

InDret

Revista para el análisis del derecho

1.23

Gener de 2023

Sumario 1.23

Editoriales

- *Acerca de la expulsión administrativa de ciudadanos extranjeros en base a semánticas de peligrosidad penal. El caso del artículo 54.1. a) de la LOEx.* i-iv
Cristina Güerri
- *La última reforma del Uniform Commercial Code* v-vi
Carlos Gómez Ligüerre
- *Noruega: un Código penal de 2015* vii-ix
Jesús-María Silva Sánchez

Derecho privado

- *La parametrización de la vulnerabilidad en el derecho contractual de consumo
Un estudio empírico sobre el sector financiero* 1-31
Antoni Mut Piña
- *Ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS en casos de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: jurisdicción competente, el eterno debate* 32-60
María Zaballos Zurilla
- *Blockchain as an opportunity to upgrade the right to vote in listed companies* 61-97
Briseida Sofía Jiménez-Gómez

Derecho Penal

- *El enfermo mental en el Anteproyecto LECrim. 2020* 98-124
Ángel J. Sanz Morán
- *Desistimiento y rehabilitación del ofensor en la Justicia Restaurativa. Algunas consideraciones* 125-149
Raúl Carnevali Rodríguez y Iván Navarro Papic
- *La conformidad del acusado con discapacidad*

Intelectual 150-194
Pablo Muyo Bussac

Criminología

-
La conformidad en la jurisdicción de menores
Alicia Montero Molera 195-223

-
Procesos de Justicia Restaurativa en abusos sexuales cometidos en el seno de la Iglesia Católica española
Reflexiones, aprendizajes y propuestas desde la experiencia 224-257
Julián Carlos Ríos Martín

Derecho público y regulatorio

-
Gender gap and personal injury compensation. Reverse engineering against judicial opacity
Hugo Acciari, Fernando Delbianco y Gonzalo Ramírez 258-284
Muñoz de Toro

-
El interrogatorio de menores: una prueba –a veces pericial– a evitar
Jordi Nieva-Fenoll 285-305

-
La disclosure: aspectos a aprender en España de la experiencia inglesa
Xènia Fuguet Carles 306-347

-
Convenio de doble nacionalidad hispanofrancés. Valoración de su relevancia y resultados
María Ángeles Sánchez Jiménez 348-367

Actualidad

-
Revista Crítica de Jurisprudencia Penal
Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallés 368-408

Recensiones

-
ExLibris
Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz 409-430

Editorial

Acerca de la expulsión administrativa de ciudadanos extranjeros en base a semánticas de peligrosidad penal. El caso del artículo 54.1. a) de la LOEx.

El pasado 19 de noviembre de 2022, Mohamed Said Badaoui y Amarouch Azbir, ambos ciudadanos marroquíes con permiso de residencia de larga duración en España, eran deportados a Marruecos tras ejecutarse la orden de expulsión que había sido decretada contra ellos «por la comisión de una infracción muy grave prevista en el artículo 54.1. a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social» (LOEx), la cual se acreditaba en base a sendos informes en los que la Policía Nacional señalaba que Badaoui y Azbir suponían un peligro para la seguridad nacional por realizar labores de adoctrinamiento, difundir postulados radicales proyihadistas y tener vínculos con individuos radicales relacionados con el terrorismo.¹

A lo largo de los dos meses transcurridos entre el decreto de la expulsión y su ejecución, el caso tuvo considerable repercusión mediática por la implicación de activistas, políticos, e incluso las instituciones públicas catalanas, en el intento de evitar su deportación. En concreto, sus defensores señalaban que ambos llevaban más de dos décadas viviendo en España y eran ciudadanos políticamente activos e implicados en sus comunidades a quienes la orden de expulsión les llegó tan solo tras recurrir la denegación de la nacionalidad española. Asimismo, denunciaban que el informe en el que se fundamentó la expulsión les acusaba de ser un peligro para la seguridad nacional sin aportar pruebas y que la vía administrativa no les había ofrecido garantías suficientes para su defensa.²

Este caso resulta relevante porque es un claro ejemplo de lo que en la literatura académica se ha venido denominando *crimmigración*³, esto es, la progresiva confluencia de objetivos del derecho penal y el derecho migratorio, y nos permite poner la atención sobre un artículo de la LOEx, el 54.1. a), que ha recibido escasa atención.

¹ EL PERIÓDICO, 21/10/2022, «El juez de Reus inicia la expulsión del activista islamista Said Badaoui»; ABC, 24/10/2022, «El juez sostiene que el informe policial que acusa a Azbir de peligro para la seguridad nacional es 'vago' e 'impreciso'».

² LA VANGUARDIA, 19/10/2022, «El Parlament se solidariza con el activista musulmán Badaoui detenido ayer en Reus».

³ STUMPF, «The Crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power», *American University Law Review*, 56 (2), 2006, pp. 367-419.

Una de las manifestaciones de la crimmigración es el mayor protagonismo de criterios securitarios en la implementación del derecho de extranjería. En este sentido, BRANDARIZ y FERNÁNDEZ BESSA⁴ señalan que, frente a las expulsiones por mera irregularidad administrativa, cada vez tienen más peso – tanto en la implementación práctica como en la retórica del Ministerio del Interior – las expulsiones vinculadas a las semánticas de la peligrosidad y la seguridad.

Cuando configuran el listado de estas últimas, los autores incluyen dos modalidades de expulsión relacionadas con la previa comisión de un delito – la expulsión penal del artículo 89 del Código Penal y la expulsión administrativa por antecedentes penales por condena a pena privativa de libertad de más de un año del artículo 57.2 LOEx – y un tercer tipo de expulsión securitaria que afecta únicamente a ciudadanos comunitarios y solo puede ser adoptada por «motivos graves de orden público o seguridad pública» - artículo 15 Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero.

No obstante, a este listado es necesario añadir la expulsión por cometer la infracción del artículo 54.1.a) LOEx, puesto que, como se ha señalado previamente, se trata de una expulsión (administrativa) fundamentada en razones securitarias. Concretamente este artículo establece lo siguiente:

«Artículo 54. Infracciones muy graves.

1. Son infracciones muy graves:

a) Participar en actividades contrarias la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.»

Es decir, del mismo modo que sucede con la expulsión de comunitarios del RD 240/2007, el artículo 54.1.a) LOEx posibilita la expulsión de aquellos extranjeros que participen en actividades contrarias a la seguridad nacional o al orden público, cuando revistan de especial gravedad.

No sabemos mucho acerca de en qué medida se emplea de esta modalidad de expulsión, ya que el Ministerio del Interior no publica información al respecto. El único dato encontrado⁵ indica que en el año 2018 se produjeron 21 expulsiones en base al artículo 54.1. a) LOEx, aunque no es posible conocer la nacionalidad de los deportados.⁶ Si bien esta es una cifra pequeña – sirva para comparar que en 2017 se produjeron 427 expulsiones de ciudadanos comunitarios en base al RD 240/2007⁷ –, este tipo de expulsión debe ser tenido en cuenta por dos motivos.

⁴ BRANDARIZ GARCÍA/FERNÁNDEZ BESSA, «La crimmigración en el contexto español: el creciente protagonismo de lo punitivo en el control migratorio», en LÓPEZ-SALA/GODENAU (Coords.), *Estados de contención, estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*, Barcelona, Antrophos, 2017, pp. 121-123.

⁵ El 9 de diciembre de 2022 se realizó una solicitud a través del Portal de Transparencia para conocer el número de expulsiones ejecutadas anualmente en base al artículo 54.1. a) LOEx. A 23 de enero de 2023, todavía no se ha obtenido respuesta – ni siquiera negativa – a pesar de que ha transcurrido más de un mes – máximo establecido en la ley de transparencia – desde que fuera efectuada la solicitud.

⁶ Fuente: respuesta a una solicitud efectuada a través del Portal de Transparencia (Expediente 001-033387), publicada por el Ministerio del Interior en: https://www.interior.gob.es/opencms/documentacion/Portal-de-Transparencia/ResolucionesDenegatorias2019_Portal/001-033387.pdf.

No se desglosan las expulsiones según nacionalidad, a pesar de que la solicitud lo pedía, para evitar «problemas en las relaciones exteriores de España con los posibles países afectados».

⁷ BRANDARIZ/FERNÁNDEZ BESSA, «A chaning and multi-scalar EU borderscape: The expansion of asylum and the normalisation of the deportation of EU and EFTA citizens», *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 9 (3), 2020, pp. 28.

En primer lugar, porque permite la expulsión de residentes de larga duración, quienes – del mismo modo que sucede con los ciudadanos comunitarios – están especialmente protegidos de ser sujetos a esta medida por la Directiva 2003/109/CE⁸. De hecho, en relación con la aplicación de la expulsión administrativa por antecedentes penales (artículo 57.2 LOEx), el Tribunal Supremo⁹ ha señalado [FD3]:

«los Estados de la UE pueden adoptar la decisión de expulsar del territorio a un extranjero no perteneciente a la UE, provisto de permiso de residencia de larga duración (...) siempre y cuando éste "represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública" de ese país---que es el concepto exigido por la Directiva---, para cuya constatación se requiere y exige ---por la Directiva y por la LOEX--- un alto nivel de motivación por parte de la Administración (...) A ello, debemos añadir ---para completar nuestra decisión--- que el expresado alto nivel de motivación ---el plus de motivación--- debe llevarse a cabo por la Administración --y controlarse por los órganos jurisdiccionales---de conformidad con las circunstancias previstas en el apartado 3º del artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE, así como en el 57.5.b) de la LOEX». ¹⁰

En definitiva, dada la especial protección de los ciudadanos extranjeros provistos de permiso de residencia de larga duración, su expulsión solo será admisible cuando representen una «amenaza real y suficientemente grave» y se requerirá un «alto nivel de motivación» por parte de la administración. Y es que, recordemos, nos encontramos ante casos donde la expulsión se fundamenta en la peligrosidad del sujeto, sin necesidad de que dicho sujeto haya cometido un delito de forma previa o siquiera se haya iniciado un procedimiento penal en su contra.

No obstante, como se señalaba al inicio, Mohamed Badaoui y Amarouch Azbir denunciaban, precisamente, que el informe policial en el que se fundamentó su expulsión no aportaba pruebas de las acusaciones que en él se realizaban. De hecho, en el caso de Azbir, el informe de la Policía Nacional fue cuestionado por el Juzgado de Instrucción 5 de Vilanova i la Geltrú que tuvo que decidir sobre su internamiento en el CIE. En concreto, este juzgado señaló que las afirmaciones contenidas en el informe eran «vagas y genéricas» y carecían «de elementos contundentes y de entidad» para «hacer un juicio de peligrosidad» sobre su persona.¹¹ A pesar de ello, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional no entró a valorar la ponderación de intereses en cuanto a la existencia de un peligro real, cierto e inminente para la seguridad ciudadana y las circunstancias de estos ciudadanos extranjeros y, tras denegarles la medida cautelarísima de suspensión de la resolución de expulsión, se procedió a su deportación.

En este sentido, el segundo motivo por el cual esta modalidad de expulsión nos parece relevante es la reducción de garantías que implica el uso del derecho de extranjería sancionador para la persecución de actividades que son consideradas por la policía como una amenaza para la

⁸ Concretamente, el artículo 57.5 de la LOEx establece que «La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, (...), a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: (...) b) Los residentes de larga duración».

Asimismo, el artículo 12.1 de la Directiva 2003/109/CE señala: «Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.»

⁹ STS 4941/2021, Contencioso-administrativo, de 27 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4941).

¹⁰ Las circunstancias a las cuales hace referencia los citados artículos de la Directiva 2003/109/CE y la LOEX son: el tiempo de residencia en España y los vínculos creados, la edad, las consecuencias para la persona extranjera y para los miembros de su familia, y los vínculos de la persona extranjera con el país al que va a ser expulsado.

¹¹ ABC, 24/10/2022, «El juez sostiene que el informe policial que acusa a Azbir de peligro para la seguridad nacional es 'vago' e 'impreciso'».

seguridad nacional.¹² Así, se ha señalado que uno de los principales problemas que presenta la hibridación de los objetivos del derecho penal y el derecho de extranjería es que posibilita el uso de medidas tan severas como la privación de libertad o la expulsión sin ofrecer las garantías que el ordenamiento penal establece para los sujetos imputados o condenados por delitos.¹³

De hecho, según informaciones publicadas en los medios, la policía habría reconocido usar cada vez más estos procesos de expulsión en vez de intentar abrir investigaciones penales en la Audiencia Nacional debido a «la dificultad que se están encontrando para afianzar después las condenas tras la doctrina restrictiva del Tribunal Supremo sobre el adoctrinamiento»¹⁴.

En efecto, encontramos casos similares en los que otros ciudadanos extranjeros, también marroquíes, son expulsados en base a informes policiales que les acusan de radicalización y realización de actividades contrarias a la seguridad nacional, como el de un educador de un Centro de Acogida de Menores del País Vasco cuya orden de expulsión fue finalmente revocada¹⁵ o la reciente expulsión del líder de la comunidad islámica de Talayuela¹⁶.

En definitiva, estos casos señalan la importancia de poner el foco sobre esta modalidad de expulsión, poco tenida en cuenta hasta la fecha, e ilustran el protagonismo adquirido por los criterios securitarios en el control por vía administrativa sancionadora de los ciudadanos extranjeros, incluidos aquellos con permiso de residencia de larga duración.

Cristina Güerri

Bibliografía

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel/FERNÁNDEZ BESSA, Cristina, «La *crimigración* en el contexto español: el creciente protagonismo de lo punitivo en el control migratorio», en LÓPEZ-SALA, Ana y GODENAU, Dirk (Coords.), *Estados de contención, estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*, Barcelona, Antrophos, 2017, pp. 119-143.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel/FERNÁNDEZ BESSA, Cristina, «A changing and multi-scalar EU borderscape: The expansion of asylum and the normalisation of the deportation of EU and EFTA citizens», *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 9 (3), 2020, pp. 21-33.

STUMPF, Juliet P., «The Crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power», *American University Law Review*, 56 (2), 2006, pp. 367-419.

¹² Además, en el caso de las infracciones contempladas en el artículo 54.1. a) de la LOEx, la expulsión se realiza por el procedimiento preferente (artículo 234 RLOEx), con lo que la capacidad de defensa de la persona extranjera se ve reducida al acortarse los plazos y disponer de solo 48 horas para efectuar alegaciones (artículo 235.1 RLOEx).

¹³ BRANDARIZ GARCÍA/FERNÁNDEZ BESSA, en *Estados de contención, estados de detención*, 2017, p. 121.

¹⁴ LAVANGUARDIA, 28/11/2022, «Interior pone coto al radicalismo con expulsiones de líderes islámicos».

¹⁵ SAN 539/2020, Contencioso-administrativo, Sección 5^a, de 22 de enero (ECLI:ES:AN:2020:539).

¹⁶ CANAL EXTREMADURA, 26/10/2022, «Benaouda ya está en Marruecos tras ejecutarse la orden de expulsión».

Editorial

La última reforma del Uniform Commercial Code

El año 2022 ha sido, legislativamente hablando, un año digital. De entre las muchas y variadas iniciativas legales y propuestas que se han promulgado y debatido durante el año pasado destacan, sin duda y por su impacto general en el funcionamiento de las instituciones legales del derecho privado, las que han tenido por objeto salvar la distancia existente entre las soluciones legales tradicionales (por denominarlas de algún modo) y los nuevos modos de hacer (de negociar, de contratar y de pagar) que permite la tecnología.

Entre nosotros, la aprobación del Reglamento de Mercados Digitales (Reglamento (UE) 2022/1925, de 14 de septiembre de 2022) y del Reglamento de Servicios Digitales (Reglamento (UE) 2022/2065, de 19 de octubre de 2022) han sido los ejemplos señeros de la preocupación que la tecnología puede llegar a suscitar en el regulador de un mercado.

El fenómeno no es –lógico–, exclusivamente europeo. El año 2022 también ha sido el año de la aprobación de una reforma de calado del Uniform Commercial Code para adaptar su texto a las tecnologías emergentes.

El Uniform Commercial Code es un texto elaborado conjuntamente por la National Conference of Commissioners of Uniform State Laws (NCCUSL) y el American Law Institute (ALI). Desde 1952, año de la publicación de su primera versión, el Code contiene reglas sobre contratos y garantías. El Uniform Commercial Code no es un texto legal, ni siquiera es un proyecto o propuesta de origen gubernamental, pero sirve de modelo para la uniformización de los derechos propios de cada estado federado en los Estados Unidos de América y sus territorios asociados. Todos lo han adoptado y promulgado como ley propia, con algunas variaciones menores de contenido entre las jurisdicciones de los Estados Unidos de América.

En el año 2019, la NCCUSL y el ALI se propusieron una reforma del Uniform Commercial Code. Nombraron una comisión formada por juristas especialistas en el Code y por profesionales familiarizados con el uso de las nuevas tecnologías en el derecho privado. Las propuestas se sometieron al estudio de 350 expertos en diferentes ámbitos de la contratación y de la tecnología procedentes de la academia, el gobierno de los Estados Unidos de América, de organizaciones internacionales y de la abogacía, nacional e internacional.

El resultado ha sido una modificación (amendment es el término que se emplea) de muchos preceptos del Uniform Commercial Code. En todos los casos, la cuestión a la que se intenta dar una respuesta tiene que ver con el uso de monedas digitales, la posibilidad de su empleo como medio de pago y como garantía de pago y el modo de garantizar las deudas que deben ser satisfechas con ese tipo de activos. La reforma actualiza, también, la terminología empleada por varios preceptos del Code para contemplar expresamente la contratación electrónica. Añade, por último, un nuevo artículo 12 al texto.

El artículo 12, de nuevo cuño, incorpora varias secciones con reglas específicas para los contratos en los que se empleen o que tengan por objeto activos digitales. Estos activos, a los efectos de aplicación de la nueva norma, se definen en la sección 12-102 como registros o archivos electrónicos controlables o sujetos a control (Controllable electronic record – CER):

(1) “Controllable electronic record” means a record stored in an electronic medium that can be subjected to control under Section 12-105. The term does not include a controllable account, a controllable payment intangible, a deposit account, an electronic copy of a record evidencing chattel paper, an electronic document of title, electronic money, investment property, or a transferable record.

La definición de estos activos digitales, ciertamente amplia, obliga a acudir a la sección 12-105, en la que se define el nivel o ámbito de control que debe existir sobre los archivos electrónicos para que puedan ser considerados CER y, por tanto, sujetos a las nuevas reglas. En esa disposición, el control se concreta en:

- La facultad apropiarse del beneficio del CER.
- La facultad de impedir que otros se apropien de esos beneficios.
- La facultad de transferir a un tercero el control del CER.

Esas facultades deben corresponder al titular del CER, pero este no tiene que ser necesariamente identificable por su nombre y apellido(s). La referencia criptográfica que vincula el CER con un código determinado es suficiente para entender que existe un titular en el que concurren las facultades indicadas. De este modo, encajan en la definición legal de CER tanto las monedas virtuales como los tokens no fungibles (Non-Fungible Tokens) y los activos digitales que incorporan. Las nuevas reglas dan cobertura legal a las transacciones económicas en que tales activos sean objeto de transmisión o de garantía.

En el momento de escribir estas líneas, han adoptado ya la reforma de 2022 del Uniform Commercial Code a la versión del texto vigente en su propio derecho interno los estados de Hawaii, Colorado, Nebraska, Tennessee, Washington, New Hampshire, California, Indiana, Oklahoma, New Mexico, Maine y North Dakota (por orden de incorporación, del último al primero en hacerlo) además del distrito de Columbia (DC). Es previsible que lo hagan todos los estados, como ha sucedido hasta la fecha con el resto de modificaciones del Code. También lo es que la reforma sirva de modelo a las que se puedan plantear en otros lugares del mundo.

Carlos Gómez Ligüerre

En tiempos de reformas penales mensuales, uno siente la añoranza del orden de las viejas codificaciones...; en realidad, incluso de las nuevas. Pues bien, resulta que, desde el 1 de octubre de 2015, existe en Noruega el que, con toda probabilidad, es el más reciente de los códigos penales occidentales. En honor a la verdad, hay que decir que hasta hace poco más de un año no tenía ni idea de que en la pasada década se hubiera promulgado un nuevo código penal en Noruega. La información me vino dada por un artículo de Michael MOORE, en el que se aludía a aquél, ya en el título, como representativo de un modelo biológico de regulación de la inimputabilidad –es decir, uno que prescinde de los efectos psicológico-normativos¹⁷. Una vez consultado este aspecto concreto, que era el que entonces me interesaba, me pudo la curiosidad y decidí echarle una ojeada. Desde luego, la primera impresión es de una gran pulcritud, inteligibilidad y precisión; es decir, justo lo contrario de la impresión que producen nuestras nuevas leyes.

La retroactividad de las leyes penales favorables tiene lugar sólo cuando «la modificación legislativa se debe a un cambio de opinión sobre los actos que deben castigarse o sobre el recurso a sanciones penales»¹⁸. De este modo, la regulación legal noruega da cuenta de la distinción doctrinal entre los cambios de valoración y aquellos cambios de circunstancias que, aunque den lugar a una nueva disposición, no permiten aplicar esta con efectos retroactivos. En lo relativo a la teoría del delito, el Código noruego contiene un concepto unitario de interviniente, una regulación del estado de necesidad justificante a la alemana y, por mencionar otra causa de justificación, una limitación de la legítima defensa con base en una exigencia de moderación¹⁹. Más aún, el legislador noruego incluso «se permite» proporcionar una definición de dolo eventual según la fórmula positiva de FRANK²⁰, así como una configuración objetivo-subjetiva –mejor, general-individual– de la imprudencia²¹.

¹⁷ MOORE, «The Quest for a Responsible Responsibility Test: Norwegian Insanity Law after Breivik», *Criminal Law & Philosophy*, (9), 2015, pp. 645 ss. Se refiere al Cap. 1, art. 20.

¹⁸ Cap. 1, art. 3.

¹⁹ Cap. 1, art. 18: la reacción necesaria contra una agresión antijurídica sólo está justificada si «claramente no va más allá de lo justificable, teniendo en cuenta la peligrosidad de la agresión, el tipo de interés que vulnera y la culpabilidad del agresor».

²⁰ Hay una forma de dolo distinta de la intención y del dolo de consecuencias necesarias cuando el sujeto «considera posible que su conducta se ajuste a la descripción del delito y opta por actuar, aunque así sea». Cap. 1, art. 22 c.

²¹ Cap. 1, art. 23: «Es imprudente toda persona que actúe contraviniendo la exigencia de la diligencia debida en un ámbito de la vida, y que pueda ser considerada culpable a la vista de sus circunstancias personales».

Es interesante la previsión de una, llamémosle, «eximente facultativa», así como de una «eximente incompleta». En efecto, el art. 81 del Capítulo primero contiene una serie de situaciones en las que el órgano judicial puede optar por eximir de responsabilidad. Entre ellas se cuentan los excesos en la legítima defensa, en el estado de necesidad y en la «auto-ayuda»²². Sin embargo, también se incluyen los supuestos de evitación o reversión espontánea del daño en delitos conminados con una multa. Por lo que hace a la exención incompleta –la imposición de la pena por debajo del mínimo legal o de otra pena menos grave–, el referido art. 81 se refiere, entre otros, a los supuestos del art. 80, cuando estos no conducen a la exención total. Ahora bien, asimismo establece la sanción de la tentativa, de la participación menor, de la imputabilidad disminuida, de la inimputabilidad provocada, del error vencible de prohibición, de la minoría de edad –por debajo de 18 años–, y de la realización de una confesión sin reservas. En efecto, todas ellas son causas de «exención incompleta» de pena o, si se prefiere, de atenuación cualificada de esta. El miedo insuperable también se sitúa en este marco, de modo que en Noruega no constituye una eximente plena. En cambio, sí lo es el consentimiento en las lesiones²³ que no consistan en una mutilación genital²⁴. Asimismo es eximente –en este caso, facultativa– la represalia (*retaliation*), que redunda en una agresión física menos grave²⁵.

La Parte Especial es también interesante. Veamos únicamente un par de ejemplos. Más allá de los delitos relativos a la prostitución –en los que se sanciona a ambas partes, aplicando el conocido «modelo nórdico»– existe un delito de publicación, importación, venta masiva y exposición pública de pornografía también entre adultos. Su comisión imprudente también es punible. A este respecto, se reputan pornografía «las representaciones sexuales que tengan un efecto ofensivo o que de cualquier otro modo puedan tener un efecto humanamente degradante o embrutecedor, incluidas las representaciones sexuales que impliquen la utilización de cadáveres, animales, violencia y coacción. No se consideran pornografía las representaciones sexuales que deben considerarse justificables con fines artísticos, científicos, informativos o similares.»²⁶. Cambiando radicalmente de materia, el blanqueo de activos tiene una regulación distintiva. En particular, contiene algo que se echa en falta en España: una previsión de los casos menos graves, que pueden recibir pena de multa²⁷.

Obviamente resulta imposible aludir a todos los aspectos del Código noruego que le pueden interesar a un lector latino. Estas referencias sólo pretendían llamar la atención y despertar la curiosidad del lector por el texto, que desde luego merece una lectura sosegada... ¡Ah, por cierto, se me olvidaba! El Código penal de Noruega contiene otra sorprendente regulación, que, a la vista de las manifestaciones del legislador español y de cierta doctrina, se diría que no existe en Europa. A saber, que «toda persona que, mediante la fuerza, amenazas u otros medios ilegales, cree el riesgo de que la Constitución noruega pueda ser alterada, será castigada con una pena de prisión no superior a quince años»²⁸. Más aún, si el que realiza la conducta es un alto funcionario, la pena puede alcanzar a veintiún años de prisión²⁹. En fin, la conspiración para lo anterior tiene

²² Es decir, la realización extrajudicial de un derecho propio.

