueden construir los criminólogos interesados en el análisis de películas.

---

[33] SWIDLER, «Culture in Action: Symbols and Strategies», *American Sociological Review* 51(2), 1986, p. 273–86.

[34] DIMAGGIO, «Culture and Cognition», *Annual Review of Sociology* 23, 1997, p. 263–87.

[35] ZERUBAVEL, *Social Mindscapes: An Invitation to Cognitive Sociology*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1997.

[36] PHILO (ed.), *Media and Mental Distress*, *Glascow Media Group*. London: Longman, 1997.

[37] SWIDLER, *Talk of Love: How Culture Matters*, University of Chicago Press, Chicago, IL, 2001.

[38] Para un análisis relacionado desde la perspectiva de la criminología cultural, ver FERRELL, «Cultural Criminology», *Annual Review of Sociology* 25, 1999, p. 395–418; para un trabajo relacionado con los estudios cinematográficos, ver TURNER, *Film as Social Practice* (3rd ed.), Routledge, New York, 1999 o MITRY, *Semiotics and the Analysis of Film*, The Athlone Press, London, 1999.

[39] DIMAGGIO, *Annual Review of Sociology* 23, 1997, p. 263–87; ZERUBAVEL, *Social Mindscapes: An Invitation to Cognitive Sociology*, 1997.

9. Conclusión: Películas sobre Delincuencia y Criminología Académica

«Defender la identidad metódica de la criminología contra las incursiones de "otros lugares"», escriben GARLAND/SPARKS[40]:

> «es ahora tan inviable como indeseable… Dada la centralidad, la emotividad y la prominencia política de los problemas actuales que devienen de la delincuencia, la criminología académica ya no puede aspirar a monopolizar el discurso "criminológico" o esperar reclamar derechos exclusivos sobre la representación y disposición del delito».

La acumulación gradual de una literatura con respecto a películas sobre delincuencia mencionada al comienzo de este artículo, y mi argumento para reconocer a la «criminología popular» como un discurso criminológico por derecho propio, son signos de los cambios disciplinarios que discuten GARLAND/SPARKS[41]. Ya no es posible equiparar «criminología» con «criminología académica»[42].

Si bien la criminología académica ha tardado en dar cabida al estudio de la criminología popular, parte del problema ha residido en la literatura sobre cine y delincuencia, la cual ha crecido en tamaño y riqueza, pero con objetivos difusos. En este sentido, contrasta con la literatura de películas jurídicas, que maduró más rápidamente y desde un principio demostró su relevancia para los estudios jurídicos. He argumentado que la investigación de películas sobre delincuencia necesita concentrarse más clara y consistentemente en la relevancia criminológica de las películas.

La intención de este artículo ha sido la de establecer dicha relevancia. Utilizando el ejemplo de las películas recientes sobre delitos sexuales, he recomendado que concibamos las películas sobre delincuencia como un aspecto de la «criminología popular», y la «criminología popular» como un aspecto de la criminología misma. Si definimos la criminología como el estudio de la delincuencia y de los delincuentes, queda claro que el cine es una de las principales fuentes (aunque no científica) a través de la cual la gente obtiene sus ideas sobre la naturaleza del crimen. Algunas de esas ideas hacen eco de la criminología académica: por ejemplo, la comprensión de la gran frecuencia con la que se cometen delitos sexuales y la comprensión de que dichos delitos son cometidos habitualmente por miembros conocidos y confiables de la comunidad. Pero otras ideas desarrolladas por la criminología popular aportan perspectivas éticas, filosóficas y psicológicas que están fuera del alcance de la investigación académica, al menos en su estado actual. El reconocimiento de que la «criminología popular» es parte integral de la criminología podría aumentar el estudio de las películas sobre delincuencia y de la criminología misma.

10. Notas

Quisiera agradecer a HAN, Robert/TALARICO, Susette/YAR, Majid/CHANCER, Lynn y a los revisores anónimos de *Theoretical Criminology* por los comentarios sobre las versiones anteriores de este artículo.

1. Otros países, incluidos Inglaterra y Nueva Zelanda, experimentaron una ola de casos de abuso sexual en guarderías casi al mismo tiempo. Un caso australiano relacionado, aunque no implicó cargos de abuso sexual, provocó la película protagonizada por Meryl Streep *Cry in the Dark* (1988).

---

[40] GARLAND/SPARKS (eds.), *Criminology and Social Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

[41] GARLAND/SPARKS (eds.), *Criminology and Social Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

[42] Véase también BRAITHWAITE, «The New Regulatory State and the Transformation of Criminology», in GARLAND/SPARKS (eds.), *Criminology and Social Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 47–70 y ZEDNER, «Pre-Crime and Post-Criminology?», *Theoretical Criminology* 11(2), 2007, p. 261–81.

2. No obstante, algunos críticos sí se entusiasmaron con *In the Cut*—ver ANDERSON[43] y PRESS[44]. Para los comentarios de los espectadores citados aquí y más adelante en esta sección, me basé en *Internet Movie Database*.

11. Bibliografía

ANDERSON, Jeffrey M., «A "Cut" Above the Rest», *San Francisco Examiner*, 31 de Octubre, 2003. Disponible en http://www.examiner.com/article/index. cfm/i/103103a_inthecut

BAILEY, Frankie Y./POLLOCK, Joycelyn M./SCHRODER, Sherry, «The Best Defense: Images of Female Attorneys in Popular Films», en BAILEY, FRANKIE/HALE, DONNA (eds.), *Popular Culture, Crime, and Justice*, West/Wadsworth, Belmont, CA, 1988, pp. 180–195.

BERGMAN, Paul/ASIMOW, Michael, *Reel Justice: The Courtroom Goes to the Movies*, Andrews & McMeel, Kansas City, MO, 1996.

BRAITHWAITE, John, «The New Regulatory State and the Transformation of Criminology», en GARLAND, DAVID/SPARKS, RICHARD (eds.), *Criminology and Social Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 47–70.

BROWN, Michelle, *Penological Crisis in America: Finding Meaning in Imprisonment Post-Rehabilitation*, PhD diss., Indiana University, Dept of Criminal Justice and American Studies Program, 2003.

CAMPBELL, Russell, *Marked Women: Prostitutes and Prostitution in the Cinema*, University of Wisconsin Press, Madison, WI, 2005.

CAVENDER, Gray, «Detecting Masculinity», en FERRELL, JEFF/WEBSDALE NEIL (eds.), *Making Trouble: Cultural Constructions of Crime, Deviance, & Control*, Aldine de Gruyter, New York, 1999, pp. 157–175.

CHASE, Anthony, «Lawyers and Popular Culture: A Review of Mass Media Portrayals of American Attorneys», American Bar Foundation Research Journal 11(2), 1986, p. 281–300.

CHASE, Anthony, *Movies on Trial: The Legal System on the Silver Screen*, The New Press, New York, 2002.

CHERMAK, Steven, *Searching for a Demon: The Media Construction of the Militia Movement*, MA: Northeastern University Press, Boston, 2002.

CLOVER, Carol J., *Men, Women, and Chainsaws*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1992.

DENVIR, John (ed.), *Legal Reelism: Movies as Legal Texts*, University of Illinois Press, Urbana, IL, 1996.

DE YOUNG, Mary, *The Day Care Ritual Abuse Moral Panic*, McFarland & Company, Jefferson, NC, 2004.

DIMAGGIO, Paul, «Culture and Cognition», *Annual Review of Sociology,* 23, 1997, p. 263–287.

[43] ANDERSON, «A "Cut" Above the Rest', San Francisco Examiner», 31 Octubre, 2003.

[44] PRESS, «Making the Cut: Jane Campion's Feminist Film Noir Stirs up Pheromones and Occult Mystery in a Malevolent East Village», 2003. Disponible en http://www.villagevoice.com/news/0343,press,48035,1.html

ELLIS, Jack c., *A History of Film*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, NJ, 1979.

EPSTEIN, Su, «The New Mythic Monster», en FERRELL, JEFF/SANDERS C.R. (eds.), *Cultural Criminology*, Northeastern University Press, Boston, MA, 1995, pp. 66–79.

FERRELL, Jeff, «Cultural Criminology», *Annual Review of Sociology*, 25, 1999, p. 395–418.

FERRELL, Jeff/SANDERS, C.R. (eds.), *Cultural Criminology*, Northeastern University Press, Boston, MA, 1995.

FERRELL, Jeff/WEBSDALE, Neil (eds.), *Making Trouble: Cultural Constructions of Crime, Deviance, & Control*, Aldine de Gruyter, New York, 1999.

FERRELL, Jeff/HAYWARD, Keith/MORRISON, Wayne/PRESDEE, Mike (eds.), *Cultural Criminology Unleashed*, GlassHouse Press, London, 2004.

FREEMAN, Michael (ed.), *Law and Popular Culture*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

GAMSON, William A./CROTEAU, David/HOYNES, William/SASSON, Theodore, «Media Images and the Social Construction of Reality», *Annual Review of Sociology*, 18, 1992, p. 373–393.