²³ Salvo las más graves, en las que la exención es incompleta.

²⁴ Cap. 25, art. 276.

²⁵ Cap. 25, art. 271.

²⁶ Art. 317. Si se trata de una entrega concreta, sólo es punible la que afecta a menores de 18 años.

²⁷ Art. 339.

²⁸ Cap. 17, art. 113.

²⁹ Cap. 17, art. 114.

una pena de prisión de hasta seis años³⁰. Parece que el camino del norte (*Nord-weg*) está empedrado con bastante sentido común.

Jesús-María Silva Sánchez

³⁰ Cap. 17, art. 127.

La parametrización de la vulnerabilidad en el derecho contractual de consumo *Un estudio empírico sobre el sector financiero.*

Sumario

La protección eficaz de los consumidores vulnerables ante las nuevas realidades sociales, impuestas en su mayoría por las sucesivas crisis económicas acontecidas durante las dos primeras décadas del siglo XXI, se ha convertido en un principio programático presente en la configuración de las políticas de protección de los consumidores tanto en el plano nacional como europeo. En lo referente al ordenamiento contractual de consumo español, podemos identificar dos dimensiones diferenciadas des de las cuales se aborda la problemática de la vulnerabilidad en las relaciones de consumo. Por un lado, la vulnerabilidad económica. Patente en las dificultades de acceso de los consumidores a determinados bienes o servicios. Y, por otro lado, la informativa, donde se entiende que un consumidor es vulnerable en la medida en que no puede hacer un uso apropiado de las herramientas de protección que el ordenamiento le brinda. Ambas visiones parametrizan la vulnerabilidad de forma distinta. Es decir, difieren en cuanto a los factores que se toman como necesarios para valorar cuándo un consumidor se halla en una situación de vulnerabilidad o no. Con el presente trabajo queremos demostrar qué si bien dichos parámetros difieren formalmente, ambos grupos de normas van dirigidas a proteger un único grupo de consumidores. Esto implica que las dos dimensiones pretenden paliar un único problema abordándolo mediante técnicas y herramientas jurídicas distintas.

Abstract

The effective protection of vulnerable consumers in the face of the new social realities, mostly imposed by the successive economic crises that have occurred during the first two decades of the 21st century, has become a programmatic principle present in the configuration of consumer protection policies at both the national and European level. Regarding Spanish consumer contract law, we can identify two different dimensions from which the problem of vulnerability in consumer relations is addressed. On the one hand, economic vulnerability. This is evident in the difficulties consumers have in accessing certain goods or services. On the other hand, informative vulnerability, where it is understood that a consumer is vulnerable to the extent that he or she cannot make appropriate use of the protection tools provided by the legal system. Both views parameterize vulnerability in different ways. That is, they differ in terms of the factors that are taken as necessary to assess when a consumer is in a situation of vulnerability or not. In this paper we want to show that although these parameters differ formally, both sets of rules are aimed at protecting a single group of consumers. This implies that the two dimensions aim to alleviate a single problem by addressing it through different legal tools and techniques.

Title: *The parameterization of vulnerability in consumer contract law: an empirical study on the financial sector.*

Palabras clave: Vulnerabilidad en las relaciones de consumo, Derecho contractual de consumo, Análisis empírico del derecho, Mercados financieros.

Keywords: *Consumer vulnerability, Consumer contract law, Empirical legal research, financial markets.*

DOI: 10.31009/InDret.2023.i1.01

Índice

- 1. Introducción**
- 2. Vulnerabilidad informativa y económica: dos dimensiones coexistentes en el ordenamiento.**
- 3. La vulnerabilidad económica y su parametrización**
 - 3.1. Parametrización legal de la vulnerabilidad económica
 - a. Situación patrimonial
 - b. Carga obligacional
 - c. Condiciones personales
 - d. Composición familiar
 - e. Edad
 - f. Situación laboral
 - g. Víctimas de violencias
 - h. Renta
 - 3.2. Instrumentalización estadística de la vulnerabilidad económica
 - 3.3. Variables económicas vs. personales
- 4. La vulnerabilidad informativa y su parametrización legal**
 - 4.1. Grupos de consumidores especialmente vulnerables
 - 4.2. Consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica
- 5. La vulnerabilidad informativa en el sector financiero**
 - 5.1. Las competencias financieras como indicador de la vulnerabilidad informativa
 - 5.2. Instrumentalización estadística de la vulnerabilidad informativa
- 6. Modelo empírico**
 - 6.1. Metodología
 - 6.2. Resultados
- 7. Conclusiones**
- 8. Bibliografía**

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

1. Introducción *

El 13 de noviembre de 2020, la Comisión Europea adoptó la Nueva Agenda del Consumidor¹. Mediante este nuevo marco estratégico las instituciones europeas actualizaban su política de protección de los consumidores e incluían entre sus principales líneas de actuación su voluntad de proteger más eficazmente a los consumidores vulnerables ante las nuevas realidades económicas impuestas por la crisis de la COVID-19 y sus probables consecuencias. En el plano nacional, se aprobaba el 21 de enero de 2021, el Real Decreto-ley 1/2021² de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, rompiendo con la imagen del consumidor medio, paradigma normativo por defecto en la regulación general del derecho contractual de consumo. Queda patente, en este sentido, que existe una voluntad por parte de los poderes públicos, tanto nacionales como europeos, de dar un tratamiento diferenciado a determinados grupos de consumidores con el objetivo de lograr mayores niveles de protección en el mercado.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español ya existía, con anterioridad a la aprobación del Real Decreto-ley 1/2021, un amplio conjunto de normas dirigidas a paliar los efectos asociados a la problemática de la vulnerabilidad en las relaciones de consumo. En su gran mayoría sectoriales, dichas normas alteran elementos clave del clausulado del contrato como el precio, la cantidad o los efectos del incumplimiento, entre otros, en favor de la parte considerada vulnerable y cargando el coste de la medida sobre el contratante fuerte. Estas se encuentran resumidas en la TABLA I.

TABLA I. Marco normativo I

Sector	Elemento ³	Norma	Medida	Artículo
Energía	Precio	Ley 24/2013 ⁴	El bono social de electricidad	45
	Información	RD 897/2017 ⁵	Obligaciones de información	5
	Incumplimiento	Ley 24/2013	Imposibilidad de suspensión del suministro	52
	Cantidad	Ley 24/2013	Suministro Mínimo Vital	45 bis
Financiero	Cláusulas	RD-ley 6/2012 ⁶	Límite al interés moratorio	4
	Precio	RD 164/2019 ⁷	Gratuidad de la cuenta de pago básica	2

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de generación de conocimiento de la Agencia Estatal de Investigación: *Consumidor, Vulnerabilidad y Vivienda Sostenible*. Referencia administrativa: PID2021-125149NB-100. Antoni Mut Piña (amut@ub.edu).

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Nueva Agenda del Consumidor Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible. COM/2020/696 final.

² Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. «BOE» núm. 17, de 20 de enero de 2021, páginas 4782 a 4803 (22 págs.)

³ Elemento esencial del contrato que la medida modula en favor del consumidor vulnerable.

⁴ Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. «BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2013, páginas 105198 a 105294 (97 págs.).

⁵ Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica. «BOE» núm. 242, de 07/10/2017.

⁶ Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. «BOE» núm. 60, de 10/03/2012.

⁷ Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera. «BOE» núm. 80, de 3 de abril de 2019, páginas 34468 a 34474 (7 págs.).

Vivienda	Incumplimiento	Ley 1/2013 ⁸	Suspensión de los lanzamientos	1
	Incumplimiento	RD-ley 11/2020 ⁹	Suspensión del procedimiento de desahucio	1
	Incumplimiento	RD-ley 11/2020	Moratoria de la deuda arrendaticia	3

Fuente: Elaboración propia.

Cabe añadir, a dicho marco normativo, los deberes de información contenidos en la Ley 4/2022¹⁰ que deroga al ya citado Real Decreto-ley 1/2021 y la Ley 29/2009¹¹ relativa a prácticas comerciales desleales. Ambas, con carácter general, regulan la información que el empresario transmite al mercado. Limitando, por un lado, el contenido de las comunicaciones comerciales que distorsionen el comportamiento racional de los consumidores y obligándole, a su vez, a transmitir los elementos necesarios para la toma eficiente de decisiones.

TABLA 2. Marco normativo II

Elemento	Norma	Medida	Artículo
Información	Ley 4/2022	Deberes de información precontractual	1
Información	Ley 29/2009	Límite a las prácticas comerciales desleales	4.3

Fuente: Elaboración propia.

Así pues, en el ordenamiento jurídico español es posible identificar dos tipos diferentes de normas que, en materia contractual, tratan de paliar los problemas asociados a la vulnerabilidad en las relaciones de consumo. Por un lado, encontramos un conjunto de normas –Marco normativo I– que entienden que un consumidor es vulnerable en la medida en que, por sus características socioeconómicas, tiene una mayor propensión a ser expulsado de determinados mercados. Hemos denominado a esta dimensión «vulnerabilidad económica». Y, por otro lado, existe otro grupo –Marco normativo II– que entienden que un consumidor es vulnerable en la medida en que no puede actuar de forma racional y, por tanto, tiene una mayor probabilidad de sufrir daños como consecuencia de una concreta relación de consumo por no poder hacer valer sus derechos como consumidor. A esta segunda dimensión nos referiremos como «vulnerabilidad informativa», por el papel fundamental de la información en el esquema de tutela normativo que el ordenamiento contractual de consumo brinda a los consumidores.

Como veremos a continuación, ambas dimensiones utilizan diferentes criterios o parámetros para delimitar que consumidores son considerados vulnerables. En este sentido, el objetivo del presente trabajo será doble. En primer lugar, analizaremos los criterios utilizados en la parametrización de la vulnerabilidad en las dos dimensiones especificadas. Y, en segundo lugar, demostraremos que las medidas de tutela contenidas en estas normas se dirigen sobre un mismo grupo de población. Es decir, que los consumidores considerados vulnerables atendiendo a los parámetros utilizados en ambas dimensiones coinciden.

⁸ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. «BOE» núm. 116, de 15/05/2013. «BOE» núm. 116, de 15/05/2013.

⁹ Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. «BOE» núm. 91, de 01/04/2020.

¹⁰ Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. «BOE» núm. 51, de 1 de marzo de 2022, páginas 23787 a 23817 (31 págs.)

¹¹ Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. «BOE» núm. 315, de 31 de diciembre de 2009, páginas 112039 a 112060 (22 págs.)

Por ello, la primera de las hipótesis que planteamos aceptar o refutar es la hipótesis de similitud de grupos. De acuerdo con esta, los grupos de población o sujetos beneficiarios de las normas de tutición en ambas dimensiones coinciden. O, en otros términos, que un consumidor vulnerable económicamente tiene una gran probabilidad de presentar también un alto grado de vulnerabilidad informativa. Para aceptar dicha hipótesis deberíamos encontrar que las variables objetivas utilizadas para la medición de la vulnerabilidad económica estuvieran correlacionadas positivamente con niveles altos de vulnerabilidad informativa.

Para contrastar empíricamente dicha hipótesis de similitud entre grupos de consumidores económicamente vulnerables e informativamente vulnerables se hará uso de varios modelos estadísticos de Análisis de la Varianza –ANOVA–. Dicho análisis empírico se suscribirá únicamente al sector financiero. En este campo disponemos de microdatos obtenidos por el Banco de España que permiten este tipo de aproximaciones metodológicas. Si los modelos ANOVA presenten diferencias significativas entre los diferentes factores delimitados por los criterios de vulnerabilidad económica y estas diferencias muestran un correlación positiva entre categorías consideradas por el ordenamiento como vulnerables y un alto grado de vulnerabilidad informativa, esto implicaría que las variables que se están usando para definir al consumidor económicamente vulnerable capturan bien situaciones de especial asimetría informativa en la contratación de servicios financieros de crédito –vulnerabilidad informativa–.

Un mayor grado de conocimiento en relación con la conceptualización del fenómeno de la vulnerabilidad en las relaciones de consumo puede ayudar al diseño de herramientas jurídicas más eficaces.

El trabajo se estructurará de la siguiente manera: en primer lugar, expondremos brevemente en que consiste la aceptación de la vulnerabilidad en las relaciones de consumo como un fenómeno multidimensional y expondremos las dos dimensiones diferenciadas abordadas por la normativa de consumo en España –Sección 2–. En segundo lugar, veremos cómo se parametriza la figura del consumidor vulnerable en ambas dimensiones –Sección 3 y 4–, en tercer lugar, propondremos un sistema para medir la vulnerabilidad informativa en el sector financiero, en concreto a través del grado de competencias financieras –Sección 5–. Esto nos permitirá, finalmente, realizar el ya comentado análisis estadístico con el objetivo de aceptar o refutar la hipótesis de trabajo según la cual ambos conjuntos de normas se dirigen al mismo grupo de población –Sección 6–.

2. Vulnerabilidad informativa y económica: dos dimensiones coexistentes en el ordenamiento

Tanto la mayor parte de la literatura científica¹² como la normativa¹³ entiende que un consumidor será vulnerable en la medida que experimente una mayor probabilidad *ex ante* de sufrir un perjuicio físico o económico a resultas de una concreta relación de consumo. En este

¹² Esta es la definición recogida tanto en la Nueva Agenda del Consumidor (2020-2025) aprobada por la Comisión Europea como por el preámbulo del RD-Ley 1/2021 y de la posterior Ley 4/2022.

¹³ Véase, por ejemplo, London Economics, VVA Consulting y IPSOS. (2016). *Consumer vulnerability across key markets in the European Union* [informe en línea]. DG Justice and Consumers – European Comission. [Fecha de consulta 2 de agosto de 2022] o OVERALL, Rod, «*What do we mean by “vulnerable” and “disadvantaged” consumers?*» [discussion paper en línea]. Consumer Affairs Victoria, 2004, [Fecha de consulta 2 de agosto de 2022].

sentido, son tres los aspectos fundamentales que caracterizan esta aproximación. A saber, (1) el dinamismo, (2) la multifactorialidad y (3) la multidimensionalidad del fenómeno.

Vincular la vulnerabilidad a la concurrencia de un determinado nivel de riesgo implica aceptar cierto grado de dinamismo en lo que a la aproximación al fenómeno se refiere. Este citado dinamismo puede ser entendido en dos sentidos. El primero, el aportado por autores como Harrison y Chalmer, y, según el cual, la vulnerabilidad debe ser entendida no como un estado dicotómico sino más bien como un *continuum* que acepta diferentes grados¹⁴, y, en especial, el segundo, señalado, entre otros, por Griffiths y Harmon-Kizer según el cual los consumidores pueden entrar y salir de situaciones de vulnerabilidad durante un determinado período de tiempo¹⁵.

Otro de los consensos existentes dentro del mundo académico es asumir que las situaciones de vulnerabilidad no derivan de circunstancias estrictamente personales, sino que hay que considerar aspectos de origen demográfico, social e, incluso, relacionados con cada sector del mercado concreto en el que se opera. Es decir, que se trata de un fenómeno multifactorial. En este sentido, el concepto de vulnerabilidad se ha instrumentalizado en base a dos categorías de elementos definitorios. Por un lado, elementos de tipo endógenos o internos centrados en las características personales del consumidor, y por otro, elementos exógenos o externos que atienden al contexto en que se desenvuelve¹⁶. Este planteamiento ha ayudado a superar una concepción primaria del término y a entender que las condiciones que predisponen a la vulnerabilidad en las relaciones de consumo exceden el plano de lo estrictamente económico, tradicionalmente vinculado con el nivel de renta^{17,18} y, de hecho, es la visión que el legislador español adopta, en su intento de parametrizar la vulnerabilidad económica, y en la que podemos diferenciar claramente entre variables económicas –situación patrimonial, carga obligacional, situación laboral y renta– y personales –discapacidad, composición familiar, edad y condición de víctima de terrorismo o violencia de género–, como más adelante veremos.

Sin embargo, a efectos del presente trabajo la característica que más nos interesa es la multidimensionalidad¹⁹. Según esta perspectiva los factores que afectan al desarrollo de la vulnerabilidad en las relaciones de consumo pueden observarse en multiplicidad de ámbitos. Véase, por ejemplo, en una cierta limitación a la capacidad de maximizar el bienestar mediante el consumo, a las dificultades para obtener o asimilar información, o a una mayor susceptibilidad a las prácticas comerciales agresivas, etc. Así pues, medir la vulnerabilidad implica instrumentalizar dichos ámbitos –dimensiones– mediante variables observables.

En el ordenamiento jurídico español es posible identificar el tratamiento diferenciado a dos dimensiones del fenómeno de la vulnerabilidad en las relaciones de consumo. Una económica y

¹⁴ HARRISON, P., y CHALMERS, K., *A different view of consumer vulnerability*, 2013.

¹⁵ GRIFFITHS, Merlyn A., y HARMON, Tracy R., «Aging Consumer Vulnerabilities Influencing Factors of Acquiescence to Informed Consent», *The Journal of Consumer Affairs*, 45(3), 2011, pp. 445–466.

¹⁶ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores, *Consumidor vulnerable*, Editorial Reus, 2015.

¹⁷ Esta misma afirmación la podemos encontrar en el preámbulo de la Ley 4/2022.

¹⁸ Una posible taxonomía de los factores podría ser al siguiente: (1) características personales y demográficas (edad, género, región, bajo nivel educativo, etc.), los sesgos conductuales (impulsividad, exceso de confianza, propensión al riesgo, etc.), los factores de mercado (complejidad técnica del mercado, incapacidad de comparar ofertas, desconocimiento de las condiciones contractuales, etc.) y los factores situacionales (desempleo, enfermedades crónicas, etc.).

¹⁹ CARTWRIGHT, Peter, «Understanding and Protecting Vulnerable Financial Consumers», *Journal of Consumer Policy*, 38 (2), 2015, pp. 119–138; y O'CONNOR, Genevieve E., et al., «Conceptualizing the Multiple Dimensions of Consumer Financial Vulnerability», *Journal of Business Research*, Vol. 100, 2019, pp. 421–430.

otra informativa. La primera de estas refleja el interés de los poderes públicos de garantizar el acceso de los consumidores a determinados bienes o servicios, considerados «esenciales» – servicios financieros básicos, suministros y vivienda–. La TABLA I refleja la normativa relativa a dicha dimensión. Es resaltable el carácter marcadamente sectorial de todas estas medidas. Así como el uso recurrente a las mismas durante los períodos de marcada recesión económica y de tensión en los mercados. Las herramientas normativas utilizadas, a su vez, destacan por alterar el contenido material del contrato. En definitiva, son en su totalidad lo que la doctrina ha denominado *mandatory pro consumer arrangements*²⁰. Su consideración por parte del legislador responde a criterios de justicia redistributiva donde la parte fuerte de la relación contractual carga con el peso de la medida de tutición, a pesar de que, tradicionalmente, el Derecho patrimonial dinámico, y en especial, el Derecho contractual no tenían ningún rol en la justicia distributiva, feudo tradicional del derecho público²¹. En esta dimensión, un consumidor será vulnerable en la medida que tenga dificultades para acceder a dicho mercado. La vulnerabilidad, en este sentido, vendrá determinada por aquellos factores exógenos o endógenos que condicione el acceso a esos bienes y servicios considerados de especial interés por el legislador.

Por otro lado, en lo relativo a la dimensión informativa, el legislador entiende que un consumidor es vulnerable en la medida que no puede acceder a los marcos de protección en igualdad de condiciones que el resto de los consumidores. En este caso, se adopta un criterio de justicia procedural pura²², según el cual el resultado de una relación contractual es *per se* justa en la medida que dicha nace del concurso de voluntades libremente ejercitadas. Los factores causantes de la vulnerabilidad, en este caso, impidiendo el acceso de los consumidores a sus derechos de información, comprometen la justicia intrínseca a toda relación contractual y como herramienta de protección ante esto el legislador decide agravar los deberes de información con respecto a estos consumidores para asegurar el correcto desarrollo de sus relaciones de consumo. Las disposiciones contendidas en esta dimensión (TABLA 2) utilizan mayoritariamente *herramientas de transparencia*. Entendiendo por las mismas a todas aquellas disposiciones normativas que regulen la información a disposición de las partes para la configuración autónoma²³ de su voluntad en el proceso de contratación. Esta conceptualización permite englobar tanto a los deberes precontractuales de información, es decir, deberes de información positivos de naturaleza puramente contractual, donde se obliga al empresario a facilitar toda aquella información que es considerada por el ordenamiento como esencial para la toma de decisiones por parte del consumidor, como las regulaciones de las prácticas comerciales, en la medida que suponen un control sobre todas aquellas comunicaciones comerciales que puedan alterar el comportamiento racional del consumidor en el mercado.

Esta visión, tendente a considerar como un mismo fenómeno jurídico²⁴ a los deberes precontractuales de información y a determinadas prácticas comerciales abusivas, en especial las

²⁰ BAR-GILL, Oren y BEN-SHAHAR, Omri, «Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law», *Common Market Law Review*, Vol. 50, núm. 1, 2013, pp. 109-125.

²¹ BARCELÓ COMPTÉ, Rosa, *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Marcial Pons, 2019.

²² ROSENFIELD, Michel, «Contract and Justice: the Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory», *Iowa Law Review*, 70 (4), 1985, pp. 771-820.

²³ Consideraremos que un consumidor únicamente tiene posibilidades reales de actuar autónomamente cuando se encuentra en una posición que le permite tomar decisiones informadas. En consonancia con, Willett, C., *Autonomy and Fairness: The Case of Public Statements*, en G. Howells, A. Janssen y R. Schulze (Eds.), *Information Rights and Obligations: A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Ashgate, 2005, pp. 1-17.

²⁴ Este *fenómeno* al que nos referimos es la voluntad de los poderes públicos de regular el flujo de información que llega a los agentes económicos con el objetivo de asegurar la eficiencia de los mercados.

relativas al control de la publicidad, resulta poco común en la literatura jurídica española y en el ordenamiento, donde es habitual un tratamiento diferenciado de las mismas, mas, esta, tiene la voluntad propedéutica de analizar de forma unitaria y robusta al conjunto de herramientas jurídicas utilizadas por el ordenamiento en el tratamiento de la información en los mercados de consumo.

3. La vulnerabilidad económica y su parametrización

3.1. Parametrización legal de la vulnerabilidad económica

En este primer apartado, analizaremos la parametrización que el ordenamiento jurídico español hace del consumidor «económicamente» vulnerable. Es decir, delimitaremos cuales son los elementos utilizados para determinar si un consumidor es considerado o no vulnerable y en qué sentido aumentan o disminuyen estos el grado de vulnerabilidad. Para ello, expondremos los requisitos que se exigen a los consumidores para acceder a las medidas de protección contenidas en el marco normativo anteriormente indicado. Las normas que contienen las herramientas de protección frecuentemente se remiten a otras disposiciones en lo que a la delimitación del concepto de vulnerabilidad se refiere. En consonancia con el análisis que queremos realizar en el presente estudio hemos decidido exponerlos atendiendo a un criterio de clasificación material y no normativo. En este sentido, hemos podido identificar ocho categorías de elementos definitorios en todo el marco legal analizado. Estas son: (1) la situación patrimonial, entendiendo como tal a la composición de la cartera de bienes mobiliarios e inmobiliarios del consumidor; (2) la carga obligacional, es decir, la ratio entre la capacidad adquisitiva y el peso en la misma de las obligaciones contractuales del consumidor; (3) las condiciones personales que incapaciten para el ejercicio de una actividad profesional; (4) la composición de los miembros de la unidad familiar en el que el mismo se halle inserido con especial hincapié en la presencia de descendientes menores de edad o miembros con alguna incapacidad reconocida; (5) la edad; (6) la situación laboral; (7) haber sido víctima de algún tipo de violencia; y, finalmente, (8) la renta, que, como observaremos, se emplea como indicador paradigmático en la determinación de la vulnerabilidad económica. Como hemos indicado, a continuación, expondremos las disposiciones normativas que nos han permitido extraer dichos criterios.

a. Situación patrimonial

Podemos ver referencias a la situación patrimonial del consumidor en la delimitación de la condición de vulnerabilidad en el artículo 1 de la Ley 1/2013 y en el artículo 3 del Real Decreto 164/2019. En relación con la primera disposición, encaminada a delimitar la condición de vulnerabilidad en lo relativo a ciertas medidas de refuerzo de la protección del deudor hipotecario, la inclusión en el ámbito de aplicación de estas pasa por el cumplimiento de determinadas circunstancias económicas, entre las cuales encontramos: «que el crédito o préstamo garantizado con hipoteca recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor» – Art. 1.3 letra d)–. Con respecto a la segunda, que delimita las condiciones de acceso al régimen gratuito de las cuentas de pago básicas, se exige que: «no concurra titularidad, directa o indirecta, o derecho real alguno sobre bienes inmuebles, excluida la vivienda habitual, ni titularidad real de sociedades mercantiles, por parte de ninguno de los miembros que integren la unidad familiar» –Art. 3.1 letra b)–. Parece claro y lógico que el ordenamiento jurídico español correlacione de forma negativa el grado de vulnerabilidad económica y la situación patrimonial tantomobiliaria como inmobiliaria. De hecho, la tenencia en propiedad de la vivienda habitual

parece ser, a tenor de la normativa indicada, el único derecho real inmueble compatible con la condición de vulnerabilidad.

b. Carga obligacional

Debemos entender por carga obligacional al esfuerzo económico que para el consumidor supone el cumplimiento de las prestaciones contractuales. Para medir dicha carga, esta suele referenciarse a otro indicador de la situación económica, normalmente la renta. Así, el artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2020 establece que: «a los efectos de obtener moratorias o ayudas en relación con la renta arrendaticia de la vivienda habitual, [...] la renta arrendaticia, más los gastos y suministros básicos, debe ser superior o igual al 35 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar» –Art. 5.1 b)–. El artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012 establece, por otro lado, que: «se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando, entre otras circunstancias, la cuota hipotecaria del mismo resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar» –Art. 3.1 c)– y que se «entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5» –Art. 3.1 b)–. Finalmente, el ya citado artículo 1 de la Ley 1/2013, establece que para que sean de aplicación las medidas relativas al refuerzo de la protección del deudor hipotecario la cuota hipotecaria deberá ser superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciban el conjunto de los miembros de la unidad familiar –Art. 1.3 b)– y que el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5 –Art. 1.4 a)–.

c. Condiciones personales

Padecer una enfermedad mental, una parálisis cerebral o tener reconocida algún tipo de discapacidad física constituye otro de los parámetros indicativos de vulnerabilidad utilizada por el ordenamiento jurídico español. Son ejemplos claros de ello: el artículo 1 de la Ley 1/2013, cuando indica que entre los supuestos de vulnerabilidad encontramos a las unidades familiares en que «alguno de sus miembros tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral» –Art. 1.2 d)– así como, cuando entre las circunstancias económicas necesarias para acceder a las medidas específicas un límite de ingresos superior para el caso que «el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral» –Art. 1.3 a)–. Siguiendo esta misma línea, el artículo 3 del Real Decreto 897/2017 aumenta los límites de renta dentro de los cuales se considera vulnerable a un consumidor cuando «este o alguno de los miembros de la unidad de convivencia tenga discapacidad reconocida igual o superior al 33%» –Art. 3.3 a)– o cuando «el consumidor o alguno de los miembros de la unidad de convivencia se encuentre en situación de dependencia reconocida» –Art. 3.3 d)–. Del mismo modo, el artículo 3 del Real Decreto 164/2019 determina un límite de ingresos brutos superiores a los exigidos para el resto de los clientes «cuando se trate de unidades familiares que tengan en su seno a una persona con grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento» –Art. 3.1 a) 4º–. En un mismo sentido procede el artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012, cuando aumenta el

límite de ingresos que marca el umbral de exclusión para los casos en que «alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, [...]», o en el caso de que un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral» –Art. 3.1 a)– y cuando considera como circunstancia familiar de especial vulnerabilidad que «alguno de los miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente, para realizar una actividad laboral» – Art. 3.1 b) 4º–. Finalmente, el artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2020 incrementa en límite de renta a efectos de obtener moratorias o ayudas en relación con la renta arrendaticia de la vivienda habitual, cuando «alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite» –Art. 5.1 a) iv.–, así como, «cuando la persona obligada a pagar la renta arrendaticia sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que le incapacite» –Art. 5.1 a) v.–.

d. Composición familiar

Hay determinadas composiciones familiares que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, son intrínsecamente más vulnerables que otras. El artículo 1 de la Ley 1/2013, en este sentido, entiende que las familias numerosas, las unidades monoparentales con menores e hijos al cargo –Art. 1.2 a), b) y c)– deben tener rangos de renta familiar mayores al ser consideradas. El artículo 3 del Real Decreto 897/2017, por otro lado, incrementa en 0.3 puntos la renta necesaria para poder solicitar el bono social eléctrico por cada miembro adicional mayor de edad, 0.5 por cada menor de edad –Art. 3.2 a)– y 1 si la unidad de convivencia está integrada por un único progenitor y, al menos, un menor –Art. 3.3 e)–, y de hecho considera a todas las familias numerosas como vulnerables, con independencia de su nivel económico –Art. 3.2 b)–. En un mismo sentido procede el artículo 3 del Real Decreto 164/2019 aumentando los ingresos mínimos necesarios a medida que aumentan los miembros de la unidad familiar –Art. 3.1 a) 1º, 2º y 3º–. El artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012, por otro lado, contempla como circunstancias familiares especiales la condición de familia numerosa, las monoparentales con hijos a cargo y las familias como hijos menores de edad –Art. 3.1 b) 1º, 2º y 3º –. Finalmente, el artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2020 donde el límite de renta para ser considerado vulnerable se incrementará en 0.1 por cada hijo a cargo en la unidad familiar y de 0.15 por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental –Art. 5.1 a) ii)–.

e. Edad

La Edad, en concreto tener más de 60 años, es otro de los parámetros más comunes en el ordenamiento jurídico español en lo referente a la parametrización de la vulnerabilidad. Para el artículo 1 de la Ley 1/2013 uno de los supuestos de especial vulnerabilidad es que el deudor sea mayor de 60 años –Art. 1.2 h)–. El artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012, por otro lado, considera como circunstancia familiar de especial vulnerabilidad que el deudor sea mayor de 60 años –Art.

3.1 b) 7º–. Finalmente, el artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2020 incrementa el límite de renta en 0.1 puntos respecto al valor base para considerar al consumidor como vulnerable por cada miembro de la unidad familiar que sea mayor a 65 años –Art. 5.1 b) iii.–.

f. Situación laboral

Encontrarse en una situación laboral inestable es otro de los parámetros utilizados para la delimitación de la vulnerabilidad. El artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2020 determina que es necesario acreditar estar en una situación de desempleo, Expediente Temporal de Regulación de Empleo (ERTE), reducción de jornada por motivo de cuidados u otras circunstancias similares que supongan una pérdida sustancial de ingresos para poder acceder a las medidas de protección contempladas –Art. 5.1 a)–. El artículo 1 de la Ley 1/2013, en un mismo sentido, determina que cuando el deudor hipotecario se encuentra en situación de desempleo se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad –Art. 1.2 e)–.

g. Víctimas de violencias

Las víctimas de violencia de género, de violencia terrorista o de trata o explotación sexual también tienen la consideración de consumidor vulnerables en gran parte de la normativa. Así, el artículo 1 de la Ley 1/2013 recoge entre los supuestos de especial vulnerabilidad que en la unidad familiar exista una víctima de violencia de género –Art. 1.2 d)–. El Real Decreto-ley 6/2012 en su artículo tercero entiende que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad las unidades familiares donde existe una víctima de violencia de género –Art. 3.1 b) 6º–. El artículo 3 del Real Decreto 164/2019 indica que se entenderá que un cliente se encuentra en situación de especial vulnerabilidad o en riesgo de exclusión financiera cuando sea víctima de trata o explotación sexual –Art. 3.1 c)–. El Real Decreto 897/2017 en su artículo tercero aumenta en un 1 en nivel de renta necesario para ser considerado como vulnerable cuando el consumidor o alguno de los miembros de la unidad de convivencia sea víctima de violencia de género o de terrorismo –Art. 1.4 c) y d)–.

h. Renta

La renta o los ingresos familiares son los parámetros paradigmáticos sobre los que orbita toda la parametrización de la vulnerabilidad. Encontramos requisitos de renta en la totalidad de las normas analizadas. De hecho, como hemos ido indicando, un gran número de los parámetros asociados a la vulnerabilidad suelen estar vinculados a la renta, aumentando la cantidad que el consumidor puede percibir sin ser excluido del ámbito de aplicación subjetivo de la norma. Únicamente el artículo 3 del Real Decreto 897/2013, para el caso de familias numerosas, y el artículo 3 del Real Decreto 164/2019, para el caso de víctimas de trata o explotación sexual, contempla la posibilidad de ser considerado como vulnerable sin recurrir a algún límite de renta.

3.2. Instrumentalización estadística de la vulnerabilidad económica

Una vez delimitado el marco normativo e identificados los criterios utilizados por el mismo para la definición e instrumentalización del fenómeno de la vulnerabilidad debemos delimitar un conjunto de variables medibles y observables capaces de sintetizar dichos factores de vulnerabilidad. Para el caso de la vulnerabilidad económica dicha tarea resulta mucho más sencilla que para el caso de la dimensión informativa, como más adelante veremos. En estos sentido, los ocho factores que el ordenamiento vincula con la vulnerabilidad en la dimensión económica serán instrumentalizados y codificados estadísticamente del siguiente modo.

La renta, será medida con los ingresos anuales brutos del hogar mediante una variable categórica de tipo ordinal. La situación laboral, que en esencia vincula la vulnerabilidad a aquellas situaciones en que uno no trabaja por voluntad ajena a uno mismo, puede equipararse con encontrarse uno en situación de desempleo o no, lo que, en general, comporta una reducción sustancial de ingresos. Esto permite dicotomizar la variable –empleado o desempleado–.

En un mismo sentido, la edad, que, por defecto, suele ser tratada como una variable numérica debe, sin embargo, en nuestro caso, dicotomizarse. El marco normativo no asocia de forma constante el grado de vulnerabilidad con el incremento de la edad, sino que únicamente el pertenecer a ciertos colectivos de edad avanzada, en concreto mayores de 60 o 65 años. Por ello, el factor edad como determinante de la vulnerabilidad únicamente tiene que considerar solamente si el consumidor es mayor o menor a dicha edad límite considerada por el ordenamiento.

En relación con la composición familiar, hemos visto que el ordenamiento establece que determinadas estructuras familiares son consideradas más vulnerables que otras. En especial, las de tipo monoparental con hijos, con especial consideración si estos son menores. Las unidades familiares con hijos también son consideradas, aunque en un menor grado como vulnerables. Por ello los clivajes que tendremos en cuenta en la construcción de la variable serán: primero si se trata de familias monoparentales o no, segundo, si tiene hijos; y tercero, si estos son mayores o menores de edad.

La carga obligacional, que en la normativa suele estar referenciada al contrato concreto sobre el que la medida de protección despliega sus efectos, puede ser medida globalmente si se analiza durante cuánto tiempo el consumidor puede hacer frente a sus gastos corrientes sin tener que pedir prestado o cambiar de casa si deja de recibir la principal fuente de ingresos de su hogar. Esto permite evaluar la fragilidad económica y financiera a la que los consumidores están sometidos. Piénsese que buena parte de las medidas analizadas fueron aprobadas para paliar los efectos de la crisis económica, tanto la financiera de 2008 como la provocada por la expansión de la COVID-19. En este sentido, al medir mediante dicha variable la carga obligacional podemos evaluar tanto el peso de la carga obligacional como la resiliencia de los consumidores ante este tipo de situaciones.

Finalmente, respecto a las condiciones personales cabe preguntarse si el consumidor tiene algún tipo de incapacidad permanente que le impida realizar actividades profesionales y con relación a la situación patrimonial, se observarán dos diferenciaciones, por un lado, si tiene viviendas en propiedad al margen de la vivienda habitual de la unidad familiar y, por el otro, si dispone de activos financieros.

Para la obtención de dichas variables, así como para la posterior construcción de los modelos, hemos utilizado datos de corte transversal provenientes de la encuesta de competencias financieras (ECF) realizada por el Banco de España (BdE) y la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en colaboración con el Instituto Nacional de Estadística (INE) durante los años 2016 y 2017. En la encuesta se realizaron, en promedio, 115 preguntas a un total de 8554 individuos, sobre temas relativos al conocimiento de conceptos económicos y financieros, sus patrones de consumo, su capacidad de ahorro y sobre la tenencia actual de productos financieros.

En la TABLA 3 se presenta la relación de variables expuesta para la vulnerabilidad económica, así como la codificación utilizada y la fuente de estas –pregunta del cuestionario de donde se extrae la información para su construcción–.

TABLA 3. Variables (vulnerabilidad económica)

Variable	Tipo	Valores (N)	Frecuencia
Renta			
1) Ingresos anuales brutos totales del hogar	Ordinal	1 – < 9.000 € (1100) 2 – 9.001 - 14.500 € (1685) 3 – 14.501 - 26.000 € (2177) 4 – 26.001 - 44.500 € (1723) 5 – 44.501 - 67.500 € (685) 6 – + 67.500 € (350) NA's (834)	14.2 % 21.8 % 28.2 % 22.3 % 8.9 % 4.5 % 9.8 %
Situación laboral			
2) Desempleo	Dicotómica	1 – No desempleado (7368) 0 – Desempleado (1184) NA's (2)	86.2 % 13.8 % ~0 %
Edad			
3) Tercera edad	Dicotómica	1 – < 60 años (6475) 0 – > 60 años (2065) NA's (14)	75.8 % 24.2 % ~0 %
Composición familiar			
4) Integrantes de la unidad familiar ²⁵	Ordinal	1 – MP + hijos (<18) (266) 2 – MP + hijos (>18) (245) 3 – UF + hijos (<18) (490) 4 – UF + hijos (>18) (3093) 5 – Solo (753) 6 – Otras (3707)	3.1 % 2.9 % 5.7 % 36.2 % 8.8 % 43.3 %
Carga obligacional			
5) ¿Durante cuánto tiempo podría/podrían hacer frente a sus gastos corrientes? ²⁶	Ordinal	1 – < Una semana (573) 2 – 1 semana - 1 mes (687) 3 – 1 mes - 3 meses (1308) 4 – 3 meses - 6 meses (1041) 5 – 6 meses - 9 meses (827) 6 – 9 meses - 1 año (717) 7 – + 1 año (3107) NA's (294)	6.9 % 8.3 % 15.8 % 12.6 % 10 % 8.7 % 37.6 % 3.4 %
Condiciones personales			
6) ¿Padece incapacidad permanente? ²⁷	Dicotómica	1 – No (8406) 0 – Sí (147) NA's (1)	98.3 % 1.7 % ~0 %
Situación patrimonial			
7) ¿Posee otras viviendas? ²⁸	Dicotómica	1 – Sí (3346) 0 – No (5175) NA's (33)	39.2 % 60.5 % ~0 %
8) ¿Posee activos financieros? ²⁹	Dicotómica	1 – Sí (119) 0 – No (8432) NA's (3)	1.4 % 98.6 % ~0 %

Fuente: Elaboración propia.

²⁵ Información extraída de las cuestiones a0900x de la ECF. MP = Monoparental; UF = Unidad familiar, hijos (>18) = hijos menores de 18 años, nietos o bisnietos; hijos (>18) = hijos mayores de 18 años. La presencia de hijos menores puede ser compatible con la de hijos mayores, se clasifica al consumidor en los grupos 1 y 3 si hay al menos un menor en la unidad familiar.

²⁶ Cuestión j0400 de la ECF.

²⁷ Esta variable ha sido extraída de la cuestión a1500 de la ECF donde se preguntaba por la situación laboral, siendo la opción de respuesta 7: «No puede trabajar por incapacidad permanente».

²⁸ Esta variable ha sido extraída de la cuestión i1000 de la ECF en la que se preguntaba: ¿poseen otras viviendas (sin contar su vivienda principal) o solares o fincas o naves o garajes, etc.?

²⁹ Esta variable ha sido extraída de las cuestiones g1103, g1004 y g1005 de la ECF en las que se preguntaba si en la actualidad el hogar tenía: participaciones en fondos de inversión, acciones de sociedades mercantiles o activos de renta fija.

3.3. Variables económicas vs. personales

Llegados a este punto, hemos podido comprobar como el legislador intenta medir el grado de vulnerabilidad de los consumidores en base a dos grupos de variables objetivas. Variables propiamente económicas –renta, situación patrimonial, carga obligacional y situación laboral– y variables personales –discapacidad, composición familiar, edad y condición de víctima–. Puesto que la dimensión asocia la vulnerabilidad con el acceso al consumo de determinados bienes el primer grupo de variables parece más que lógica en tanto en cuanto miden de forma indirecta la capacidad de compra de los consumidores, siendo la renta el factor omnipresente y determinante a la hora de calificar a un consumidor como vulnerable en esta dimensión. Esta relación se hace menos evidente para el caso de los factores personales. Las razones que han llevado al legislador a incluir como indicadores de vulnerabilidad no son objeto del presente trabajo, sin embargo, todo apunta a que estas deben responder a cuestiones de política legislativa. Puesto que, en primer lugar, de existir una alta correlación entre variables económicas y personales, las primeras ya serían suficientes para captar el estatus de vulnerabilidad de un consumidor. Es decir, si realmente los consumidores de mayor edad tuvieran, de forma significativa, promedios de renta más bajos que el resto de la población, tanto la renta como la edad captarían bien la incapacidad en el acceso al consumo por razones económicas. Y, por el otro lado, si realmente fueran factores que de forma autónoma provocan dificultades el acceso, piénsese por ejemplo en una discriminación sistemática a determinados colectivos con independencia a su nivel de renta, el legislador debería configurar de forma independiente la consideración de vulnerabilidad que estos otorgan, y no supeditarlos, en la gran mayoría de los casos a la concurrencia con niveles bajos de renta.

4. La vulnerabilidad informativa y su parametrización legal

Mientras que, como hemos visto en el apartado anterior, las normas relativas a la vulnerabilidad económica recurren a criterios concretos de delimitación, en lo referente a la vulnerabilidad informativa el legislador opta por conceptualizaciones mucho más abstractas. En general, mediante la articulación de estándares jurídicos indeterminados. Si bien el uso de dicha técnica legislativa permite dotar al ordenamiento de la elasticidad suficiente para acomodar la regulación a las diferentes circunstancias ambientales que definen su contexto de aplicación³⁰, también es cierto que esto implicará que gran parte de la eficiencia *ex ante* de la medida quedará en manos de los operadores normativos. Así pues, del mismo modo que hemos procedido con la parametrización de la vulnerabilidad económica, abordemos que criterios delimitan la denominada vulnerabilidad informativa. Puesto que como acabamos de indicar lo criterios se establecen de forma mucho más indeterminada, en este caso, y de forma opuesta al anterior, analizaremos siguiendo una sistemática normativa. El objetivo de este apartado es extraer que imagen de vulnerabilidad podemos sublimar de dicha normativa.

4.1. Grupos de consumidores especialmente vulnerables

La normativa relativa a prácticas comerciales desleales contiene una provisión encaminada a proteger la explotación de determinados consumidores que por sus características son especialmente vulnerables. La protección se encuentra, sin embargo, limitada a aquellos grupos de consumidores especialmente vulnerables ante prácticas comerciales por cuestiones relativas

³⁰ TENA PIAZUELO, Isaac, «Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida», Revista de Derecho Civil, 5 (1), 2018, pp. 99–131.

a dolencias físicas, trastornos mentales, por su edad o por su credulidad³¹. Y, a tal efecto, se deberá evaluar la vulnerabilidad desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. El considerando 19 de la Directiva 2005/29/CE establece que la finalidad de la disposición es proteger el comportamiento económico de tales consumidores ante posibles distorsiones que sean razonablemente previsibles por parte del comerciante. En un sentido económico, la distorsión equivale a la realización de actos de consumo que no maximicen su utilidad³² y el grado de vulnerabilidad, por ende, se vincula principalmente con la habilidad que el consumidor tiene de procesar y utilizar racionalmente la información comercial que el empresario transmite al mercado. Así pues, se considera vulnerable a aquel grupo de consumidores que, por la concurrencia común de determinadas características personales o situacionales, vean gravemente distorsionada la racionalidad de sus decisiones económicas como consecuencia de una determinada práctica comercial. No se trata de una vulnerabilidad *per se* reconocida a grupos concretos de consumidores sino más bien *ad hoc* que deberá valorarse a tenor de la naturaleza y características de la práctica comercial concreta. Así, por ejemplo, los niños son altamente susceptibles a las prácticas comerciales de la industria alimentaria³³ sin embargo esto no implica *per se* que toda comunicación comercial procedente de dicha industria distorsione el comportamiento de dicho grupo de consumidores. Se deberá estar al caso concreto y deberá existir la posibilidad que el empresario prevea dicha distorsión conductual. En otras palabras, la credulidad inherente a la condición de consumidor infantil no imprime un deber de tuición a los empresarios con relación a la totalidad de sus comunicaciones comerciales sino simplemente con aquellas cuyo público sea precisamente dicho grupo. Por lo tanto, nos encontramos ante una doble abstracción en lo que a parametrización del consumidor vulnerable se refiere. En primer lugar, porque un consumidor será vulnerable no en base a criterios de delimitación estrictos, como sucedida para el caso de la vulnerabilidad económica, sino en base a la facilidad que el empresario tenga de distorsionar su racionalidad económica y, en segundo lugar, porque se deberá estar a la práctica comercial concreta, lo que impide instrumentalizar mediante variables empíricas el grado de vulnerabilidad. No existe una variable cuantificable que nos permita valorar *a priori* el grado de vulnerabilidad en abstracto de los consumidores vulnerables a efectos de la citada norma. Pues, de acuerdo con la literalidad de esta, los consumidores son vulnerables con relación a una determinada práctica comercial (anuncio, publicidad, información sobre una determinada promoción de ventas, señalización, etc.) enfocada especialmente sobre los mismos.

4.2. Consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica

Diferente es el caso de la tipificación realizada por la Ley 4/2022³⁴. A efectos de esta: «tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas

³¹ Art. 5.3 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»). *Diario Oficial de la Unión Europea* (11 de junio de 2005), pág. 149/22-149/39.

³² TRZASKOWSKI, Jan, «Behavioural Innovations in Marketing Law». En: MICKLITZ, H-W, *Research Methods in Consumer Law*, Elgar, 2018, pp. 296-333.

³³ HARRIS, Jennifer L., et. al., «Redefining “Child-Directed Advertising” to Reduce Unhealthy Television Food Advertising», *American Journal of Preventive Medicine*, 44(4), 2013, pp. 358-364.

³⁴ Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. *Boletín Oficial del Estado* (1 de marzo de 2022), pág. 23787 a 23817.

consumidoras en condiciones de igualdad» –Artículo Primero que modifica en Art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007³⁵–. Un consumidor será vulnerable en la medida que circunstancias personales y situacionales impidan el ejercicio de sus derechos como consumidor. Cabe preguntarse, llegados a este punto, que debemos entender por «derechos como consumidor» y si existe algún indicador o variable que permita captar la incapacidad en el ejercicio de estos.

El derecho contractual de consumo viene a dar solución a las problemáticas asociadas a la asimetría contractual que ocasiona la transición a un modelo de contratación masiva. Dichas asimetrías ponen al consumidor en una posición de debilidad estructural³⁶ y pueden resumirse en una negocial que provoca la incapacidad de los consumidores de determinar el contenido de su contrato³⁷, y una informativa³⁸ que impide la maximización de la utilidad en las relaciones de consumo. Mientras que la asimetría negocial se encuentra, en gran medida uniformemente distribuida entre todos los consumidores, pues en la gran generalidad de los casos ningún consumidor tiene la capacidad de modular el clausulado contractual al que se adhiere, en la informativa sí que podemos observar diferencias significativas entre consumidores. De acuerdo con Cartwright, en relación con la obtención de información, las dificultades pueden deberse a diversos factores. Por ejemplo, algunos consumidores no podrán acceder a las fuentes de información, tal vez por una discapacidad física o por no estar familiarizados con la tecnología de la información³⁹.

Esto unido a la posibilidad de abordar la problemática mediante el uso de remedios neutrales con respecto al funcionamiento del mercado⁴⁰ explica, en primer lugar, porqué, desde sus orígenes⁴¹, la normativa de consumo ha consagrado el derecho a la información como un fundamento esencial de la protección contractual del consumidor tanto en su normativa general como sectorial⁴². Y, segundo, porqué las medidas encaminadas a proteger el consumidor vulnerable adoptan una estrategia basada en el recurso a los deberes de información⁴³.

A efectos del presente trabajo, conviene señalar entonces que los derechos reconocidos a los consumidores en el ámbito del derecho contractual de consumo tienen ciertamente la finalidad de corregir los problemas derivados de la presencia en los mercados de consumo de información

³⁵ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. *Boletín Oficial del Estado* (30 de setiembre de 2007), pág. 49181 a 49215.

³⁶ DOMURATH, Irina, *Consumer Vulnerability and Welfare in Mortgage Contracts*, Bloomsbury Publishing, 2017 y SHILLIG, Michael, «Inequality of Bargaining Power Versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms», *European Law Review*, 33 (3), 2008, pp. 336–358.

³⁷ CHOI, Albert y TRIANTIS, George, «The Effect of Bargaining Power on Contract Design», *Virginia Law Review*, 98 (8), 2012, pp. 1665–1743. y HADFIELD, Gillian K., HOWSE, Robert, y TREBILCOCK, Michael J., «Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy», *Journal of Consumer Policy*, 21(2), 1998, pp. 131–169.

³⁸ BECHER, Samuel, «Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge That Is Yet to Be Met», *American Business Law Journal*, 45 (4), 2008, pp. 723–774 y .

³⁹ CARTWRIGHT, Peter, «Understanding and Protecting Vulnerable Financial Consumers», *Journal of Consumer Policy*, 38 (2), 2015, pp. 119–138.

⁴⁰ BEN-SHAHAR, Omri, y SCHNEIDER, Carl E., «The failure of mandated disclosure», *University of Pennsylvania Law Review*, 159 (3), 2011, pp. 647–749.

⁴¹ ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire, «La base jurídico-constitucional de la protección de los consumidores en la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, 70, 2007, pp. 225–254.

⁴² DÍAZ ALABART, Silvia, y ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *Manual de derecho de consumo*, Editorial Reus, 2016.