GARLAND, David/SPARKS, Richard (eds.), *Criminology and Social Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

GREENFIELD, Steve/OSBORN, Guy/ROBSON, Peter, *Film and the Law*, Cavendish, London, 2001.

HAYWARD, Keith/YOUNG, Jock, «Cultural Criminology: Some Notes on the Script», *Theoretical Criminology*, 8(3), 2004, p. 259–273.

JENKINS, Philip, *Using Murder: The Social Construction of Serial Homicide*, Aldine de Gruyter, New York, 1994.

KING, Neal, *Heroes in Hard Times: Cop Action Movies in the U.S*, PA: Temple University Press, Philadelphia, 1999.

LOFTUS, Elisabeth, *The Myth of Repressed Memory: False Memories and Allegations of Sexual Abuse*, St Martin's Press, New York, 1994.

MITRY, Jean, *Semiotics and the Analysis of Film*, The Athlone Press, London, 2000.

MORGAN, David L./SCHWALBE, Michael L., «Mind and Self in Society: Linking Social Structure and Social Cognition», *Social Psychology Quarterly* 53(2), 1990, p. 148–164.

MUNBY, Jonathan, *Public Enemies, Public Heroes: Screening the Gangster from Little Caesar to Touch of Evil*, University of Chicago Press, Chicago, IL, 1999.

NATHAN, Debbie, «Complex Persecution: A Long Island Family's Nightmare Struggle with Porn, Pedophilia, and Public Hysteria», *Village Voice*, 26 December, 2000. Disponible en http://www.villagevoice.com/news/0321

NATHAN, Debbie/SNEDEKER, Michael R., *Satan's Silence: Ritual Abuse and the Making of a Modern American Witch Hunt*, Basic Books, New York, 1995.

O'BRIEN, Martin/TZANELLI, Rodanthi/YAR, Majid/PENNA, Sue, «The Spectacle of Fearsome Acts: Crime in the Melting P(l)ot in *Gangs of New York*», *Critical Criminology* 13(1), 2005, p. 17–35.

PHILO, Greg (ed.), *Media and Mental Distress*, Glasgow Media Group, London: Longman, 1997.

POST, Robert C., «On the Popular Image of the Lawyer: Reflections in a Dark Glass», *California Law Review* 75, 1987, 379–389.

PRESS, Joy, «Making the Cut: Jane Campion's Feminist Film Noir Stirs up Pheromones and Occult Mystery in a Malevolent East Village», 2003. Disponible en http://www.villagevoice.com/news/0343,press,48035,1.html

RAFTER, Nicole, «Badfellas», en FREEMAN, MICHAEL (ed.), *Law and Popular Culture*, Oxford University Press Oxford, 2005, pp. 339–357.

RAFTER, Nicole, *Shots in the Mirror: Crime Films and Society* (2nd ed.), Oxford University Press, New York, 2006.

ROBSON, Peter, «Law and Film Studies: Autonomy and Theory», en FREEMAN, MICHAEL (ed.), *Law and Popular Culture*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 21–46.

SELLIN, Thorsten, «Culture Conflict and Crime», *Bulletin 41*, New York: Social Science Research Council, 1938.

SPARKS, Richard, «Masculinity and Heroism in the Hollywood Blockbuster», *British Journal of Criminology*, 36(3), 1996, p. 348–360.

SWIDLER, Ann, «Culture in Action: Symbols and Strategies», *American Sociological Review*, 51(2), 1986, p. 273–286.

SWIDLER, Ann, *Talk of Love: How Culture Matters,* University of Chicago Press, Chicago, IL, 2001.

SWIDLER, Ann/ARDITI, Jorge, «The New Sociology of Knowledge», *Annual Review of Sociology*, 20, 1994, p. 305–329.

TISO, Giovanni, «The Spectacle of Surveillance: Images of the Panopticon in Science-Fiction Cinema», s.f., Disponible en www.homepages.paradise.net.nz/gtiso/filmessay

TURNER, Graeme, *Film as Social Practice* (3rd ed.), Routledge, New York, 1999.

TZANELLI, Rodanthi/YAR, Majid/O'BRIEN, Martin, «Exploring Crime in the American Cinematic Imagination», *Theoretical Criminology* 9(1), 2005, p. 97–117.

VARESE, Federico, «The Secret History of Japanese Cinema: The Yakuza Movies», *Global Crime*, 7(1), 2006, p. 107–126.

ZEDNER, Lucia, «Pre-Crime and Post-Criminology?», *Theoretical Criminology*, 11(2), 2007, p. 261–281.

ZERUBAVEL, Evitar, *Social Mindscapes: An Invitation to Cognitive Sociology*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1997.