⁴³ En este sentido, la Ley 4/2022 modifica, entre otros, los artículos 8, 17, 18, 19, 20, 60, 80, 99, 153 del Real Decreto Legislativo 1/2007 todos ellos relativos a la información que el empresario debe facilitar durante las diferentes fases del iter contractual.

asimétrica. Con el reconocimiento al derecho a la información el legislador pretende asegurar la racionalidad de las decisiones económicas, así como el correcto funcionamiento del mercado. Un consumidor será vulnerable, en este sentido, en la medida que, debido a sus condiciones personales o situacionales, no pueda tomar decisiones racionales que maximicen su bienestar.

5. La vulnerabilidad informativa en el sector financiero

5.1. Las competencias financieras como indicador de la vulnerabilidad informativa

Hasta ahora, hemos identificado, por un lado, las variables utilizadas en la delimitación de la vulnerabilidad económica –sección 3–, y, por el otro, la imagen que subyace bajo la conceptualización de la vulnerabilidad informativa –sección 4–. Como veremos, mientras que medir los criterios o factores económicos nos resultará relativamente sencillo, la conceptualización indeterminada de la vulnerabilidad informativa dificulta la modelización de esta segunda dimensión.

En este sentido, partiendo de la definición extraída del marco normativo objeto de análisis –TABLA 2– un consumidor será vulnerable en la medida que no pueda ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de los consumidores. De este modo, vulnerabilidad es sinónimo de limitación de la capacidad de los consumidores para maximizar su utilidad y bienestar. Esta aproximación coincide con la de muchos autores⁴⁴, pero en espacial con la propuesta por Smith, Cooper y Ringold⁴⁵.

Dicha incapacidad, a su vez, puede manifestarse en varias dimensiones, a saber: tener dificultades para obtener o asimilar información⁴⁶, la imposibilidad de comprar, elegir o acceder a productos adecuados⁴⁷ o ser extremadamente susceptible a las prácticas comerciales.

Esta concepción multidimensional dificulta la delimitación conceptual del término y explica el recurso a las definiciones basadas en estándares jurídicos indeterminados por parte de los ordenamientos jurídicos. A su vez, como indicábamos, esto dificulta el análisis empírico por la complejidad en la búsqueda de indicadores fiables de dicho fenómeno. Por ello, en este trabajo proponemos una aproximación sectorial enmarcada únicamente en el contexto de la contratación de servicios financieros, sector que, por sus especiales características, nos servirá como banco de pruebas para el estudio que aquí proponemos. La limitación del ámbito de análisis nos permite una aproximación más robusta en lo que a la búsqueda de indicadores de vulnerabilidad informativa se refiere.

El objetivo de esta sección es, por ende, el de proponer una variable capaz de sintetizar la definición de vulnerabilidad a la que hace referencia la dimensión informativa de la

⁴⁴ London Economics, VVA Consulting e IPSOS, *Consumer vulnerability across key markets in the European Union* [informe en línea], DG Justice and Consumers – European Comission. [Fecha de consulta 2 de agosto de 2022].

⁴⁵ BAKER, Stacey Menzel, GENTRY, James W. y RITTENBURG, Terri L, «Building Understanding of the Domain of Consumer Vulnerability», *Journal of Macromarketing*, 25 (2), 2005, pp. 128–139.

⁴⁶ OVERALL, Rod, «*What do we mean by “vulnerable” and “disadvantaged” consumers?*» [discussion paper en línea]. Consumers Affairs Victoria, 2004, [Fecha de consulta 2 de agosto de 2022] y CARTWRIGHT, Peter, «The vulnerable consumer of financial services: Law, policy and regulation», *Financial Services Research Forum* (Nottingham University Business School), 2011, pp. 1–54..

⁴⁷ STEARN, Jonathan, *Tackling consumer vulnerability: An action plan for empowerment* [informe en línea], Consumer Focus, Citizens Advice and Citizens Advice Scotland, 2012 [Fecha de consulta 2 de agosto de 2022] y SHULTZ, Clifford J. y HOLBROOK, Morris B., «The Paradoxical Relationships Between Marketing and Vulnerability», *Journal of Public Policy & Marketing*, 28 (1), 2009, pp. 124–127.

vulnerabilidad en las relaciones en el ámbito de los servicios financieros; donde, de hecho, es posible encontrar un grado elevado de vulnerabilidad sectorial⁴⁸ debido a la complejidad técnica de los productos⁴⁹, la vinculación esencial al acceso a la vivienda o la falta de concurrencia competitencial⁵⁰.

En este sentido, es posible identificar en la literatura una cierta asociación entre la capacidad en la maximización de la utilidad con el grado de competencias financieras, factor que, afortunadamente, puede ser medido con gran precisión⁵¹.

Así pues, como comentamos, existe un amplio consenso en la literatura respecto a la necesidad de que los individuos tengan un cierto nivel de competencias financieras para actuar razonablemente en el mercado y evitar cometer errores en la contratación de servicios financieros. La información financiera es, por tanto, un factor determinante del comportamiento económico, ya que los consumidores con bajos niveles de conocimientos financieros son generalmente: más propensos a cometer errores financieros sin saberlo, más propensos a acumular deudas, menos propensos a ser capaces de hacer frente a las crisis económicas repentina, y menos propensos a acumular riqueza y a gestionarla eficazmente⁵².

En un mismo sentido, los consumidores con mayores aptitudes financieras tienden a tomar decisiones más eficientes, con la correspondiente mayor acumulación relativa de riqueza⁵³. A su vez, las competencias financieras tienen un impacto importante en materia de planificación financiera –planes de jubilación–, acrecientan la participación en los mercados y aminoran las conductas negligentes en el retorno de los préstamos y el pago de créditos⁵⁴. Los costes asociados a los productos financieros son estadísticamente superiores para los consumidores con bajos niveles de competencias financieras, confirmando la hipótesis según la cual la ineficiencia en la toma de decisiones se encuentra estrechamente vinculada con los conocimientos financieros⁵⁵. De acuerdo con van Rooij *et. al*, el papel de la educación financiera de la alfabetización financiera no debe subestimarse y es importante considerar la forma de mejorar su nivel de conocimientos financieros o de orientarles en sus decisiones financieras⁵⁶. El sobreendeudamiento es otro de

⁴⁸ CARTWRIGHT, Peter, «Understanding and Protecting Vulnerable Financial Consumers», *Journal of Consumer Policy*, 38 (2), 2015, pp. 119–138; y O'CONNOR, Genevieve E., et al., «Conceptualizing the Multiple Dimensions of Consumer Financial Vulnerability», *Journal of Business Research*, Vol. 100, 2019, pp. 421-430.

⁴⁹ GIL-VERNET ESTEVE, Laura, *La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio*, Atelier, 2016.

⁵⁰ CRUZ-GARCÍA, Paula, FERNÁNDEZ DE GUEVARA, Juan F., y MAUDOS, Joaquín, «Banking Concentration and Competition in Spain: the impact of the crisis and restructuring», *Financial Stability Review*, 34, 2018, pp. 57–76.

⁵¹ LUSARDI, Annamaria y MITCHELL, Olivia S., «Financial literacy around the world: An overview», *Journal of Pension Economics and Finance*, 10(4), 2011a, pp. 497-508 y LUSARDI, Annamaria y MITCHELL, Olivia S., «Financial Literacy and Planning; Implications for Retirement Wellbeing», en *Financial Literacy. Implications for Retirement Security and the Financial Marketplace*, Oxford University Press, 2011b, pp. 17–39.

⁵² LUSARDI, Annamaria, MITCHELL, Olivia S. y CURTO, Vilsa, «Financial Literacy Among the Young», *Journal of Consumer Affairs*, 44 (2), 2010, pp. 358–380.

⁵³ HASTINGS, Justine S. y ASHTON, Lydia, «Financial Literacy, Information, and Demand Elasticity: Survey and Experimental Evidence from Mexico», *National Bureau of Economic Research*, Inc, NBER Working Papers, 2008.

⁵⁴ LUSARDI, Annamaria, «Financial Literacy: An Essential Tool for Informed Consumer Choice?» [artículo en línea], *SSRN Electronic Journal*, 2008, [Fecha de consulta 3 de agosto de 2022].

⁵⁵ LUSARDI, Annamaria y TUFANO, Peter, «Debt Literacy, Financial Experiences, and Overindebtedness» [artículo en línea], *National Bureau of Economic Research*, 2009, [Fecha de consulta 3 de agosto de 2022] y HILGERT, Marianne A., HOGARTH, Jeanne M. y BEVERLY, Sondra G., «Household Financial Management: The Connection Between Knowledge and Behavior», *Federal Reserve Bulletin*, 89, 2003, pp. 309–322.

⁵⁶ VAN ROOIJ, Maarten, LUSARDI, Annamaria, y ALESSIE, Rob, «Financial Literacy and Stock Market Participation», *Journal of Financial Economics*, 101 (2), 2011, pp. 449–472.

los factores vinculables a las bajas competencias financieras⁵⁷, así como el recurso a fuentes de financiación no oficiales, menores nivel de ahorro y una mayor susceptibilidad a los *shocks* financieros⁵⁸. De acuerdo con Lusardi y Mitchell los consumidores con bajas competencias financieras tienen dificultades para maximizar su bienestar en las relaciones financieras de consumo⁵⁹.

De este modo, podemos afirmar que las competencias financieras son un indicador fiable y robusto del grado de vulnerabilidad informativa en el sentido expresado por el ordenamiento jurídico español, entendiendo como tal a la asunción de un mayor riesgo *ex ante* de determinados impactos negativos en la maximización del bienestar como resultado de una concreta relación de consumo⁶⁰.

5.2. Instrumentalización estadística de la vulnerabilidad informativa

En lo concerniente a los modelos, los conocimientos financieros de un individuo se calculan a través de las respuestas de las 8 preguntas⁶¹ de la ECF que evalúan las competencias financieras⁶². Las cuestiones utilizadas están encaminadas a identificar los conceptos económicos fundamentales que los individuos deberían comprender, siguiendo a Lusardi⁶³, en la toma de decisiones financieras. A saber: (i) interés compuesto; (ii) inflación; y (iii) diversificación del riesgo.

Ante la cuestión relativa al cálculo del índice o nota de cada individuo hemos optado por, en línea con la metodología propuesta por Van Rooij⁶⁴, y seguida por Ispierto-Maté, diferenciar entre

⁵⁷ GATHERGOOD, John, «Self-Control, Financial Literacy and Consumer Over-Indebtedness», *Journal of Economic Psychology*, 33 (3), 2012, pp. 590–602.

⁵⁸ KLAPPER, Leora, LUSARDI, Annamaria y PANOS, Georgios A., «Financial Literacy and its Consequences: Evidence from Russia During the Financial Crisis», *Journal of Banking & Finance*, 37 (10), 2013, pp. 3904–3923.

⁵⁹ LUSARDI, Annamaria y MITCHELL, Olivia S., «Baby Boomer Retirement Security: The Roles of Planning, Financial Literacy, and Housing Wealth», *Journal of Monetary Economics*, 54 (1), 2007, pp. 205–224.

⁶⁰ POVEL, Felix, «Perceived Vulnerability to Downside Risk», *Discussion Papers*, Núm. 43, Georg-August-Universität Göttingen, Courant Research Centre - Poverty, Equity and Growth (CRC-PEG), Göttingen, 2010.

⁶¹ **P1:** Imagine ahora que los cinco hermanos tuvieran que esperar un año para obtener su parte de los 1.000 euros, y que la inflación de ese año fuese del 1%. En el plazo de un año serán capaces de comprar: (a) Más de lo que podrían comprar hoy con su parte del dinero, (b) La misma cantidad, (c) Menos de lo que podrían comprar hoy y (d) Depende del tipo de cosas que quieran comprar. **P2:** Si vd. presta 25 euros a un amigo una noche y este le devuelve 25 euros al día siguiente ¿qué interés le ha cobrado por el préstamo? **P3:** Supongamos que ingresa 100 euros en una cuenta de ahorro con un interés fijo del 2% anual. En esta cuenta no hay comisiones ni impuestos. Si no hace ningún otro ingreso a esta cuenta ni retira ningún dinero ¿cuánto dinero habrá en la cuenta al final del primer año, una vez que le paguen los intereses? **P4:** De nuevo, si no hace ningún ingreso ni retira ningún dinero, una vez abonado el pago de intereses ¿cuánto dinero habrá en la cuenta después de cinco años: más de 110 euros, exactamente 110 euros, ¿menos de 110 euros o es imposible decirlo con la información dada? **P5:** Es probable que una inversión con una rentabilidad elevada sea también de alto riesgo (V/F). **P6:** Por lo general, es posible reducir el riesgo de invertir en bolsa mediante la compra de una amplia variedad de acciones (V/F). **P7:** Una hipoteca a 15 años requiere normalmente pagos mensuales más elevados que una hipoteca a 30 años, pero los intereses totales pagados durante la duración del préstamo serán inferiores. **P8:** De los grupos que aparecen en este cartón, ¿quién se podría beneficiar más de un aumento inesperado de la inflación: (a) Un hogar que tiene una hipoteca a tipo de interés fijo. (b) Un banco que ha concedido una hipoteca a tipo de interés fijo y (c) Un hogar que vive de los rendimientos de activos de renta fija.

⁶² La selección de las preguntas se ha realizado en consonancia con: ISPRIETO-MATÉ, Anna, et al., «Educación financiera y decisiones de ahorro e inversión: un análisis de la Encuesta de Competencias Financieras (ECF)», Documento de trabajo N° 75 CNMV, 2021.

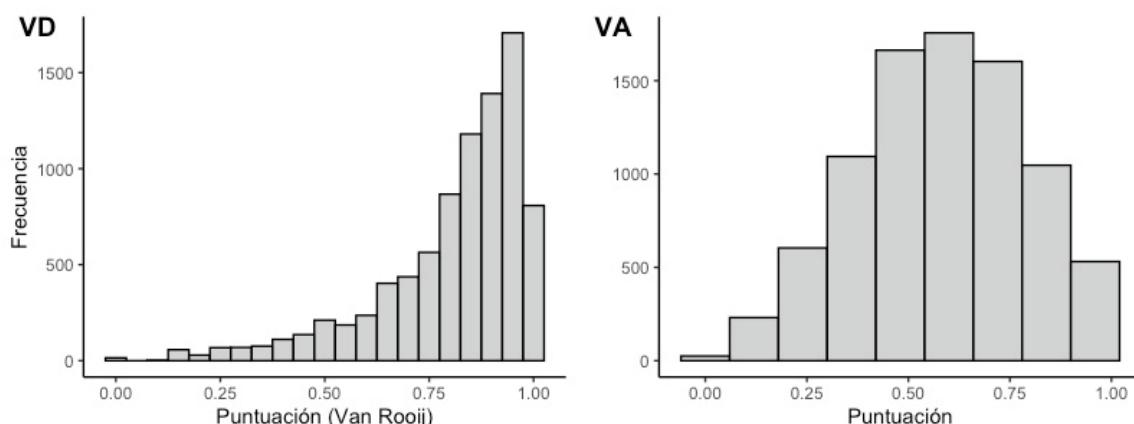
⁶³ LUSARDI, Annamaria, et al., «Financial Literacy Around the World: an Overview», *Journal of Pension Economics & Finance*, (10), 2010, pp. 487–508.

⁶⁴ VAN ROOIJ, Maarten, LUSARDI, Annamaria, y ALESSIE, Rob, «Financial Literacy and Stock Market Participation», *Journal of Financial Economics*, 101 (2), 2011, pp. 449–472.

respuestas incorrectas y respuestas del tipo NS/NC. La necesidad de dicha distinción ha sido señalada por varios autores en atención a la cuantitativa mejora que genera respecto al grado de precisión de las competencias financieras de los individuos⁶⁵. En este sentido, la configuración del valor final de la variable se ha realizado haciendo uso de factores principales iterados donde las puntuaciones factoriales han sido estimadas mediante el método de Barlet⁶⁶ y reescaladas del 0 al 1. Para dicho cometido hemos creado 16 variables dicotómicas, 2 por pregunta, que tomaban valor 1 si la respuesta era correcta y valor 0 en caso contrario y valor 1 si la respuesta era NS/NC y valor 0 en caso contrario, respectivamente. Con el objetivo de hacer más robusto nuestro análisis también se construirán los modelos con una variable alternativa obtenida mediante la suma de todas las respuestas acertadas relativas a conocimientos económicos, financieros, capacidades numéricas y comprensión lectora.

TABLA 4. Variables (vulnerabilidad informativa)

Variable	N	Media (μ)	SD (σ)	Q1	Q2	Q3
Puntuación (Van Rooij)	8554	0.807	0.218	0.735	0.863	0.934
Puntuación (Alternativa)	8554	0.604	0.179	0.5	0.625	0.934



Fuente: Elaboración propia.

6. Modelo empírico

6.1. Metodología

Una vez analizadas e identificadas las parametrizaciones de la vulnerabilidad en ambas dimensiones, y con el objetivo de construir los modelos estadísticos que nos permitan aceptar o refutar nuestra hipótesis de trabajo, a continuación, definiremos las variables que reflejarán en las modelizaciones los parámetros utilizados en sendas aproximaciones.

En lo relativo a la vulnerabilidad informativa, tal y como se ha expuesto en la sección 5, se hará uso de la variable competencias financieras para medir el grado de vulnerabilidad de los

⁶⁵ LUSARDI, Annamaria y MITCHELL, Olivia S., «Financial literacy around the world: An overview», *Journal of Pension Economics and Finance*, 10(4), 2011a, pp. 497-508 y LUSARDI, Annamaria y MITCHELL, Olivia S., «Financial Literacy and Planning; Implications for Retirement Wellbeing», en *Financial Literacy. Implications for Retirement Security and the Financial Marketplace*, Oxford University Press, 2011b, pp. 17-39.

⁶⁶ BARLET, Maurice S., «The statistical conception of mental factors», *British Journal of Psychology*, 28, 1937, pp. 97- 104.

consumidores. Así, asociaremos un mayor grado de vulnerabilidad a aquellos consumidores con menores competencias financieras, puesto que, como se ha indicado parece observarse una cierta correlación entre dicha variable y la toma irracional de decisiones de consumo en el sector financiero. Idea que, por otro lado, encaja con la visión que podemos extraer de la legislación analizada.

El enfoque estadístico utilizado para averiguar si existe relación entre parametrizaciones va a ser la combinación de modelos ANOVA⁶⁷⁶⁸ donde la variable de respuesta (dependiente) estará constituida por la variable relativa a las competencias financieras y las variables factoriales (independientes) los distintos indicadores relativos a las variables utilizadas en la parametrización de la vulnerabilidad económica. Los modelos ANOVA consisten en generalizaciones de la prueba *t-test*⁶⁹ para dos muestras⁷⁰. El uso de múltiples *one-way ANOVA*⁷¹ nos permite conocer si existen diferencias significativas en la media de la variable dependiente entre los grupos formados por las diferentes variables independientes.

Recordemos que el segundo objetivo de este trabajo es demostrar que las dos dimensiones que aborda el ordenamiento contractual español en materia de vulnerabilidad van dirigidas a la protección de un mismo grupo de consumidores. Es decir, que los consumidores que son considerados vulnerables económicamente también lo son informativamente y viceversa. En este sentido, para comprobar que existe relación entre dimensiones hemos decidido observar si los factores utilizados para definir la vulnerabilidad económica presentan diferencias significativas en lo que al grado de vulnerabilidad informativa se refiere. Así, por ejemplo, si del marco normativo podemos extraer que a menor renta mayor grado de vulnerabilidad económica, para aceptar nuestra hipótesis de trabajo deberíamos poder observar que los grupos con menos ingresos son precisamente los que menores niveles de competencias financieras tienen. De este modo, podríamos afirmar que los factores que delimitan a los sujetos beneficiados por las medidas de protección coinciden en ambas dimensiones.

Ante la posibilidad de un análisis ANOVA factorial⁷² que incorpore todas las variables independientes, cabe indicar que no resulta de especial interés para nuestro trabajo. Puesto que, las interacciones entre la totalidad de los factores sobre las diferencias en la variable dependiente no comportan un interés genuino en lo que al objeto de nuestro estudio se refiere⁷³. Si bien hemos decidido, en una primera aproximación, considerar los factores extraídos del marco normativo individualmente, pues, en cierto modo, reflejan la imagen que el legislador ha esbozado del consumidor vulnerable, en la normativa se pueden observar múltiples interacciones, así por ejemplo un consumidor con rentas bajas es menos vulnerable que otro con rentas bajas con hijos

⁶⁷ Respecto al uso complementario de PCAs hemos considerado que tendría sentido si nuestra voluntad fuese simplificar los criterios utilizados por el legislador. Dado que nuestra intención consiste en ver si los grupos poblacionales a los que se dirigían las normas eran coincidentes. El hecho de que factores como la renta sean o no buenos indicador únicamente tendría relevancia si se pretendiera criticar el exceso de parámetros o la racionalidad de estos. En este sentido, nosotros los asumimos con independencia de la racionalidad seguida por el legislador.

⁶⁸ LÓPEZ-ROLDÁN, Pedro y FACHELLI, Sandra, «Análisis de varianza». En: *Metodología de la investigación social cuantitativa*. Cap. III.8, Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona, 2016.

⁶⁹ Una prueba *t-test* es un estadístico inferencial utilizado para determinar si existe una diferencia estadísticamente significativa entre las medias de dos variables.

⁷⁰ EPSTEIN, Lee, y MARTIN, Andrew D., *An Introduction to Empirical Legal Research*, Oxford University Press, 2014.

⁷¹ ANOVAs de un solo factor.

⁷² Modelos ANOVA con varias variables independientes.

⁷³ HAHS-VAUGHN, Debbie L., *Applied Multivariate Statistical Concepts*, Taylor & Francis Group, 2016.

menores a su cargo. Por ello, no descartamos para futuras investigaciones la realización de un análisis multifactorial en este sentido.

Utilizaremos la prueba F de Fisher para evaluar estadísticamente la igualdad de las medias, así como las prueba F y T de Welch, para las variables categóricas y las dicotómicas respectivamente. Para calcular el tamaño del efecto haremos uso de la η^2 , así como la ω^2 y g_{Hedges} para las variables categóricas y las dicotómicas respectivamente. Una vez que se determine si existen diferencias entre las medias, realizaremos pruebas de post hoc haciendo uso del método Tukey que nos permitirán determinar qué medias difieren en aquellas variables con más de una categoría posible.

6.2. Resultados

El objetivo de nuestro trabajo es comprobar si existen similitudes entre los destinatarios de las normas jurídicas encaminadas a corregir los problemas asociados a la vulnerabilidad económica y los destinatarios de aquellas disposiciones enfocadas a paliar lo que hemos denominado vulnerabilidad informativa.

TABLA 5. Estadísticos descriptivos bivariantes (*Vulnerabilidad informativa – Van Rooij*)

Variables	Factores	$\hat{\mu}_{\text{mean}}$	$\hat{\mu}_{\text{median}}$	$\hat{\sigma}_{\text{SD}}$
Renta	< 9.000 €	0.71	0.77	0.23
	9.001 - 14.500 €	0.75	0.80	0.18
	14.501 - 26.000 €	0.82	0.86	0.16
	26.001 - 44.500 €	0.87	0.91	0.12
	44.501 - 67.500 €	0.91	0.94	0.1
	+ 67.500 €	0.92	0.96	0.1
Situación laboral	No desempleado	0.78	0.83	0.17
	Desempleado	0.81	0.87	0.18
Edad	< 60 años	0.74	0.82	0.22
	> 60 años	0.83	0.87	0.16
Composición familiar	MP + hijos (<18)	0.78	0.84	0.19
	MP + hijos (>18)	0.73	0.80	0.23
	UF + hijos (<18)	0.80	0.86	0.18
	UF + hijos (>18)	0.83	0.88	0.17
	Solo	0.79	0.86	0.20
	Otras	0.80	0.86	0.18
Carga obligacional	< Una semana	0.72	0.78	0.22
	1 semana - 1 mes	0.74	0.79	0.20
	1 mes - 3 meses	0.78	0.83	0.18
	3 meses - 6 meses	0.81	0.86	0.17
	6 meses - 9 meses	0.83	0.88	0.16
	9 meses - 1 año	0.83	0.87	0.16
	+ 1 año	0.85	0.89	0.15
Cond. personales	Con discapacidad	0.73	0.81	0.23
	Sin discapacidad	0.81	0.86	0.18
Otras viviendas	Posee otras viviendas	0.79	0.84	0.19
	No	0.84	0.90	0.16
Tenencia de activos	Posee activos financieros	0.81	0.18	0.86
	No	0.81	0.18	0.86

Fuente: Cálculos propios.

Puesto que la normativa parametriza la vulnerabilidad económica utilizando criterios de tipo categórico, pero delimita la vulnerabilidad informativa acudiendo a conceptos jurídicos indeterminado, y, por ende, susceptibles de ser tratados de forma continua, el uso de modelos ANOVA puede ayudarnos a entender si existen similitudes estadísticamente significativas entre indicadores de vulnerabilidad económica e informativa.

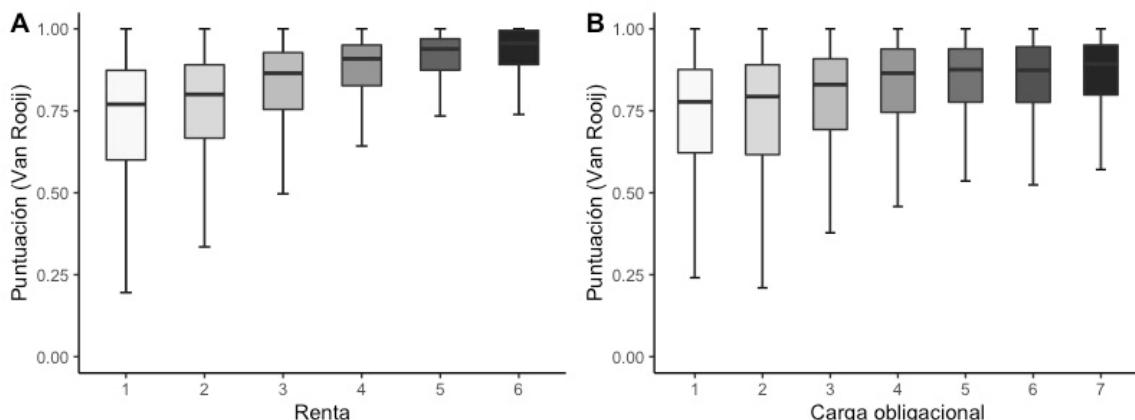
TABLA 6. Modelos ANOVA (one-way)

Modelos	Df	F value	Pr(>F)	η^2	F/T Welch ⁷⁴	Pr(>F)	ω^2/g Hedges
Renta	5	267	<2e-16 ***	0.15	297.16	5.78e-24 ***	0.39
Situación laboral	1	21.7	3.24e-06 ***	0.003	4.91	9.9e-07 ***	0.15
Edad	1	350.8	<2e-16 ***	0.04	15.74	1.58e-53 ***	0.43
Composición familiar	5	20.39	<2e-16 ***	0.01	16.65	7.23e-16 ***	0.07
Carga obligacional	6	88.74	<2e-16 ***	0.06	74.56	8.58e-86 ***	0.15
Cond. personales	1	26.42	2.8e-07 ***	0.003	4.05	8.31e-05 ***	0.37
Otras viviendas	1	164.9	<2e-16 ***	0.02	13.29	6.68e-40 ***	0.29
Tenencia de activos	1	~0	1	~0	~0	1	~0

Fuente: Cálculos propios. * p < 0.10; **p < 0.05; *** p < 0.01.

En la tabla 3 se muestran los resultados de los modelos ANOVA de un solo factor. Podemos observar diferencias estadísticamente significativas para todas las variables en lo relativo al nivel de competencias financieras salvo para el caso referente a la tenencia de activos financieros. El tamaño del efecto es alto para las variables relativas a la edad, la renta, la carga obligacional y la situación patrimonial (tenencia de una segunda residencia). Los modelos confirman nuestra hipótesis de partida según la cual existen evidencias estadísticas suficientes para afirmar que ambos conjuntos normativos tienen como objetivo un mismo grupo poblacional.

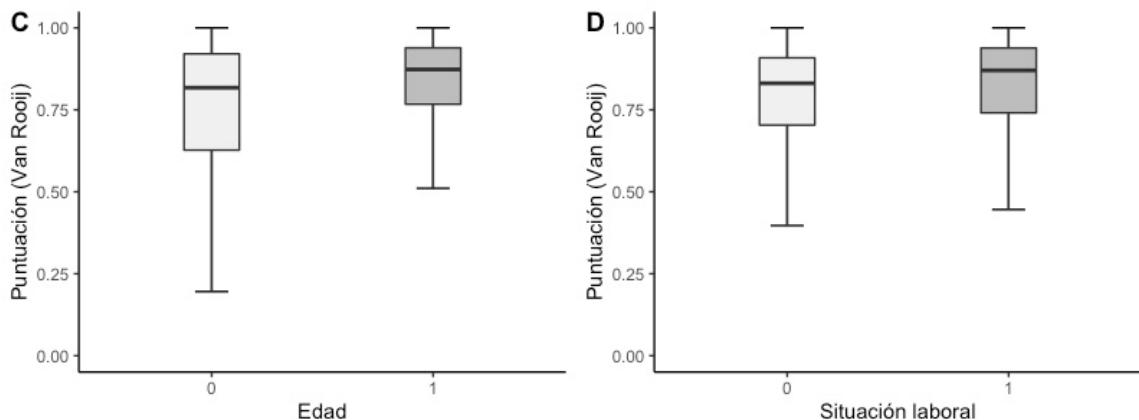
Fig. 1 Aptitudes financieras en función de la renta y la carga obligacional.



Fuente: Elaboración propia.

Esto se manifiesta de forma especialmente clara con relación a la renta (Fig. 1A) y la carga obligacional (Fig. 1B). A medida que aumentan la renta o disminuye la carga obligacional las aptitudes financieras de los consumidores crecen, evidenciando una cierta correlación entre vulnerabilidad económica e informativa en el sector financiero.

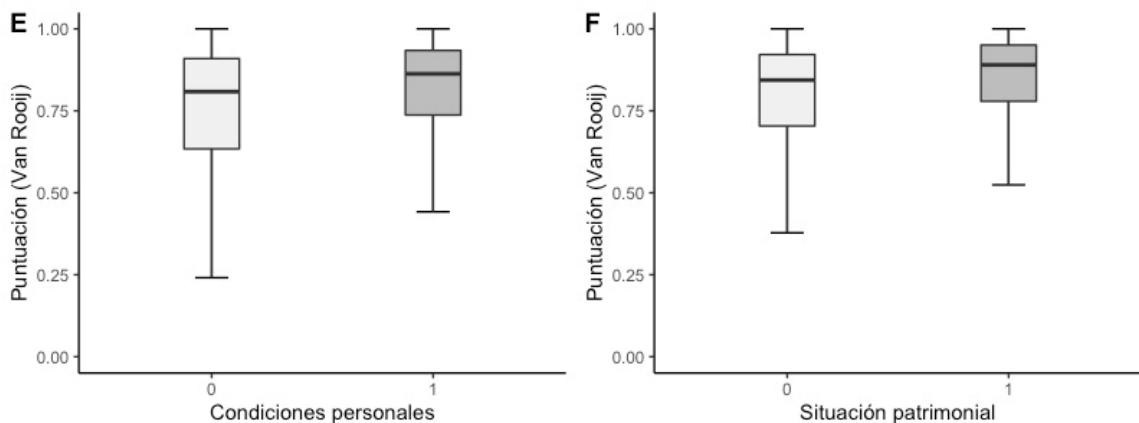
Fig. 2 Aptitudes financieras en función de la edad y la situación laboral



Fuente: Elaboración propia.

Dicha tendencia, se mantiene, aunque con efectos de menor tamaño para las variables edad, situación laboral, condiciones personales y situación patrimonial. De este modo, la variable competencias financieras toma valores significativamente menores para los consumidores mayores de 60 años (Fig. 2C), en situación de desempleo (Fig. 2D), con alguna discapacidad que le impida trabajar (Fig. 3E) o la situación patrimonial (Fig. 3F).

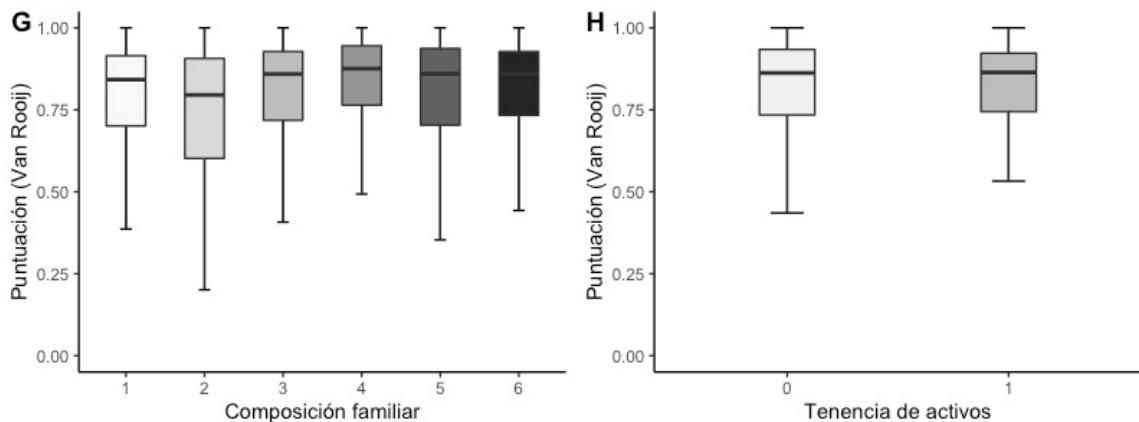
Fig. 3 Aptitudes financieras en función de las condiciones personales y la situación patrimonial.



Fuente: Elaboración propia.

Finalmente, la variable tenencia de activos no presenta diferencias lo suficientemente significativas respecto a la variable dependiente como para considerar una distribución distinta. Para el caso de la composición familiar si bien las diferencias no son especialmente grandes entre la totalidad de los grupos, sí que se observan menores capacidades entre las familias monoparentales con hijos.

Fig. 4 Aptitudes financieras en función de las condiciones personales y la situación patrimonial.



Fuente: Elaboración propia.

Para profundizar en dicha tesis y dar robustez a nuestro trabajo hemos estimado los modelos con la variable alternativa anteriormente indicada. Estos resultados se presentan en la TABLA 6.

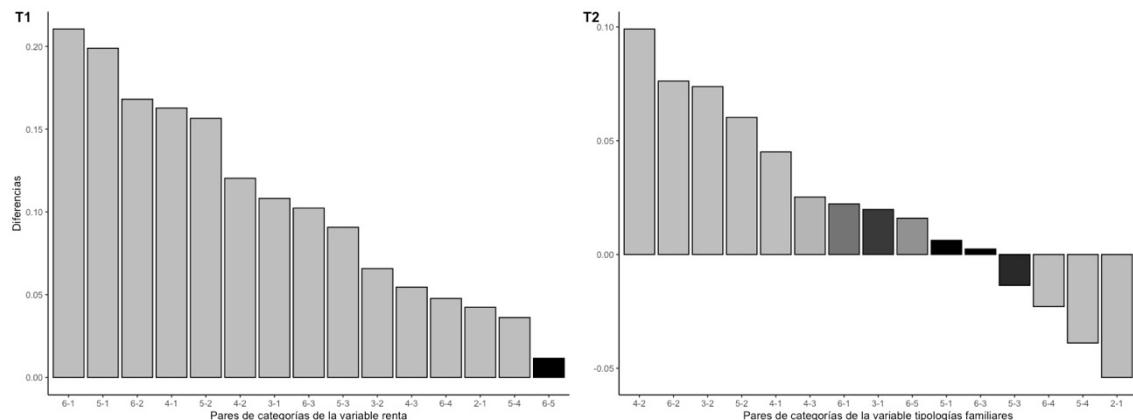
TABLA 7. Modelos ANOVA (one-way) – Variable Alternativa

Modelos	Df	F value	Pr(>F)	η^2	F/T Welch ⁷⁵	Pr(>F)	ω^2/g Hedges
Renta	5	349.2	<2e-16 ***	0.18	364.84	4.19e-28 ***	0.46
Situación laboral	1	67.87	3.24e-06 ***	0.007	8.87	1.77e-18 ***	0.27
Edad	1	149.4	<2e-16 ***	0.02	11.58	2.05e-30 ***	0.30
Composición familiar	5	18.34	<2e-16 ***	0.01	18.14	2.5e-17***	0.07
Carga obligacional	6	102.6	<2e-16 ***	0.07	102.69	4.89e-11 ***	0.19
Cond. personales	1	20.73	2.8e-07 ***	0.002	4.24	3.86e-05 ***	0.36
Otras viviendas	1	217.8	<2e-16 ***	0.03	14.85	3.53e-49 ***	0.33
Tenencia de activos	1	0.73	0.39	~0	0.94	0.35	0.08

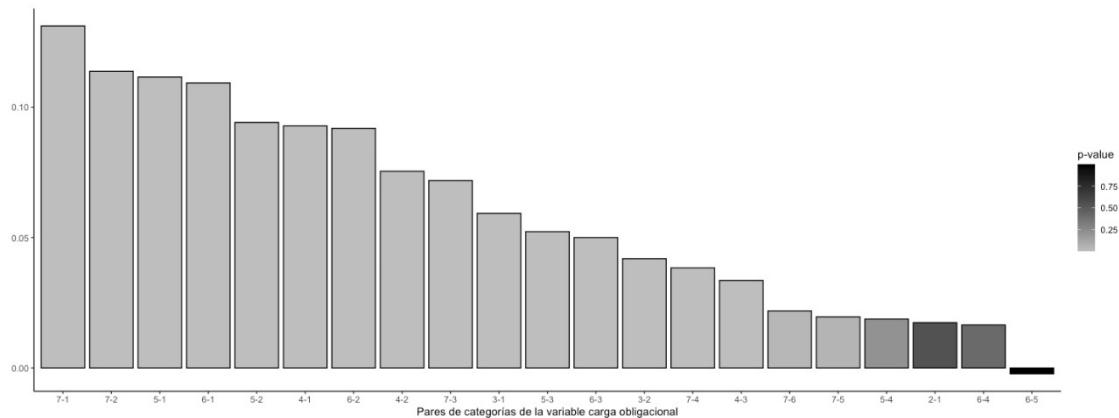
Fuente: Cálculos propios. * p < 0.10; **p < 0.05; *** p < 0.01.

Podemos observar resultados similares a los obtenidos mediante el uso de la nota de competencias financieras calculada mediante la metodología propuesta por van Rooij.

Fig. 5 Diferencias en media por grupos en las diferentes variables ordinales (p-value – Tukey Test)



⁷⁵ Las F y T's de Welch y las Omegas cuadradas y G de Hedges han sido calculadas haciendo uso de la librería de R ggstatplot (Patil, I., 2021).



Fuente: Elaboración propia.

Mediante los gráficos T1, T2 y T3 hemos representado las diferencias observables en la media de las diferentes categorías en las que se han codificado las variables ordinales. Los colores de las barras representan los *p-value* de la prueba de Tukey⁷⁶. El estadístico de la prueba para cada comparación es la raíz cuadrada del doble de su ratio F. Este valor se compara entonces con los valores críticos de lo que se conoce como la distribución de rangos estudiados⁷⁷. En las variables renta y carga obligacional lo que podemos observar es que las diferencias entre grupos aumentan a medida que aumenta el rango entre los grupos comparados. Sin embargo, en lo referente a la composición familiar las mayores diferencias se observan entre las composiciones monoparentales y el resto.

Las modelizaciones ANOVA nos han permitido, en este sentido, corroborar nuestra hipótesis de trabajo inicial. Los factores utilizados en la normativa encargada de paliar los efectos de la vulnerabilidad económica constituyen predictores aceptables de los indicadores de vulnerabilidad informativa propuestos en el presente trabajo. Las diferencias más significativas las encontramos en la variable renta. Como hemos indicado dicho factor constituye el elemento clave sobre el que orbita toda la conceptualización de la vulnerabilidad económica, presente en todas las definiciones de consumidor vulnerable utilizadas en el marco normativo objeto de análisis. Resultados similares encontramos si estudiamos la carga obligacional a la que se encuentran sometidos los consumidores. Aquellas familias con mayor grado de tensión en lo referente al cumplimiento de sus obligaciones contractuales presentan menores aptitudes y habilidades financieras. Por otro lado, la tenencia de activos financieros no ha demostrado constituir un buen predictor del grado de vulnerabilidad informativa a diferencia del resto de variables. Esto también es observable si analizamos la matriz de correlaciones (TABLA 7).

TABLA 8. Matriz de correlaciones

Variables	V1	V2	V3	V4	V5	V6	V7	V8	V9
Competencias financieras (Van Rooij) – V1	1	0.38	0.06	0.19	~0	0.24	0.06	0.14	-0.01
Renta – V2	***	1	0.27	0.10	0.03	0.44	0.07	0.26	0.08
Situación laboral – V3	***	***	1	-0.15	0.04	0.18	-0.05	0.10	0.01
Edad – V4	***	***	***	1	-0.14	-0.04	~0	-0.12	0.02
Composición familiar – V5	-	**	***	***	1	0.1	0.01	0.07	0.09

⁷⁶ TUKEY, John W., *The Problem of Multiple Comparisons*, Mimeographed monograph, Princeton University, 1953.

⁷⁷ BERNHARDSON, Clemens S., «Type I error rates when multiple comparison procedures follow a significant F test of ANOVA», *Biometrics*, 31, 1975, pp. 229–232.

<i>Carga obligacional- V6</i>	***	***	***	***	***	1	0.07	0.25	0.07
<i>Cond. personales- V7</i>	***	***	***	-	-	***	1	0.02	~0
<i>Otras viviendas - V8</i>	***	***	***	***	***	***	-	1	0.01
<i>Tenencia de activos - V9</i>	-	***	-	-	***	***	-	***	1

Fuente: Cálculos propios. * p < 0.10; **p < 0.05; *** p < 0.01.

7. Conclusiones

En el ámbito de la protección a los consumidores de productos financieros los legisladores siempre afrontan el dilema entre configurar un marco sólido o garantizar el libre acceso de los consumidores a los mismos. En este contexto, el *trade-off* entre ambas posiciones ha tomado la forma de información. La información, pese a su demostrada ineficiencia, se ha erigido como solución de compromiso paradigmática de los métodos y herramientas de protección a los consumidores, en especial, en lo relativo a los mercados financieros. Extendiéndose, dicho paradigma informativo, del mismo modo, a la configuración de un marco de tutición para los consumidores vulnerables.

La información como herramienta de protección requiere para su éxito que el consumidor haga uso de esta de modo eficiente. Esto es esencial tanto para el correcto desarrollo de consumidor en los mercados como para el funcionamiento eficiente de los mismos. Puesto que, si el consumidor no puede ejercer su papel disciplinante, el mercado pierde la eficiencia que lo caracteriza como sistema de asignación de recursos por excelencia. Por ende, la incapacidad para comprender y utilizar racionalmente la misma condiciona el sentido del marco de protección establecido. Esto se hace evidente no solamente en el contexto de los servicios financieros-Fijémonos en los datos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) relativos al conocimiento por parte de los consumidores del régimen de suministro al que se encuentran adheridos. La gran mayoría de consumidores desconoce si su contrato lo ha negociado libremente o si por el contrario paga la tarifa regulada (Precio de Venta al Pequeño Consumidor).

TABLA 9. Conoce la diferencia entre el suministro en el mercado libre y el PVPC

	2017	2018	2019	2020	2021
Sí	18.0%	19.6%	22.0%	25.7%	30.5%
No	80.5%	78.6%	77.1%	73.1%	68.7%
Ns/Nc	1.5%	1.8%	0.9%	1.1%	0.7%

TABLA 10. Contratación del suministro en el mercado libre y en régimen PVPC

	2017	2018	2019	2020	2021
Sí	22.9%	25.0%	27.9%	27.2%	29.6%
No	7.4%	8.0%	8.1%	9.5%	10.1%
Ns/Nc	22.9%	25.0%	27.9%	27.2%	29.6%

Fuente: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

Parece lógico que, en este sentido, el legislador acepte la existencia de dichos consumidores informativamente vulnerables, limitados en lo que al uso de la información de forma eficiente se refiere, e incorpore al ordenamiento su imagen junto con la del consumidor medio normalmente informado, brindándoles a los primeros sobre los segundos una mayor protección. Sin embargo,

la parametrización basada en criterios no objetivos implica la asunción de determinadas problemáticas. En especial la inseguridad jurídica asociada a la consideración de un consumidor como vulnerable y el coste que esto puede suponer para la empresa. Una idea que, por otro lado, ya ha sido planteada por algunos autores⁷⁸, en relación con el control de transparencia material de las cláusulas no negociadas, dando que este se construye sobre la posibilidad del consumidor de comprender la información que recibe⁷⁹.

Mediante el presente trabajo hemos podido evidenciar como existe un cierto grado de correlación entre la parametrización de la vulnerabilidad realizada por la normativa contractual relativa a la paliación de la vulnerabilidad económica y la relativa a la vulnerabilidad informativa en el sector financiero. El uso de microdatos y de técnicas de análisis estadístico nos han permitido realizar una aproximación más robusta del funcionamiento de derecho en un ámbito del ordenamiento marcado por fuertes claroscuros tanto normativos como políticos. Este trabajo abre la puerta a la propuesta de nuevas delimitaciones de la vulnerabilidad informativa y de su papel el marco de la normativa contractual de protección a los consumidores, en especial en el sector financiero.

8. Bibliografía

BAKER, Stacey Menzel, GENTRY, James W. y RITTENBURG, Terri L, «Building Understanding of the Domain of Consumer Vulnerability», *Journal of Macromarketing*, 25 (2), 2005, pp. 128–139.

BAR-GILL, Oren y BEN-SHAHAR, Omri, «Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law», *Common Market Law Review*, Vol. 50, núm. 1, 2013, pp. 109-125.

BARCELÓ COMpte, Rosa, *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Marcial Pons, 2019.

BARLET, Maurice S., «The statistical conception of mental factors», *British Journal of Psychology*, 28, 1937, pp. 97– 104.

BECHER, Samuel, «Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge That Is Yet to Be Met», *American Business Law Journal*, 45 (4), 2008, pp. 723–774.

BEN-SHAHAR, Omri, y SCHNEIDER, Carl E., «The failure of mandated disclosure», *University of Pennsylvania Law Review*, 159 (3), 2011, pp. 647–749.

BERNHARDSON, Clemens S., «Type I error rates when multiple comparison procedures follow a significant F test of ANOVA», *Biometrics*, 31, 1975, pp. 229–232.

CARTWRIGHT, Peter, «The vulnerable consumer of financial services: Law, policy and regulation», *Financial Services Research Forum* (Nottingham University Business School), 2011, pp. 1–54.

⁷⁸ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Sobre el concepto de “consumidor vulnerable” en la Ley General para la Defensa de los Usuarios». En *Hay Derecho*, 2021.

⁷⁹ MATO PACÍN, Natalia, «El derecho de consumo y el consumidor». En SANTOS MORÓN, María José. y MATO PACÍN, Natalia (Eds.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, Tecnos, 1^a ed., Vol. 1, 2022, pp. 17-34.

CARTWRIGHT, Peter, «Understanding and Protecting Vulnerable Financial Consumers», *Journal of Consumer Policy*, 38 (2), 2015, pp. 119–138.

CHOI, Albert y TRIANTIS, George, «The Effect of Bargaining Power on Contract Design», *Virginia Law Review*, 98 (8), 2012, pp. 1665–1743.

CRUZ-GARCÍA, Paula, FERNÁNDEZ DE GUEVARA, Juan F., y MAUDOS, Joaquín, «Banking Concentration and Competition in Spain: the impact of the crisis and restructuring», *Financial Stability Review*, 34, 2018, pp. 57–76.

DÍAZ ALABART, Silvia, y ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *Manual de derecho de consumo*, Editorial Reus, 2016.

HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, María Dolores, *Consumidor vulnerable*, Editorial Reus, 2015.

DOMURATH, Irina, *Consumer Vulnerability and Welfare in Mortgage Contracts*, Bloomsbury Publishing, 2017.

EPSTEIN, Lee, y MARTIN, Andrew D., *An Introduction to Empirical Legal Research*, Oxford University Press, 2014.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire, «La base jurídico-constitucional de la protección de los consumidores en la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, 70, 2007, pp. 225–254.

GATHERGOOD, John, «Self-Control, Financial Literacy and Consumer Over-Indebtedness», *Journal of Economic Psychology*, 33 (3), 2012, pp. 590–602.

GIL-VERNET ESTEVE, Laura, La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio, Atelier, 2016.

GRIFFITHS, Merlyn A., y HARMON, Tracy R., «Aging Consumer Vulnerabilities Influencing Factors of Acquiescence to Informed Consent», *The Journal of Consumer Affairs*, 45(3), 2011, pp. 445–466.

HADFIELD, Gillian K., HOWSE, Robert, y TREBILCOCK, Michael J., «Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy», *Journal of Consumer Policy*, 21(2), 1998, pp. 131–169.

HAHS-VAUGHN, Debbie L., *Applied Multivariate Statistical Concepts*, Taylor & Francis Group, 2016.

HARRIS, Jennifer L., *et. al.*, «Redefining “Child-Directed Advertising” to Reduce Unhealthy Television Food Advertising», *American Journal of Preventive Medicine*, 44(4), 2013, pp. 358–364.

HARRISON, P., y CHALMERS, K., *A different view of consumer vulnerability*, 2013.

HASTINGS, Justine S. y ASHTON, Lydia, «Financial Literacy, Information, and Demand Elasticity: Survey and Experimental Evidence from Mexico», *National Bureau of Economic Research*, Inc, NBER Working Papers, 2008.

HILGERT, Marianne A., HOGARTH, Jeanne M. y BEVERLY, Sondra G., «Household Financial Management: The Connection Between Knowledge and Behavior», *Federal Reserve Bulletin*, 89, 2003, pp. 309–322.

ISPIERTO-MATÉ, Anna, *et al.*, «Educación financiera y decisiones de ahorro e inversión: un análisis de la Encuesta de Competencias Financieras (ECF)», Documento de trabajo N° 75 CNMV, 2021.

KLAPPER, Leora, LUSARDI, Annamaria y PANOS, Georgios A., «Financial Literacy and its Consequences: Evidence from Russia During the Financial Crisis», *Journal of Banking & Finance*, 37 (10), 2013, pp. 3904–3923.

LONDON ECONOMICS, VVA CONSULTING y IPSOS, *Consumer vulnerability across key markets in the European Union* [informe en línea], DG Justice and Consumers – European Comission. [Fecha de consulta 2 de agosto de 2022].

LÓPEZ-ROLDÁN, Pedro y FACHELLI, Sandra, «Análisis de varianza». En: *Metodología de la investigación social cuantitativa*. Cap. III.8, Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona, 2016.

LUSARDI, Annamaria, «Financial Literacy: An Essential Tool for Informed Consumer Choice?» [artículo en línea], *SSRN Electronic Journal*, 2008, [Fecha de consulta 3 de agosto de 2022].

LUSARDI, Annamaria, *et al.*, «Financial Literacy Around the World: an Overview», *Journal of Pension Economics & Finance*, (10), 2010, pp. 487–508.

LUSARDI, Annamaria y MITCHELL, Olivia S., «Baby Boomer Retirement Security: The Roles of Planning, Financial Literacy, and Housing Wealth», *Journal of Monetary Economics*, 54 (1), 2007, pp. 205–224.

LUSARDI, Annamaria y MITCHELL, Olivia S., «Financial literacy around the world: An overview», *Journal of Pension Economics and Finance*, 10(4), 2011a, pp. 497-508.

LUSARDI, Annamaria y MITCHELL, Olivia S., «Financial Literacy and Planning; Implications for Retirement Wellbeing», en *Financial Literacy. Implications for Retirement Security and the Financial Marketplace*, Oxford University Press, 2011b, pp. 17–39.

LUSARDI, Annamaria y TUFANO, Peter, «Debt Literacy, Financial Experiences, and Overindebtedness» [artículo en línea], *National Bureau of Economic Research*, 2009, [Fecha de consulta 3 de agosto de 2022].

LUSARDI, Annamaria, MITCHELL, Olivia S. y CURTO, Vilsa, «Financial Literacy Among the Young», *Journal of Consumer Affairs*, 44 (2), 2010, pp. 358–380.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Sobre el concepto de “consumidor vulnerable” en la Ley General para la Defensa de los Usuarios». En *Hay Derecho*, 2021.

MATO PACÍN, Natalia, «El derecho de consumo y el consumidor». En SANTOS MORÓN, María José. y MATO PACÍN, Natalia (Eds.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, Tecnos, 1ª ed., Vol. 1, 2022, pp. 17-34.

O'CONNOR, Genevieve E., *et al.*, «Conceptualizing the Multiple Dimensions of Consumer Financial Vulnerability», *Journal of Business Research*, Vol. 100, 2019, pp. 421-430.

OVERALL, Rod, «What do we mean by “vulnerable” and “disadvantaged” consumers?» [discussion paper en línea], Consumer Affairs Victoria, 2004, [Fecha de consulta 2 de agosto de 2022].

PATIL, Indrajeet, «Visualizations with Statistical Details: The 'ggstatsplot' Approach», *Journal of Open Source Software*, 6 (61), 2021.

POVEL, Felix, «Perceived Vulnerability to Downside Risk», Discussion Papers, Núm. 43, Georg-August-Universität Göttingen, Courant Research Centre - Poverty, Equity and Growth (CRC-PEG), Göttingen, 2010.

ROSENFIELD, Michel, «Contract and Justice: the Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory», *Iowa Law Review*, 70 (4), 1985, pp. 771–820.

SHILLIG, Michael, «Inequality of Bargaining Power Versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms», *European Law Review*, 33 (3), 2008, pp. 336–358.

SHULTZ, Clifford J. y HOLBROOK, Morris B., «The Paradoxical Relationships Between Marketing and Vulnerability», *Journal of Public Policy & Marketing*, 28 (1), 2009, pp. 124–127.

STEARN, Jonathan, *Tackling consumer vulnerability: An action plan for empowerment* [informe en línea], Consumer Focus, Citizens Advice and Citizens Advice Scotland, 2012 [Fecha de consulta 2 de agosto de 2022].

TENA PIAZUELO, Isaac, «Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida», *Revista de Derecho Civil*, 5 (1), 2018, pp. 99–131.

TRZASKOWSKI, Jan, «Behavioural Innovations in Marketing Law». En: MICKLITZ, H-W, *Research Methods in Consumer Law*, Elgar, 2018, pp. 296–333.

TUKEY, John W., *The Problem of Multiple Comparisons*, Mimeographed monograph, Princeton University, 1953.

VAN ROOIJ, Maarten, LUSARDI, Annamaria, y ALESSIE, Rob, «Financial Literacy and Stock Market Participation», *Journal of Financial Economics*, 101 (2), 2011, pp. 449–472.

Ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS en casos de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: jurisdicción competente, el eterno debate

Sumario

El objetivo de este trabajo es arrojar luz sobre el estado actual de la controversia sobre el orden jurisdiccional competente cuando se ejerce la acción directa del art. 76 LCS siendo la asegurada una Administración pública, con especial referencia al ámbito sanitario. Concretamente, se centra en determinar si la redacción del art. 35 de la LRJSP 39/2015 ha supuesto algún cambio relevante, que permita cerrar el debate a favor de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Abstract

The aim of this work is to shed light on the current state of the controversy over the competent jurisdictional order when the direct action of art. 76 LCS is used, being the insured a public Administration, with special reference to the health field. Specifically, it focuses on determining whether the wording of art. 35 LRJSP 39/2015 has made any relevant change that allows closing the debate in favor of the contentious-administrative jurisdiction.

Title: *Exercise of the direct action of art. 76 LCS in cases of State's liability in health liability matters: competent jurisdiction, the eternal debate*

Palabras clave: jurisdicción competente, seguro, acción directa, responsabilidad patrimonial, Administración pública

Keywords: *competent jurisdictional order, insurance, direct action, state's liability, public Administration*

DOI: 10.31009/InDret.2023.i1.02

1.2023

Recepción
27/09/2022

Aceptación
15/11/2022

Índice

1. Introducción

2. La naturaleza de la acción directa del art. 76 LCS

3. La acción directa del art. 76 LCS vs el art. 35 LRJSP: el «nuevo» caballo de batalla

3.1. Argumentos a favor de la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo

3.2. Argumentos a favor de la competencia del orden jurisdiccional civil

3.3. El auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS: 2022:3581A)

4. Reflexiones finales

5. Bibliografía

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

Comercial 4.0 Internacional



1. Introducción*

El debate en torno a la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración cuando esta tiene concertado un seguro ha sido objeto de una intensa controversia durante las últimas décadas¹.

Uno de los ámbitos donde se ha planteado asiduamente esta cuestión es el sanitario. Considero que ello es consecuencia directa del elevado número de reclamaciones que en él se plantean debido, esencialmente, a dos factores: de un lado, a que la prestación de la asistencia sanitaria genera riesgos de muy diversa índole (retrasos de pruebas e intervenciones que pueden tener graves consecuencias para la salud, contracción de infecciones hospitalarias, error en el diagnóstico, pérdida de pruebas, etc.) y, de otro, a una mayor conciencia de los pacientes sobre sus derechos y posibilidades de éxito cuando se reclama frente a la Administración por este tipo de daños.

Una de las opciones de los perjudicados es el ejercicio de la acción directa del art. 76 Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro (en adelante, LCS), que establece:

«El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido».

No cabe duda, de que el objetivo de esta acción es facilitar al perjudicado el resarcimiento del daño sufrido, no obstante, como subraya JIMÉNEZ LÓPEZ, desde su implantación ha generado «un mar de cuestiones dudosas y controvertidas tanto de naturaleza sustantiva como procesal»².

Muestra de ello son los numerosos Autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo que a lo largo de los años se han pronunciado sobre esta cuestión: Autos de 27 de diciembre de 2001 (ECLI:ES:TS: 2001:273A); 21 de octubre de 2002 (ECLI:ES:TS: 2002:8952A); 22 de marzo de 2010

* La autora es Contratada postdoctoral Margarita Salas Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). El contrato es financiado por parte del Ministerio de Universidades a través de la Unión Europea-NextGenerationEU, sujeto al Real Decreto 289/2021, de 20 de abril, (BOE núm. 26 de 22 de abril de 2021), por el que se regula la concesión directa de subvenciones a Universidades públicas para la recualificación del sistema universitario español, así como a la Orden del Ministerio de Universidades UNI/551/2021 de 26 de mayo (BOE núm. 133 de 4 de junio de 2021). Centro receptor: Universidad Pompeu Fabra, Grup de Recerca en Dret Patrimonial.

¹ Vid. BUSTO LAGO, «Ejercicio de la acción directa frente a la entidad aseguradora de la Administración Pública (Penúltimas consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)», *Aranzadi Civil*, núm. 2, 2005, pp. 2125-2166. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, «La acción directa contra la aseguradora de la Administración», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 14, 2005, pp. 26-30.

² «La acción directa del perjudicado frente a la aseguradora y las acciones de repetición de la aseguradora», en *Responsabilidad Médico-Sanitaria* (Dir. HERRADOR GUARDIA.), Sepin, 2022, p. 673.

(ECLI:ES:TS: 2010:3607A)³; 12 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TS: 2010:3607A)⁴. Todos ellos reconocen la competencia del orden jurisdiccional civil. De manera resumida, tras el estudio de su contenido, adelanto, que pese a los esfuerzos del legislador dirigidos a tratar de aunar en un solo orden jurisdiccional (el contencioso-administrativo) el ejercicio de todas las pretensiones

³ Considero interesante transcribir parte de este Auto ya que expone con claridad meridiana la evolución legislativa que permite al tribunal alcanzar la conclusión señalada: «La evolución hacia la reunión en un solo orden jurisdiccional de todas las pretensiones por responsabilidad contra las Administraciones públicas... había arrancado medio año antes con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (BOE de 14 de julio), que en su redacción originaria atribuyó a dicha jurisdicción el conocimiento de todos los recursos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que fuese la actividad o el tipo de relación de la que derivase, excluyendo la posibilidad de acudir a las jurisdicciones civil o social [artículo 2.e)]. Esta nueva visión obligó a modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial, dando nueva redacción al artículo 9.4 mediante la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio (BOE de 14 de julio), que reiteró la dicción del artículo 2.e) de la Ley 29/1998, añadiendo que, si a la producción del daño concurrián sujetos privados, el demandante quedaba obligado a ejercer la pretensión contra ellos también ante el orden contencioso-administrativo.

En este marco normativo, la jurisprudencia entendió que el conocimiento de las acciones en reclamación de responsabilidad por la actuación de las Administraciones públicas, *ex artículo 106.2 de la Constitución*, correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo que los perjudicados decidieran ejercer contra la compañía aseguradora de la Administración la acción directa que les atribuye el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, en cuyo caso la competencia se reconocía al orden civil [autos de esta Sala de Conflictos de 17 de diciembre de 2001 (conflicto 41/01), 21 de octubre de 2002 (conflicto 22/02) y 28 de junio de 2004 (conflicto 57/03)]. Esta línea jurisprudencial fue seguida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de mayo de 2007 (casación 2049/00), que el promotor de este conflicto invoca.

El artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial fue modificado de nuevo mediante la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre (BOE de 26 de diciembre), precisando que la jurisdicción contencioso-administrativa también es competente cuando la acción de responsabilidad se dirija directamente, junto con la Administración, contra su aseguradora. El artículo 2.e) de la Ley 29/1998 recibió una redacción coherente con el nuevo diseño mediante la disposición adicional decimocuarta de la mencionada Ley Orgánica 19/2003, de modo que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa alcanza a los casos en los que las Administraciones «cuenten con un seguro de responsabilidad».

De esta regulación, vigente en la época a la que se refieren los hechos de este conflicto y en la actualidad, se obtiene que el legislador quiere que no quede resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que atribuye a la contencioso-administrativa tanto las acciones directas (dirigidas contra la Administración y su aseguradora) como las entabladas por los mismos hechos contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque sólo de una forma indirecta sea responsable, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados [auto de 19 de junio de 2009 (conflicto 6/09, FJ 2º)].

Ahora bien, a este diseño, que es el actual, necesariamente le ha de quedar un portillo por el que dar respuesta a aquellas situaciones en las que el perjudicado por la actividad de un servicio público asegurado decide, en uso del derecho que le reconoce el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, dirigirse directa y únicamente contra la compañía aseguradora. En esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar (véanse los artículos 1, 31 y siguientes, 70 y 71 de la Ley 29/1998). Ante tal eventualidad no queda más opción que reconocer la competencia de los tribunales civiles [en este sentido se ha pronunciado, mediante un *obiter dictum*, el auto de esta Sala de 18 de octubre de 2004 (conflicto 25/04, FJ 2º); es también la tesis que subyace a la sentencia de la Sala Primera, ya citada, de 30 de mayo de 2007 (FJ 3º), reproducida en la de 21 de mayo de 2008 (casación 648/01, FJ 2º)], salvo que, como ha hecho en este caso el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Pamplona, se obligue al demandante a dirigirse también contra la Administración pública asegurada».

⁴ Varios de estos autos han sido objeto de comentario por la doctrina. *Vid.* GÓMEZ LIGÜERRE, «Paso a nivel», *InDret*, núm. 3, 2003, pp. 1-23 y «Dos veces en la misma piedra», *InDret*, núm. 1, 2003. HUERGO LORA, «El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Pùblicas», *InDret*, núm. 3, 2003, pp.1-17. MIR PUIGPELAT, «La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa», *InDret*, núm. 3, 2003.

de responsabilidad patrimonial de la Administración queda todavía el resquicio de la acción directa del art. 76 LCS, que permite al perjudicado ejercitar la acción directamente frente a la compañía aseguradora ante el orden jurisdiccional civil.

La discusión se ha avivado en los últimos años⁵ siendo uno de los puntos candentes determinar si el art. 35 de la LRJSP pone fin a la larga y ardua tarea, como señalaba, tan perseguida por el legislador, de permitir que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración sean competencia exclusiva del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. El art. 35 LRJSP, sobre la responsabilidad de Derecho Privado establece que:

«Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad».

Evidentemente, la parte final del artículo se está refiriendo a la aseguradora de la responsabilidad de la Administración determinando que incluso cuando la acción se ejercite directamente contra esta, serán de aplicación los parámetros previstos en el art. 32 y ss. de la LRJSP⁶. Sin embargo, tal y como reflexiona GÓMEZ LIGÜERRE no es fácil averiguar la relevancia práctica de este precepto. Distingue dos posibilidades:

- a) Si el precepto se limita a prever que las reclamaciones contra la Administración y su aseguradora, cuando ambas sean demandadas, deben tramitarse conforme a la LPAC, en la fase administrativa previa, y que el régimen de responsabilidad de la Administración será el previsto en la LRJSP, el precepto es irrelevante. Salvo, acaso, por el carácter simbólico de la norma en cuanto supone el reconocimiento legal de la cobertura privada de la responsabilidad pública y el reconocimiento de un estatuto de normalidad a las situaciones en que la indemnización es, de hecho, pagada por una aseguradora en lugar de serlo directamente por la Administración.
- b) Si lo que el art. 35 LRJSP pretende es imponer que la acción directa de la víctima del daño causado por servicio público contra la Administración, titular del servicio, ha de seguir los trámites de la LPAC y decidirse conforme a las reglas de la LRJSP, el precepto debe considerarse inútil. El precepto no puede alterar la distribución de competencia jurisdiccional que diseña el art. 9.4 LOPJ, que reserva a la jurisdicción contencioso-administrativo el conocimiento de las demandas contra la Administración o contra ésta y un particular, pero en ningún caso las que se planteen exclusivamente contra una

⁵ Ya anticipaba esta posibilidad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de febrero de 2017 (ECLI:ES: APB: 2017:663) cuando señala sobre el art. 35 LRJSP que «de seguro generará nueva polémica sobre la competencia para conocer de la acción directa ejercitada exclusivamente frente a la aseguradora».

⁶ Resulta en este punto interesante recordar el contenido del art. 32.9 LRJSP que establece: «Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público».

entidad privada que no depende de una Administración Pública⁷. Los pronunciamientos contradictorios a favor de la competencia del orden civil o contencioso administrativo, apoyándose en estos y otros fundamentos, han proliferado a lo largo de los años en forma de autos y sentencias, tanto en primera instancia como en las Audiencias Provinciales, dando lugar a una falta de uniformidad y de seguridad jurídica importante. Ello ha conllevado que se haya pronunciado sobre esta problemática la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, anticipó, a favor del orden jurisdiccional civil.

En el presente trabajo examinaré en primer lugar la jurisprudencia de la Sala 1^a del TS relativa a la naturaleza de la acción directa, ello nos permitirá comprender el origen de este debate. En los siguientes apartados trataré de sistematizar los argumentos esgrimidos a favor de la competencia de uno u otro orden jurisdiccional para culminar exponiendo la postura de la Sala de Conflictos. Finalmente, reflexiono sobre esta cuestión y planteo diversas posibilidades que podrían poner fin a esta problemática⁸.

2. La naturaleza de la acción directa del art. 76 LCS

Debe recordarse que, tradicionalmente, el contrato de seguro de responsabilidad civil se entendía como una convención pactada entre el asegurador y el asegurado que dejaba fuera al tercero perjudicado. Sin embargo, poco a poco, la limitación de los efectos del seguro a la relación «*inter partes*» fue dando paso progresivamente a una concepción del mismo según la cual su cobertura no debía limitarse a proteger de forma exclusiva el patrimonio del asegurado, sino que debía ampliar su campo tutivo a los terceros perjudicados⁹. Ello se debió en gran medida al impulso dado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y, también, a la aparición de los seguros de responsabilidad civil obligatorios¹⁰.

En palabras de PASQUAU LIAÑO «el artículo 76 LCS es un «precipitado legal» de una figura que se gestó en tratados y en sentencias, en un ejercicio conjunto de *voluntarismo* jurídico puesto al servicio de una buena causa, cual fue la de propiciar soluciones para un importante desfase producido por la irrupción en el mercado del fenómeno del seguro de responsabilidad civil, en un contexto jurídico-legal que, manteniendo los rígidos moldes decimonónicos, presentaban una realidad desdibujada en la que sólo existía una relación extracontractual entre causante del daño y víctima, y una relación contractual independiente entre Asegurador y causante del daño, sin

⁷ GÓMEZ LIGÜERRE «La acción directa de la víctima contra la compañía aseguradora de la responsabilidad civil: viejos debates y nuevos problemas», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños* (Coord. ATAZ LÓPEZ; COBACHO GÓMEZ), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 1181 y 1182.

⁸ Uno de los temas más conflictivos relacionados con el ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS es qué pasa con el procedimiento administrativo previo. Sobre esta cuestión se han escrito ríos de tinta, motivo por el cual no se profundiza en ella en este trabajo. Entre otros Vid. YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2020 (473/2020): Fijada la indemnización en procedimiento contencioso-administrativo entablado exclusivamente contra la Administración, y satisfecha la misma por la compañía aseguradora, no procede acción directa contra ésta en reclamación de los intereses moratorios», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, Vol. 12, 2020, p. 302 ss.

⁹ REGLERO CAMPOS, «El seguro de responsabilidad civil», en *Tratado de responsabilidad civil* (Coord. REGLERO CAMPOS; BUSTO LAGO), Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 1481.

¹⁰ Como señala SÁNCHEZ CALERO, F. «El precedente de mayor importancia -tanto por su transcendencia social como por la elaboración doctrinal y jurisprudencial que ha originado- está formado por el régimen del seguro obligatorio de automóviles, que conserva, a pesar de algunas reservas mostradas por algunos autores, el carácter de seguro de responsabilidad civil», en «Artículo 76», *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (Dir. SÁNCHEZ CALERO, F), Thomson Reuters Aranzadi, 2010, p. 1727.

posibilidad de contacto jurídico entre Asegurador y víctima»¹¹. Es decir que, como se ha ya puesto de manifiesto, la acción directa nacía con el objetivo de otorgar al perjudicado un instrumento útil e independiente que le permitiese acudir directamente contra el asegurador con clara finalidad resarcitoria¹².

Veamos, a continuación, cómo ha ido evolucionando en la jurisprudencia del TS la configuración de la acción directa hasta perfilarse como la acción autónoma e independiente que es en la actualidad.

Debemos, para ello, remontarnos a 1930, año en el que se emanó la primera resolución sobre la materia que nos ocupa. La STS de 23 de junio de 1930 (RJ 1930-31, 1032) consideraba el contrato de responsabilidad civil como un contrato en favor de tercero pues entiende que se da «una verdadera subrogación por la Compañía «X» para el pago de las responsabilidades civiles que por los accidentes que produjera el vehículo, aquél (el asegurado) llegara a incurrir» y concluía señalando que la entidad aseguradora actúa como si fuera el propio asegurado, por lo que «no es dable desconocer el carácter de codeudor que con éste ostenta para todos los efectos derivados del contrato aleatorio del seguro y por consecuencia de ello, la perfecta procedencia de la acción que se utiliza en el modo y forma que para todos los que resulten obligados mancomunada y solidariamente autoriza el art. 1137 del CC». Sin embargo, esta postura no se mantuvo en el tiempo, quizás porque «nada tiene que ver la acción directa con la subrogación regulada en los artículos 1.205, 1.209 y 1.210, se trataba de una «explicación descriptiva», y no de una explicación «técnica», pues quedaba por explicar por qué, en ausencia de una previsión legal, se «subrogaba» la Compañía en la relación del asegurado con la víctima»¹³ o porque «no puede afirmarse que dicha acción derive del contrato de seguro al no considerarse como una acción derivada de éste a efectos de prescripción y competencia»¹⁴. Sin embargo, que el tercero perjudicado se situara en la misma posición que el asegurado frente a su asegurador, permitía que este alegara frente no sólo las excepciones surgidas en la relación de responsabilidad civil, sino todas las que el asegurador tuviera contra el propio asegurado... lo que dificultaba la satisfacción del crédito del tercero frente al asegurado causante del daño¹⁵.

Aunque la STS de 1930 también hacía alusión a la existencia de una relación de solidaridad entre asegurador y asegurado, esta postura no se consolida hasta la STS de 18 de febrero de 1967 (RJ 1967, 787). Tal y como señalaba REGLERO CAMPOS¹⁶ fue la primera sentencia que utilizó en este ámbito la conocida fórmula de que «si bien es cierto que la solidaridad no se presume sino que debe expresamente establecerse, cual exigen los arts. 1137 y 1138 CC, hay casos en que la Ley crea la solidaridad pasiva, bien como interpretación de la voluntad de las partes, o como garantía para el acreedor o como sanción de una falta o de acto ilícito, cual previene la Sentencia de 23

¹¹ PASQUAU LIAÑO, «El ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la Administración Pública», *Revista de Responsabilidad civil y seguro*, núm. 25, p. 49.

¹² En este sentido, OLIVENCIA RUIZ ya defendía en 1981 que «la naturaleza del seguro de responsabilidad civil no se configura ya como un instrumento de protección exclusivo del asegurado sino de protección indemnizatoria del tercero perjudicado» en *Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (Arts. 68 a 79)*, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro (Coord. VERDERA Y TUELLS)*, Madrid, 1981, pp. 865-914.

¹³ PASQUAU LIAÑO, «El ejercicio de la acción...» op. cit. p. 50.

¹⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ, «La acción directa contra el asegurador y el principio de inmunidad de la misma», *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 2, 2017, p. 9.

¹⁵ SÁNCHEZ CALERO, «Artículo 76»... op.cit. , p. 1725.

¹⁶ REGLERO CAMPOS, «El seguro de responsabilidad civil» ... op. cit. p. 1483.

abril 1903 para la responsabilidad civil derivada del art. 1902 de dicho Código, *solidaridad que es aplicable al contrato de seguro*, en el que las obligaciones del asegurador se reducen, en definitiva, al pago de los daños causados por el siniestro, consecuencia de su obligación de asumir el riesgo, por la que desplaza sobre su propio patrimonio el que gravitaba sobre el del asegurado, y debiendo éste indemnizar el daño causado y teniendo derecho a exigir a la entidad aseguradora el pago de dicha indemnización, ambos son responsables ante la víctima del daño, uno directo y la aseguradora por subrogación, porque al existir unidad de objeto en el asegurador y en el asegurado, que es la indemnización a la víctima, se produce una solidaridad... ». Sin embargo, el problema de considerar a la aseguradora como obligada «solidaria», es fundamentar por qué se le consideraba «deudora» de la víctima, sin más, y no meramente deudora del asegurado. Por ello, la solidaridad no podía ser considerada fundamento de la acción directa, sino más bien consecuencia de la misma¹⁷.

A pesar del problema señalado, la tesis de la solidaridad entre asegurado y asegurador se mantuvo y fue evolucionando en el tiempo hasta perfilar la acción directa tal y como es entendida hoy¹⁸.

Precisamente, sobre la solidaridad entre asegurado y asegurador versa la STS de 26 de marzo de 1977 (RJ 1977, 1354) de examen obligatorio en este campo. Ello se debe, como exponía REGLERO CAMPOS¹⁹ a los siguientes motivos:

- Es la primera sentencia en utilizar la expresión «acción directa» como derecho del perjudicado contra el asegurador facultativo de RC, distinguiéndola de la que dispone contra el obligatorio.
- Por diferenciar las fuentes de donde nace la acción contra el asegurador por ambos tipos de seguro, señalando que mientras la que se dirige contra el obligatorio nace de la Ley, la ejercitada contra el voluntario es producto de la doctrina legal.
- Por admitir, por vez primera de forma expresa, la inexistencia de un litis consorcio pasivo necesario entre asegurador y asegurado.
- Este último posee especial incidencia práctica ya que reconoció al perjudicado el derecho a accionar directamente contra el asegurador voluntario, sin que fuera requisito

¹⁷ PASQUAU LIAÑO, «El ejercicio de la acción...» op. cit. p. 50.

¹⁸ En este sentido la STS de 27 de noviembre de 1981 (ECLI:ES:TS:1981:228) sostiene aludiendo a lo establecido en la sentencia de la misma Sala de 20 febrero 1970 que «cuando los causantes y culpables del daño son varios sobre cada uno de ellos pasará la obligación solidaria de repararlo íntegramente, y así ha de ser el presente caso, sin perjuicio de que en la relación interna entre los dos responsables se establezca la cantidad que corresponda reintegrar a quien satisfizo la totalidad, por parte del que nada pagó, a tenor del art. 1445 del C. Civ., que reconoce el derecho del deudor que pagó para reclamar a sus codeudores aquella parte con que deben contribuir al cumplimiento de la obligación, pero sin que en ningún caso proceda, como la recurrente pretende, en el suplico de su escrito de interposición del recurso, establecer una cuota de responsabilidad solidaria, correspondiente al demandado por ella asegurado, de una tercera parte, pues, como ha quedado expuesto, la solidaridad obliga al pago a cada uno de los deudores solidarios, de la totalidad de la deuda, careciendo de relevancia alguna la graduación que se hace en el considerando primero, y sin reflejo en el fallo de la sentencia de primer grado, no rechazada por la recurrida, en orden a la responsabilidad de cada uno de los dos demandados, señores E. e I., que fija en un tercio y dos tercios, respectivamente, porque, como la misma sentencia expresa, esta matización la hace a efectos internos entre aquéllos, pero sin trascendencia en el caso debatido en que, frente al actor, su responsabilidad es solidaria».

¹⁹ «El seguro de responsabilidad civil» ... op. cit., p. 1484.

ineludible demandar también al asegurado. Concretamente, defiende la sentencia que «una vez consolidada como doctrina legal aquella que consagra la naturaleza directa, principal y solidaria de la obligación del asegurador, ya no tiene razón de ser, por lo menos desde el punto de vista del derecho material, la necesidad de demandar en el mismo proceso al asegurador y al asegurado, dado lo dispuesto en el art. 1144 CC... En consecuencia, hay que concluir que, si bien el perjudicado puede dirigir simultáneamente su acción contra el asegurador y el asegurado, al amparo del art. 156 LEC y del citado art. 1144 CC, que autoriza al acreedor para dirigirse contra todos los deudores solidarios simultáneamente (litis consorcio simple, facultativo o voluntario), no pesa, en cambio, sobre él la carga de demandar al mismo tiempo al asegurador y al asegurado (litis consorcio pasivo necesario, cualificado o especial)».

A raíz de ella, poco a poco se va matizando la tesis de la denominada solidaridad impropia en la jurisprudencia. Muestra de ello es, en primer lugar, la STS 28 de mayo de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:97) que en un supuesto daños causados por fumigación aérea con herbicidas en finca linde sostiene que «tratándose de una hipótesis del denominado por la doctrina litis-consorcio pasivo «cuasi necesario» y siendo permitido sustanciar la reclamación tan sólo frente a alguno de los interesados, bastaría no ya dirigir la acción -como se hizo- contra el autor material del daño, el responsable civil por el hecho ajeno, y asegurado, y contra el asegurador voluntario, sino que sería suficiente incluso interponer la demanda únicamente contra la Compañía aseguradora, ejercitando la acción directa reconocida por esta Sala -SS. de 26 marzo y 15 abril 1977 -y al presente proclamada en el art. 76 de la Ley Contrato de Seguro de 8 octubre 1980».

En segundo lugar, la STS de 7 de mayo de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:2852) que, en un caso de culpa extracontractual por daños derivados de un accidente de circulación, entiende que existe solidaridad impropia en los casos de responsabilidad extracontractual entre copartícipes del hecho ilícito o entre ellos y sus aseguradores derivando esta solidaridad de la unidad de prestación con objetivo único de resarcir al perjudicado, incluso sin necesidad de demandar al asegurado, por darse una acción directa contra el asegurador a virtud del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro y, con anterioridad a la vigencia de ésta, reconocida por la jurisprudencia, principalmente de esta Sala del Tribunal Supremo.

En tercer lugar, relevante a los efectos de este trabajo es la referencia al Acuerdo de la Junta general de Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003. Este acuerdo, distinguía entre solidaridad propia e impropia, en los siguientes términos:

«El párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal, sin que pueda extenderse al ámbito a la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente».

Sin embargo, esta postura no es predictable respecto de las relaciones entre asegurado y asegurador, como han declarado las sentencias del TS de 14 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:872)²⁰, y de 26 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1209). ¿Por qué motivo?

²⁰ Sobre la cuestión de la solidaridad impropia de la aseguradora de la responsabilidad civil resulta interesante el comentario de esta sentencia realizado por CARRASCO PERERA, «Solidaridad no impropia de la compañía aseguradora de la responsabilidad civil», *Publicaciones Gómez Acebo & Pombo*, 2019. Disponible en:

Porque la entidad aseguradora no concurre con su conducta a la producción del daño, sino que asegura su cobertura merced al contrato de seguro, hasta el punto de que el perjudicado, conforme al art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), puede demandar solamente a la aseguradora y no al asegurado, causante y origen del daño (STS de 6 de abril de 2022. ECLI:ES:TS:2022:1382).

Finalmente, muy ilustrativa resulta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:663) que, en un supuesto de responsabilidad sanitaria, al abordar la cuestión sobre cuál es la jurisdicción competente cuando se ejercita la acción directa del art. 76 sostiene que:

«Atendiendo a la anterior doctrina debe desestimarse el motivo al considerar competente a la jurisdicción civil para el conocimiento de la presente Litis pues la única acción ejercitada es la prevista en el art. 76 de la LCS contra la entidad Zurich en cuanto aseguradora del servicio Catalán de Salud, dado que la actora no amplió su acción frente a éste último que actuó como mero interviniente, sin que el hecho de que previamente a interponer la demanda rectora de la presente Litis se hubiere tramitado y resuelto en vía administrativa un expediente de responsabilidad patrimonial de la administración a instancia de las perjudicadas altere la competencia de la jurisdicción civil para conocer de la reclamación formulada únicamente frente a la entidad aseguradora, en tanto que es característica (en palabras del Magistrado sr. Xiol Rios) de dicha acción directa la facultad del perjudicado de reclamar conjuntamente contra el asegurado causante del daño y contra la aseguradora, o solo contra esta. Es, por tanto, un supuesto de litisconsorcio pasivo voluntario o facultativo, pues de no entenderse así, la acción directa como tal no existiría, pues su característica fundamental es la de liberar al perjudicado de ejercer su acción contra el causante del daño cuando éste está asegurado. Cuestión distinta es qué efecto debe tener en el proceso civil la resolución que se hubiere dictado en la vía administrativa y/o en la jurisdicción contencioso-administrativa, cuestión que trataremos más adelante».

Del contenido de las resoluciones expuestas (y del tenor del propio art. 76 LCS) cabe concluir que la acción directa se configura como una acción autónoma, como un «derecho propio» a favor de todo perjudicado, que, en caso de fallecimiento de éste, se transmite «iure sucesionis»²¹. Ello se debe a que el perjudicado no se subroga en el lugar del asegurado, sino que tiene acción por sí mismo contra la aseguradora. Ilustra esta cuestión, la diferencia existente en el plazo de prescripción dependiendo de si el perjudicado que ejercita la acción directa es quién ha contratado el seguro o si es un tercero. Ello es así, pues si la responsabilidad es contractual, el plazo de prescripción será el que corresponda a la relación jurídica contractual de la que la aseguradora responda cubriendo la responsabilidad civil de su asegurado; si es extracontractual, la acción prescribe en un año (el plazo de la culpa aquiliana)²².

<https://www.ga-p.com/publicaciones/la-solidaridad-no-impropia-de-la-compania-aseguradora-de-responsabilidad-civil/>

²¹ OLIVENCIA RUIZ, «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil...» op. cit., p. 906. SÁNCHEZ CALERO, «Artículo 76» ... op. cit. p. 1752 y ss.

²² Vid. COELLO DE PORTUGAL MARTÍNEZ DEL PERAL, «El plazo de prescripción de la ‘acción directa’ del tercero perjudicado frente a la aseguradora», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 53, 2015, pp. 27-34.

A pesar de su configuración, pienso que el problema base es que la acción directa carece de un fundamento técnico definido y sólido. Siendo quizá la «*inestabilidad*» dogmática de su origen el motivo de las dudas que suscita, aún hoy, la posibilidad de una acción directa contra la compañía que asegura la responsabilidad patrimonial de la Administración²³.

A pesar de ello es, precisamente, a mi entender, la consideración de la acción directa como acción autónoma lo que justifica la opción que adopta la Sala de Conflictos y, a la vez, invalida el criterio de la AP Madrid sobre la laguna legal en el artículo 9.4 LOPJ, que el 35 LRJSP vendría a colmar, como estudiaremos a continuación.

3. La acción directa del art. 76 LCS vs el art. 35 LRJSP: el «nuevo» caballo de batalla

3.1. Argumentos a favor de la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo

El argumento estrella utilizado para defender la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo es que el art. 35 LRJSP viene a llenar el vacío legal existente en el art. 9.4 LOPJ²⁴ ya que en ningún caso está regulando el supuesto de una acción directa contra la entidad de derecho privado, como es una aseguradora de la Administración pública, sin que la acción sea conjunta con la administración. En este sentido se pronuncia, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de mayo de 2020 -Sección decimotercera- (ECLI:ES: APM: 2020:2778A)²⁵, que en su razonamiento jurídico segundo sostiene sobre el art. 35 LRJSP lo siguiente:

²³ PASQUAU LIAÑO, «El ejercicio de la acción...» op. cit. p. 50.

²⁴ Recordemos el tenor del mismo: *4. Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica.*

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.

²⁵ La controversia tiene su origen en los siguientes hechos: En primera instancia, la representación procesal de las perjudicadas ejercita frente a la compañía de seguros SHAM, S.A. una acción de responsabilidad civil (ante la jurisdicción civil) reclamando la cantidad de 240.000 €, basada en la negligencia por incumplimiento de los protocolos médicos por parte del Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de SAN SEBASTIAN, perteneciente al Servicio Vasco de Salud-OSAKIDETZA asegurado en la fecha del suceso por la compañía aseguradora demandada, y que provocó el fallecimiento del esposo y padre de las actoras. La parte demandada, en el plazo legal de los diez desde el traslado de la demanda, presentó declinatoria por considerar que la competencia es de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, toda vez que al supuesto le es aplicable la Ley 40/2015, Ley del Régimen Jurídico del Sector Público, concretamente el artículo 35 relativo a la Responsabilidad de Derecho Privado, que a su vez remite al artículo 32 del mismo texto legal, pues estamos ante una reclamación

«De la redacción de dicho precepto se desprende que el perjudicado por la negligente actuación de la Administración puede ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios, bien contra la Administración cuando esta actúe directamente, o contra la entidad de derecho privado, cuando la Administración actúe a través de ella, o bien contra la administración y la entidad privada solidariamente, o bien contra la administración y su aseguradora o contra esta última de forma directa, siendo competente en cualquiera de los supuestos la jurisdicción contencioso administrativa.

Es evidente que, tras la entrada en vigor de la mencionada norma, la Jurisdicción Civil ya no es competente para conocer de las acciones directas contra la compañía aseguradora de la Administración Pública por reclamación de cantidad por el anormal funcionamiento de la misma».

Y, añade, en el siguiente razonamiento jurídico sobre la posibilidad de que la Ley 40/2015, ley Ordinaria pueda modificar la LOPJ, concretamente el contenido del art. 9.4 LOPJ que:

«Dicho precepto en ningún caso está regulando el supuesto de una acción directa contra la entidad de derecho privado como es una aseguradora de la Administración pública sin que la acción sea conjunta con la administración, vacío legal que dio lugar a considerar que la competencia al ser una entidad de derecho privado, fuera de la Jurisdicción Civil, y por ello la Ley 40/2015 ha venido a regular dicho vacío legal, estableciendo que la competencia solo puede ser de la Jurisdicción Contencioso Administrativa..., pues de lo contrario estábamos dando lugar a resoluciones contradictorias, como la Sentencia del TS mencionada en el fundamento anterior estableció²⁶.

En ningún momento se está modificando una Ley Orgánica, sino que se está complementando la misma, pues la competencia siempre es de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues

por responsabilidad de la Administración Pública de la cual es conocedora la Jurisdicción Administrativa, aun cuando la acción se dirija únicamente contra la compañía aseguradora ejercitando una acción directa del artículo 76 de la LCS (RCL 1980, 2295) , y así mismo por la aplicación del artículo 9,4 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) . El Ministerio Fiscal informó considerando que la competencia era de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por Auto de 19 de junio del 2019 se resolvió la declinatoria considerando la falta de Jurisdicción del tribunal civil, considerando la competencia para conocer del presente procedimiento era la Contencioso Administrativa. Frente a dicha resolución la representación procesal de la parte actora interpone recurso de apelación, alegando el error de considerar aplicable la Ley 40/2015 pues el artículo 35 se refiere a los casos en los que la Administración Pública actúa a través de una entidad de Derecho Privado en relaciones de derecho privado, que no es el supuesto de autos. En segundo lugar, porque una ley ordinaria, como es la Ley 40/2015, no puede modificar una Ley Orgánica, como es la LOPJ en cuyo artículo 9,4. Frente a dicho recurso la representación de la parte demandada se opuso.

²⁶ Se refiere el Auto a la STS de 5 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS: 2019:3427) que sigue el razonamiento de la célebre sentencia de 5 de junio de 2019 (ECLI:ES: TS:2019:3427). No obstante, a pesar de lo que sostiene el Auto, esta sentencia no reconoce la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer del ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS ya que según la misma «La jurisdicción civil puede y debe pronunciarse prejudicialmente sobre la existencia de responsabilidad de la Administración cuando se ejercite sólo la acción directa frente a la aseguradora, por contemplarlo expresamente el art. 42 de la LEC. Pero tal pronunciamiento será a los solos efectos del proceso, sin que ello suponga reconocerle competencia a la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad de la Administración pública asegurada» (informe del Consejo de Estado 331/1995 de 9 de mayo). Lo que defiende la Sala 1^a del TS es que «la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado así como que la jurisdicción contencioso- administrativa es la única competente para condenar a la Administración, mientras que la jurisdicción civil sólo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil, se ha de convenir que sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios».

nunca dicho precepto mantuvo que en el supuesto de acción directa contra la entidad aseguradora de una Administración pública fuera competente la Jurisdicción Civil.

El que la Sala de Conflictos del TS en su momento mantuviera la competencia de la Jurisdicción Civil en supuestos de acción directa contra la entidad aseguradora, al ejercitar una acción de responsabilidad civil por actuación negligente contra la Administración, era debido a que la Ley 40/2015 no había entrado en vigor, pues su entrada en vigor fue el 2 de octubre del 2016, y por ello el argumento de la recurrente no puede ser estimado»²⁷.

Con buen criterio, el Auto, trata de evitar innecesarias discordancias entre jurisdicciones, concentrando en una sola jurisdicción, la Contenciosa Administrativa, (única competente para condenar al causante del daño) el conocimiento de todas estas reclamaciones.

Reconoce la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Centra sus razonamientos en que la LRJSP, en concreto su art. 35, complementa lo establecido en la LOPJ y que no lo contradice. Considera que este precepto llena el vacío legal existente y que culmina los esfuerzos del legislador en favor de la unidad jurisdiccional.

Concretamente, sostiene en referencia al art. 9.4 LOPJ que «nunca dicho precepto mantuvo que en el supuesto de acción directa contra la entidad aseguradora de una administración pública fuera competente la Jurisdicción Civil». No obstante, este tampoco mantiene expresamente que, en ese específico supuesto, la competencia sea del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Además, creo que la respuesta que da la sala puede considerarse contradictoria ya que por un lado sostiene que únicamente complementa a la LOPJ, mientras que por otro sostiene que el art. 35 LRJSP lo que hace es llenar un vacío legal.

En la doctrina, JIMÉNEZ LÓPEZ también está a favor de reconocer la competencia del orden jurisdiccional contencioso- administrativo cuando el perjudicado ejerce la acción directa del art. 76 LCS. Sobre el art. 35 LRJSP plantea el siguiente escenario: si el legislador, más que realizar una atribución o alteración de las normas de competencia, hace una puntuación respecto del art. 144²⁸ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

²⁷ En la misma línea también se pronuncia, la Sección tercera de la AP de Valladolid en la Sentencia de 18 de junio de 2020 (ECLI:ES:APVA:2020:558A) cuando razona que: «Se desprende claramente del redactado de este inciso (se refiere a la parte final del art. 35: *la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad*) que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no solo será competente cuando se demande directamente a la aseguradora de la administración junto con la administración correspondiente, supuesto ex art. 9.4 LOPJ, sino también cuando solo se demande directamente a la entidad aseguradora de la administración, que es precisamente el caso de la acción ex artículo 76 LCS aquí ejercitada.

Quiere decirse en suma que tras la entrada en vigor de la antedicha Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (2 de octubre de 2016) el artículo 9.4 de la LOPJ debe ser interpretado a la luz de la citada normativa ya que esta (artículo 35), sin contradecir lo dispuesto en la LOPJ, que viene referido al supuesto de que se accione contra dos sujetos administrador y asegurador, determina la competencia de los tribunales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, también cuando se accione directa y únicamente contra la Aseguradora de la Administración. No cabe duda que con esta norma el Legislador ha querido dar un paso definitivo en favor del principio de única jurisdicción cuando se trata de exigir responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas incluidas. Si bien la previsión del artículo 76. LCS resulta funcional cuando solo nos movemos en el terreno de las relaciones de derecho privado, colisiona sin duda con la lógica inherente a la declaración de responsabilidad de los entes públicos».

²⁸ El art. 144 hacía referencia a la responsabilidad de Derecho Privado en los siguientes términos: «Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y

públicas y Procedimiento Administrativo común, cuya redacción fue igualmente tan debatida. Considera que si es entendida como aclaración de una competencia que ya podía considerarse atribuida al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sí que resultaría plenamente aplicable sin necesidad de modificación del art. 9.4 de la LOPJ²⁹.

Sin embargo, este planteamiento tampoco me convence plenamente. Ello se debe a que una ley orgánica no puede ser modificada por una ley ordinaria. Por ello, la misma autora admite que, «aunque el art. 35 LRJSP estuviese claramente resolviendo el conflicto de competencia a favor del orden contencioso-administrativo, lo cierto es que efectivamente, este cambio debe tener reflejo en la LOPJ si queremos que resulte aplicable»³⁰.

Otro fundamento de JIMÉNEZ LÓPEZ para reconocer la competencia al orden contencioso-administrativo es que lo contrario, supone «ignorar las reformas operadas hasta este momento por el legislador, que no han sido pocas con la finalidad de establecer de forma definitiva y bajo cualquier circunstancia la competencia de este orden»³¹. En la misma línea, se pronuncia SEMPLER NAVARRO: «La Exposición de Motivos de la LRJCA, el repliegue de la jurisdicción social y la tendencia de las diversas reformas normativas no han bastado para que la Jurisdicción Civil haya declinado la posibilidad de examinar la existencia de eventual responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Aunque en favor de esas tesis (cuando se ejercita la acción de responsabilidad directa frente a la Compañía Aseguradora) militan también las resoluciones de Sala Especial del propio Tribunal Supremo, la verdad es que no acaba de verse la ventaja de ello; sobre todo, no acaba de asumirse que la interpretación de la LCS deba permanecer insensible a toda una serie de cambios normativos, por más que los mismos opten por mantener la suficiente ambigüedad como para que la STS-CIV 321/2019 pueda desarrollar su expuesto argumentario»³². También podrían inclinar la balanza a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa los problemas que implica que sea competente la jurisdicción civil a la hora de ejercitar la acción de reembolso de la aseguradora frente a la Administración asegurada. La acción directa decidida por el juez civil obliga a la aseguradora a indemnizar a la víctima del accidente, pero el paso se hace sin que exista condena previa de la Administración. La ausencia de esa condena dificulta que la Administración titular del servicio en cuya prestación se causó el daño pueda ejercitar la acción de reembolso contra el funcionario o empleado, que causó materialmente el perjuicio que el art.

perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley».

²⁹ JIMÉNEZ LÓPEZ, «La acción directa del perjudicado...» op. cit. p. 676.

³⁰ «La acción directa del perjudicado...» op. cit. p. 676.

³¹ «La acción directa del perjudicado...» op. cit. p. 677.

³² «Reclamación civil por deficiente asistencia sanitaria pública: STS-CIV núm. 321/2019, de 5 de junio», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2019, p.10. Efectivamente, como he anticipado, la STS de 5 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3427) reconoce la competencia del orden jurisdiccional civil cuando el perjudicado ejercita la acción directa del art. 76 «pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar (STS de 15 de octubre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4953).

Pero ello será a los solos efectos prejudiciales por lo que se refiere a la responsabilidad de la Administración (art. 42.1 LEC), esto es, que solo produce efectos en el proceso civil y no en el contencioso-administrativo, si llegase a existir, pues para que así fuese, esto es, si se pretendiese demandar responsabilidad de la Administración y condena de ésta, será preciso seguir la vía administrativa y contencioso-administrativa.

Y como se ha expuesto, la prejudicialidad de la responsabilidad de la Administración, a los solos efectos del proceso civil, debe verificarse conforme a parámetros administrativos».

36.3 LRJSP impone en todos los casos en que el daño se haya causado con dolo o culpa grave. Tales problemas desaparecen en los casos en que la víctima del daño ejercite la acción directa una vez obtenido el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración titular del servicio en el oportuno procedimiento administrativo³³.

Por ello, quizá la respuesta a este y otros problemas sería, como sostiene MIR PUIGPELAT, que se establezca la obligatoriedad de demandar conjuntamente a la Administración y su aseguradora ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ya que «el litisconsorcio pasivo necesario es la única forma de garantizar que todos los implicados (victima, Administración y aseguradora) estén presentes en el mismo proceso judicial, y sólo su presencia conjunta permite satisfacer de forma adecuada todos los intereses en juego»³⁴.

Este litisconsorcio ofrecería importantes ventajas:

- Reforzaría la efectividad del pago de la indemnización (serían dos los patrimonios que responderían del pago).
- Garantizaría que la víctima perciba en un solo proceso la reparación íntegra del daño sufrido (incluso en el caso de que la suma asegurada sea inferior al daño ocasionado).
- Evitaría sentencias contradictorias sobre unos mismos hechos.
- Permitiría que todas las cuestiones atinentes al surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración y a la cobertura del contrato de seguro, tan estrechamente relacionadas entre sí (el nacimiento de responsabilidad administrativa es presupuesto necesario —aunque no suficiente— para que surja la del asegurador), sean planteadas y dilucidadas en un mismo proceso judicial, evitándose pleitos posteriores y ahorrándose, con ello, costes terciarios o de administración.
- Impediría que se declare la responsabilidad de la Administración o de la aseguradora sin que se las escuche, sin que se pronuncien sobre —respectivamente— su responsabilidad extracontractual o contractual³⁵.

Precisamente, esta es la posición adoptada en Italia, prevista actualmente en el art. 144 del *Codice delle Assicurazioni Private*³⁶ de 7 de septiembre de 2005. Este artículo prevé en el número 1, para los casos en que se cause un daño con un vehículo o embarcación, que podrá ejercitarse la acción directa contra la compañía de seguros de responsabilidad civil, dentro de los límites de las sumas por las que haya sido contratado, y añade en el número 3 que cuando el juicio sea promovido contra la compañía aseguradora debe ser llamado también el causante del daño. Así lo entiende la jurisprudencia al considerar que cuando la víctima interponga la acción directa

³³ GÓMEZ LIGÜERRE, «La acción directa de la víctima...» op. cit. 1180.

³⁴ MIR PUIGPELAT, «La jurisdicción competente...» op. cit. p. 21.

³⁵ MIR PUIGPELAT, «La jurisdicción competente...» op. cit. p. 21.

³⁶ Anteriormente se encontraba previsto en el art. 23 de la Ley de 24 de diciembre de 1969.

contra la aseguradora del responsable, también está obligado a intervenir como litisconsorte necesario, la persona responsable del accidente, identificada en el propietario del vehículo³⁷.

El Derecho Italiano es con diferencia mucho más restrictivo que el español a la hora de permitir el ejercicio de la acción directa frente a la compañía aseguradora. Sobre esta cuestión se ha pronunciado su Corte Suprema de Casación en el Auto de 25 de febrero de 2021 que sostiene que «en materia de seguros de responsabilidad civil, el perjudicado no puede actuar directamente contra el asegurador responsable del daño (salvo en los casos excepcionalmente previstos por la ley), ya que es ajeno a la relación entre el lesionado-asegurado y el asegurador de la misma... Tampoco puede derivar ventaja útil alguna de una sentencia que amplíe los efectos de la sentencia que determina la responsabilidad del asegurador, aun cuando el asegurado pida al asegurador que pague la indemnización directamente al perjudicado, cumpliendo dicho requerimiento de los métodos de ejecución de la indemnización (Ver Tribunal de Casación n. 15039/2005; n. 5306/2007; n. 28834/2008). Por tanto, sólo el asegurado tiene derecho a emprender acciones contra el asegurador, y no también el tercero perjudicado, contra el cual el asegurador no está obligado por contrato, ni por responsabilidad (Ver Tribunal de Casación n. 9516/2007)»³⁸.

Especialmente a efectos de este trabajo resulta interesante la referencia al art. 12 de la Ley Gelli-Bianco (l. n. 24/2017), que disciplina la acción directa del sujeto dañado contra la aseguradora de la responsabilidad de la estructura sanitaria (pública o privada) o del médico. Este artículo permite al perjudicado por daños derivados de la asistencia sanitaria ejercitar la acción directa (como hemos visto permitida sólo cuando expresamente lo prevea la Ley para el caso en cuestión) si bien, en su número 4 cuando la acción se ejerce contra la compañía de seguros de la estructura sanitaria o del sanitario, dispone que estos serán requeridos necesariamente como litisconsortes.

La acción directa contra la aseguradora de la responsabilidad derivada de la praxis médica todavía no puede ejercitarse en el derecho italiano ya que de conformidad con el número 6 del art. 12 de la Ley Gelli-Bianco «Lo dispuesto en este artículo se aplica a partir de la fecha de entrada en vigor del decreto a que se refiere el apartado 6 del artículo 10 por el que se determinan los requisitos mínimos de las pólizas de seguro para las estructuras sanitarias y sociosanitarias y para los profesionales sanitarios»³⁹.

También resulta interesante, en este punto, dada la influencia del ordenamiento jurídico francés en la configuración de nuestro sistema administrativo, exponer como se afronta esta problemática en este país. Podría decirse que en Francia se ha optado por una solución mixta. Ello es así dado que reconoce la competencia, tanto de los tribunales civiles como contencioso-

³⁷ Cass. Civ., sez. VI, ordinanza 30 novembre 2021, n. 37566 (rel. M. Gorgoni). Disponible en: <https://www.spagnoloassociati.it/wp-content/uploads/2021/12/Cass.-37566-2021-sinistro-litisconsorzio-necessario.pdf> [Último acceso 30-12-2022]

³⁸ Disponible en: <https://www.spagnoloassociati.it/wp-content/uploads/2021/02/Cass.-5259-2021.pdf> [Último acceso 03-08-2022]

³⁹ En este sentido se pronunciaba el Tribunal de Pavia en el Auto de 19 de febrero de 2022 donde descarta que, hasta que se dicten los decretos ministeriales de desarrollo, pueda tener lugar la acción directa del perjudicado contra la aseguradora en los casos previstos por la Ley Gelli-Bianco.

administrativos, cuando se ejerce la acción directa⁴⁰. ¿Con base en qué criterio es competente uno u otro orden jurisdiccional? La determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción directa depende únicamente de la naturaleza, privada o administrativa, del contrato entre el asegurador y el autor del daño, y no del tribunal competente para conocer de una acción de responsabilidad. Si un contrato de seguro se adjudica con arreglo al Código de Contratación Pública son contratos administrativos en virtud del artículo 2 de la Ley MURCEF y tienen competencia para conocer de la acción directa los tribunales contencioso-administrativos, en caso contrario son competentes los tribunales civiles (Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 24 octubre 2018, 17-31.306, precisamente, el conflicto de competencia que resuelve la Corte de casación francesa, nace de un supuesto de responsabilidad sanitaria).

En España, como ya dije, el ámbito donde se presentan más reclamaciones de responsabilidad patrimonial es el sanitario⁴¹, por lo que podría resultar interesante que se adoptara una postura similar a la italiana. De establecerse, pienso que debería abarcar todos aquellos supuestos en que la asegurada sea una Administración Pública. El motivo es que no encuentro razones de peso que justifiquen que se estableciera el litis consorcio pasivo necesario en el ámbito sanitario y no, por ejemplo, en el ámbito urbanístico y de saneamiento. Si se fijara sólo para supuestos concretos la solución sería parcial ya que continuaría existiendo algún ámbito en que se permitiera ejercitar la acción directa exclusivamente frente a la aseguradora ante el orden jurisdiccional civil (siempre que no se modifique el art. 76 LCS). Por ello, creo que resultaría más adecuado que se estableciera en todos aquellos casos en que se reclame la responsabilidad patrimonial de una Administración pública asegurada.

Conviene recordar, que en nuestro ordenamiento jurídico existen varios supuestos donde es necesario demandar conjuntamente al asegurado y al asegurador. Así se establece, por ejemplo, en el art. 65⁴² de la Ley 25/1964, de 29 de abril, de energía nuclear⁴³.

Sin embargo, a pesar de las ventajas que ofrece el litis consorcio pasivo necesario, considero que esta solución no sería la más acertada para poner fin al debate de la jurisdicción competente cuando se ejerce la acción directa frente a una aseguradora de la Administración. Ello supondría desnaturalizar la acción directa empañando su objetivo vital de otorgar al perjudicado

⁴⁰ En Francia se encuentra prevista en el art. L 124-3 del *Code des assurances*: «El tercero perjudicado dispone de un derecho de acción directa contra el asegurador que garantiza la responsabilidad civil de la persona responsable».

⁴¹ Por ejemplo, en la Memoria de actividad de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid de 2021 se determinó que de los expedientes recibidos que el 84,37% fueron reclamaciones de responsabilidad patrimonial (610). De entre estos expedientes, el 50% correspondió al ámbito sanitario (305), el 32,79% al ámbito vial (200), el 5,57% (34) al ámbito urbanístico y de saneamiento, el 1,64% al ámbito laboral (10) y el 10% (61) a otros ámbitos. También en la Memoria del año 2021 de Consejo Consultivo de Asturias el ámbito sobre el que se dictaron más informes fue el sanitario, 107 del total (280), es decir, prácticamente el 40%.

⁴² «La acción derivada del artículo 45 de la presente Ley se ejercitará ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria por el procedimiento correspondiente a la cuantía de la reclamación.

La acción habrá de dirigirse también conjuntamente contra la entidad o entidades aseguradoras. Cuando la garantía se hubiera establecido con arreglo a la fórmula señalada en el número 2 del artículo 56, los reclamantes podrán solicitar las medidas precautorias oportunas».

⁴³ Sobre esta cuestión, SÁNCHEZ CALERO, se planteaba «la cuestión de *lege ferenda* de si no sería conveniente, que la ley al regular la acción directa declarase como regla general la necesidad de demandar al asegurado al propio tiempo que al asegurador» en «Artículo 76» ... op. cit. p. 1795.

una acción autónoma e independiente frente al asegurador, distinta de la acción de responsabilidad que posee frente al asegurado.

3.2. Argumentos a favor de la competencia del orden jurisdiccional civil

Son varios los argumentos esgrimidos a favor de reconocer la competencia del orden jurisdiccional civil. Uno de los más utilizados es la imposibilidad de que el art. 35 LRJSP modifique lo establecido en la LOPJ y lo establecido en el art. 21.1. c) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido, el Auto de la AP de Madrid de 24 de febrero de 2020- Sección octava- (ECLI:ES:APM:2020:1235A), aboga por la competencia de la jurisdicción civil (en sólo 3 meses se pronunciaría en sentido contrario la misma AP en el Auto de mayo expuesto en el apartado anterior) pues entiende que:

«De la proyección al caso de las precedentes normas legales y de su interpretación jurisprudencial se sigue que el recurso haya de ser estimado pues en ningún caso puede deferirse el conocimiento y decisión de la acción directa articulada frente a la aseguradora a la jurisdicción contencioso administrativa cuando solo esta aparece como demandada, sin que tal afirmación se vea afectada ni perturbada por el art. 35 (responsabilidad de derecho Privado) Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del sector público... precepto que debe conectarse con el nuevo concepto de «sector público» del art. 2 LRJSP , que se amplía a «las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas» sometiéndolas así al régimen de la responsabilidad administrativa, razón por la que el art. 35 dice que su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 32 y siguientes, de lo que se sigue que la responsabilidad patrimonial de estas entidades de derecho privado, sea cual sea la actividad en que intervengan, estará sometida a los mismos principios que la responsabilidad de la Administración Pública y será exigible con arreglo a los mismos procedimientos que aquella, y reclamable en vía contencioso-administrativa, pero no modifica el artículo 9.4 LOPJ ni el art.21.1.c)⁴⁴ de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa».

Este Auto resulta especialmente interesante ya que pone sobre la mesa una cuestión relevante. La rúbrica del artículo 35 LRJSP es 'Responsabilidad de derecho privado' por lo que evoca la distinción entre responsabilidad de derecho público y derecho privado que estuvo presente en la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 y que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común quiso superar⁴⁵, quizá dado lo problemática que resulta tal

⁴⁴ El art. 21.1.c) determina que se consideran parte demandada las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.

⁴⁵ El art. 144 LRJAP-PAC sostenía que «Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley». También el art. 145.1 era tajante al respecto: «Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio» y la Disposición Adicional 12.^a de la LRJAP-PAC que «La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás

distinción. Que esta aparezca de nuevo en la LRJSP plantea interesantes interrogantes: ¿Qué impacto tiene que aparezca de nuevo en la LRJSP? ¿Debe entenderse en relación con la definición del ámbito de aplicación del artículo 2 LRJSP o va más allá? Los tribunales parecen tenerlo claro:

«El artículo 35 de la citada Ley 40/2015 no modifica la competencia del orden civil, a los efectos del artículo 9.2 LOPJ, cuando solo es demandada la aseguradora de la Administración, pues el artículo 9.4 LOPJ en su último párrafo solo la atribuye al orden contencioso-administrativo cuando: *«...las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas*. Entendemos que el artículo 35 Ley 40/2015 no modifica la competencia del orden civil, pues al remitirse a los artículos 32 y ss. de la misma Ley, lo que establece es que la condena a la aseguradora dependerá de la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración asegurada, que deberá acreditarse, en el proceso civil, bajo los parámetros propios del derecho administrativo, lo que no es cuestión extravagante sino expresamente prevista en el art. 42 de la LEC, que regula las cuestiones prejudiciales no penales que se susciten en el proceso civil» (Sentencia de la AP de Madrid de 28 de marzo de 2022 (ECLI:ES:APM:2022:4826)⁴⁶.

Todo ello a pesar de la última redacción del art. 21.1. c)⁴⁷ de la Ley 29/1998, de 13 de julio de la jurisdicción contencioso-administrativa que determina que las aseguradoras de las Administraciones públicas siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren, lo cual permitiría tener por tácitamente derogada la posibilidad de demandar directamente a la aseguradora de la Administración⁴⁸. Sin embargo, la duda persiste cuando se trata de resolver qué jurisdicción debe entender cuando se reclama exclusivamente contra el asegurador de la Administración pues la sucesión de reformas introducidas en la LOPJ se detuvo cuando el legislador estableció la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa

entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso». Como señala YZQUIERDO TOLSADA «Se trataba de hacer prevalecer, en fin, la jurisdicción natural del demandado por encima de la materia. Y de momento, el resultado, de pura política legislativa, era así de novedoso: sujetos privados codemandados en el orden contencioso-administrativo –orden esencialmente revisor de los actos administrativos y vertebrado desde siempre a tal fin–. Pero tal nuevo papel les correspondía cuando hubieran concurrido a la producción del daño» en «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2020 (473/2020)» ... op. cit. p. 307.

⁴⁶ En el mismo sentido se pronuncia el Auto de la AP de Madrid de 20 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:APM:2021:4412A), al sostener de manera contundente que el art. 35 LRJSP no altera la competencia del orden jurisdiccional civil a los efectos del artículo 9.2 LOPJ, cuando solo es demandada la aseguradora de la Administración, pues el artículo 9.4 LOPJ en su último párrafo solo la atribuye al orden contencioso-administrativo cuando: *«...las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas»* y que la remisión a los artículos 32 y ss. de la misma Ley, lo que establece es que la condena a la aseguradora dependerá de la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración asegurada, que deberá acreditarse, en el proceso civil, bajo los parámetros propios del Derecho administrativo, lo que no es cuestión extravagante sino expresamente prevista en el art. 42 de la LEC, que regula las cuestiones prejudiciales no penales que se susciten en el proceso civil».

⁴⁷ Redactado por el apartado cuatro de la disposición adicional decimocuarta de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁴⁸ CAYÓN DE LAS CUEVAS, «El debate sobre la acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad civil de la Administración sanitaria: luces y sombras», *Derecho y salud*, núm. 1, 2011. p. 143.

para las reclamaciones conjuntas efectuadas contra el asegurador y la Administración asegurada⁴⁹.

Otro de los argumentos que permiten reconocer la competencia del orden jurisdiccional civil se centra en la interpretación de la redacción del art. 9.4 de la LOPJ en los supuestos en que se demanda exclusivamente a la compañía aseguradora, sin hacerlo *«junto a la Administración»*. Es el caso de la Sentencia de la AP de Málaga de 13 de marzo de 2020 (ECLI:ES: APMA: 2020:843) que entiende que:

«El marco jurídico vigente, incluso tras la modificación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa operada en el año 2015, ha consagrado como criterio general el principio de la vis atractiva de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se reclama de la Administración por cualquier título una responsabilidad por daños, aunque la Administración no sea la única demandada. No obstante, lo anterior, la Sala de Conflictos de nuestro Tribunal Supremo viene manteniendo, de forma reiterada, que corresponde al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo el conocimiento de las reclamaciones que, por responsabilidad patrimonial, se dirijan contra las Administraciones Públicas, bien individualmente, bien conjuntamente contra la aseguradora y los particulares que hayan causado o contribuido a la producción del daño. Sin embargo, cuando la acción de responsabilidad se ejerce únicamente y exclusivamente contra personas jurídicas privadas (concesionaria y/o aseguradora, como es el caso), opción que compete a la reclamante, su conocimiento viene atribuido al Orden Jurisdiccional Civil⁵⁰... Y ello porque en estos supuestos en los que se demanda exclusivamente a la compañía aseguradora, sin hacerlo *«junto a la Administración»* (artículo 9.4 citado), los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo se encuentran sin actividad administrativa que enjuiciar ni revisar, y sin poder determinar, por tanto, si la misma ha sido conforme, o no, con el ordenamiento jurídico administrativo. En esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar. Y tampoco puede迫使se al perjudicado a dirigirse, además de contra la aseguradora, contra la Administración agotando previamente la vía ante la misma para, después de obtener un resultado negativo, promover un recurso contencioso-administrativo, pues esto implica vaciar de contenido el derecho de los perjudicados de dirigirse únicamente y exclusivamente contra el asegurador como les reconoce el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, lo que resulta inadmisible»⁵¹.

⁴⁹ YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de 17 de septiembre de 2020 (473/2020)» op. cit. p. 308.

⁵⁰ Al efecto cabe citar los Autos de esta Sala Especial de Conflictos de Competencia de 16 de diciembre de 2002, 10 de octubre de 2003, 19 de noviembre de 2007, 19 de febrero de 2008, 22 de septiembre de 2008, 18 de diciembre de 2009, 22 de marzo de 2010, 28 de junio de 2010, 18 de octubre de 2010, 11 de abril de 2011, 17 de octubre de 2011, 19 de diciembre de 2013, 12 de junio de 2014, 19 de febrero de 2014 y 4 de diciembre de 2014 y 24 de abril de 2015.

⁵¹ Este mismo planteamiento sigue la Sentencia de la AP de Madrid de 30 de Julio de 2020 (ECLI:ES: APM: 2020:8498), la Sección 21^a estima que: «Tras sucesivas reformas legislativas, se atribuye al orden jurisdiccional contencioso administrativo el conocimiento, con carácter exclusivo y excluyente respecto del orden jurisdiccional civil, de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Y, sobre esta base de atribución con carácter exclusivo y excluyente del conocimiento de la responsabilidad patrimonial al orden jurisdiccional contencioso administrativo, la determinación del orden jurisdiccional (el contencioso administrativo o el civil) al que le corresponde el conocimiento de la acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial si la misma se ejerce «directamente» contra la compañía de seguros que cubría el riesgo de esa responsabilidad patrimonial, se hace en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al indicar

A modo de recapitulación, los fundamentos esgrimidos para reconocer la competencia del orden civil cuando se ejercita la acción directa del art. 76 LCS son los siguientes:

Primero, el art. 35 es una previsión de carácter sustantivo, no procesal, que lo único que hace es establecer que la responsabilidad patrimonial de estas entidades de derecho privado sea cual sea la actividad en que intervengan, estará sometida a los mismos principios que la responsabilidad de la Administración Pública y será exigible con arreglo a los mismos procedimientos que aquella. Este precepto en ningún caso puede dejar vacío de contenido lo establecido en el art. 76 LCS.

Segundo, el art. 35 en ningún caso modifica el art. 9. LOPJ.

Tercero, la interpretación correcta del art. 9.4 LOPJ no implica en ningún caso que la competencia sea del orden contencioso-administrativo cuando se ejercita la acción directa del art. 76 ya que el único supuesto previsto en aquel es aquel en que se demanda para exigir la responsabilidad conjuntamente a la administración y a la aseguradora⁵².

Sobre esta cuestión, YZQUIERDO TOLSADA considera que «quedaba –y queda– por resolver qué jurisdicción debe entender cuando se reclama exclusivamente contra el asegurador de la Administración. En cada caso habrá que considerar si es recomendable acudir a la vía contenciosa de modo conjunto contra la Administración y el asegurador o a la vía civil exclusivamente contra el asegurador. Pero en esta materia, la duda persiste, pues la sucesión de reformas introducidas en la LOPJ se detuvo cuando el legislador estableció la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para las reclamaciones conjuntas efectuadas contra el asegurador y la Administración asegurada...»⁵³. Estima que sería oportuno que se modificara de nuevo el art. 9.4 de la LOPJ reconociendo la competencia exclusiva del orden jurisdiccional civil cuando las acciones se dirijan de manera exclusiva frente a la aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Defiende su postura pues entiende que la competencia del orden

que: «...Igualmente conocerán (los Tribunales del orden jurisdiccional Contencioso Administrativo) de las reclamaciones de responsabilidad (patrimonial) cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva». El empleo, en la redacción de este precepto, del adjetivo «junto», es decir unido al otro, no da margen alguno para la duda en cuanto a su significado, en el sentido de corresponder, el conocimiento de la acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial cuando se ejerce directamente contra la aseguradora de la Administración , al orden jurisdiccional civil en el caso de que la acción tan solo se dirija única y exclusivamente contra la aseguradora , mientras que, por el contrario si, además de dirigirse contra la aseguradora, también se presenta la demanda contra la Administración asegurada , en este caso corresponde la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo».

⁵² En este sentido, GALÁN CORTÉS, considera que aunque es cierto que los esfuerzos del legislador con la ley 40/2015 de RJSP se centran en reconducir todas las reclamaciones por responsabilidad patrimonial al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en aras al principio de jerarquía normativa, todavía es competente la jurisdicción civil ya que el art. 9.4 LOPJ cuando establece la competencia de los Juzgados del orden contencioso-administrativo «de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto con la Administración respectiva». Por ello, a sensu contrario, no conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando se accione directamente contra la aseguradora de la Administración y considera que en estos casos sigue siendo competente el orden jurisdiccional civil. Vid. *Responsabilidad civil médica*, Civitas Thomson Reuters, 2018, pp. 72 y 73.

⁵³ «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2019 (321/2019). La acción directa contra el asegurador de la Administración no permite una petición por cuantía superior a la fijada en el procedimiento administrativo firme», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, núm. 11, 2019, p. 343.

jurisdiccional civil «se puede afirmar merced a una deducción interpretativa, unido al inequívoco apoyo del art. 42.1 LEC. Una deducción que consiste en decir que, si la ley reside en la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las reclamaciones contra Administración asegurada y su asegurador, es porque quiere excluir esa competencia cuando se reclama sólo contra éste último»⁵⁴.

Cabe subrayar que, para los perjudicados, sin duda, una de las mayores ventajas del ejercicio de la acción directa ante la jurisdicción civil es la celeridad en la obtención de la indemnización.

A fin de cerrar este apartado, me gustaría invitar a la reflexión del lector. PANTALEÓN PRIETO cuando estudió los conflictos de jurisdiccionales en materia de responsabilidad extracontractual en 1985, consideraba que la competencia única del orden jurisdiccional civil era «tan buena, si no mejor» que la unidad de jurisdicción en favor de los Tribunales contencioso-administrativos⁵⁵. No obstante, consciente de que el tema era discutible se planteaba la siguiente pregunta: ¿qué es preferible: que los tribunales contencioso-administrativos conozcan de las pretensiones indemnizatorias contra particulares que pueden ser completamente ajenos a cualquier actividad administrativa, o que los tribunales civiles conozcan de pretensiones indemnizatorias contra la Administración, aunque sean por daños derivados de situaciones regidas por normas jurídico-administrativas?⁵⁶

Esta misma pregunta reformulada, puede plantearse sobre el conflicto de jurisdicción objeto de estudio en este trabajo. Conscientes de que cabría la posibilidad de determinar la competencia tanto de la jurisdicción contencioso-administrativa como de la civil cuando se ejerce la acción directa del art. 76 LCS: ¿qué es preferible... que la jurisdicción contencioso-administrativa conozca de pretensiones dirigidas exclusivamente contra la aseguradora de la Administración, una entidad privada, o que la jurisdicción civil declare con carácter prejudicial la responsabilidad patrimonial de la Administración conforme a parámetros administrativos?

Como hemos visto, hay argumentos a favor y en contra de uno y otro orden jurisdiccional. Sin embargo, lo importante y necesario es que se lleve a cabo una reforma legislativa en uno u otro sentido a fin de proteger al tercero perjudicado debidamente y ahorrarle los costes (pecuniarios y temporales) que conlleva esta falta de una clara determinación del orden jurisdiccional competente cuando la asegurada es una Administración pública.

Veamos, a continuación, atendiendo a la legislación vigente, la postura del TS.

3.3. El auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS: 2022:3581A)

⁵⁴ «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2019 (321/2019)...» op. cit. p. 346.

⁵⁵ PANTALEÓN PRIETO. *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, 1985, p. 240. Aunque no se refiere exclusivamente al conflicto de competencia derivado de la acción directa, se refiere a los conflictos de jurisdicción derivados de las pretensiones de responsabilidad patrimonial en general.

⁵⁶ PANTALEÓN PRIETO. *Responsabilidad civil...* op. cit. p. 243.

Era de esperar, en vista de la falta de uniformidad y la contradicción existente en la materia, incluso dentro de las propias audiencias, que la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo se pronunciara sobre la cuestión que nos ocupa.

El Auto de 2 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS: 2022:3581A) cierra, al menos por el momento, el eterno debate de la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración cuando esta tiene contratado un seguro.

El conflicto de jurisdicción tiene su origen en los siguientes hechos:

El 1 de julio de 2020, D.^a Amparo presentó demanda de juicio ordinario ante la jurisdicción civil frente a Segurcaixa Adeslas, S.A., en reclamación de 178.008,90 €, más los intereses del art. 20 LCS, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el diagnóstico y defectuoso tratamiento médico de una dolencia lumbar.

La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.^o 3 de León el cual, mediante el auto de 5 de mayo de 2021, estimó la declinatoria de jurisdicción formulada por la demandada y declaró su falta de jurisdicción para el conocimiento de las actuaciones, al entender que debía conocer de las mismas el orden contencioso-administrativo.

Por este motivo, D.^a Amparo interpuso demanda de nuevo, con el mismo objeto, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-León, con sede en Valladolid, que, por auto de 20 de julio de 2021, declaró, por su parte, no haber lugar a la admisión del recurso, por falta de jurisdicción, al ser competente la jurisdicción civil.

La representación procesal de D.^a Amparo interpuso recurso por defecto de jurisdicción, y teniéndose por interpuesto dicho recurso por el mencionado órgano judicial se acordó la remisión de las actuaciones a la Sala de Conflictos de Tribunal Supremo.

¿Cómo resuelve la Sala el conflicto de competencia? En primer lugar, interpretando el art. 9.4 LOPJ. Entiende que corresponde la competencia al orden jurisdiccional civil ya que se trata de una controversia *inter privatos*; esto es, entre la demandante, por un bien privativo, como es la salud, y los perjuicios económicos sufridos para recobrarla, y una compañía de seguros, legalmente constituida bajo el régimen jurídico de sociedad anónima de capital, sin que la acción se dirija conjuntamente contra ésta y la Administración pública, en uso de la posibilidad legal que oferta el juego normativo de los arts. 2 e) y 21.1 c) de la LJCA (RCL 1998, 1741), sino exclusivamente ejercitando la acción directa del art. 76 de la LCS (RCL 1980, 2295) contra dicha compañía.

Considera el TS que en supuestos como este en que el perjudicado se dirige, directa y exclusivamente, contra la aseguradora, no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo, toda vez que no se da una actuación u omisión administrativa previa que revisar, ni Administración demandada que condenar (sentencias de la Sala 1^a, 616/2013, de 15 de octubre; 321/2019, de 5 de junio, 119/2022, de 15 de febrero).

Refuerza esta posición refiriéndose a un pronunciamiento anterior de la misma Sala de Conflictos, en concreto el Auto de 19 de febrero de 2014 (rec. 42/2013), el cual sostiene que no

cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar cuando se ejercita la acción directa del art.76.

En segundo lugar, sobre el art. 35 LRJSP el Auto del TS efectúa la siguiente reflexión, aludiendo también al mencionado Auto de febrero de 2014: «Alguien puede pensar que, en 2014, efectivamente, no se había llevado a cabo todavía la modificación legislativa introducida por la Ley 40/2015 del RJSP pero, tal y como subraya el tribunal, el art. 35 LRJSP, no impide esta interpretación, ya que dicho precepto se refiere a la legislación administrativa aplicable, no a la jurisdicción competente».

Por ello, concluye que corresponde a la jurisdicción civil resolver los casos de ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS contra la compañía aseguradora, siempre que ésta sea la única demandada, como así se ha expresado la sentencia del Pleno de la Sala 1.^a 321/2019, de 5 de junio, en cuyo caso se delimitará la responsabilidad de la compañía de seguros, tras determinarse la propia de la entidad pública asegurada, lo que conforma una cuestión prejudicial contencioso-administrativa del art. 42 de la LEC, susceptible de decidirse ante el orden jurisdiccional civil, mediante la aplicación de la normativa de derecho administrativo que la rige (sentencias de la Sala de lo Civil 579/2019, de 5 de noviembre; 473/2020, de 17 de septiembre y 501/2020, de 5 de octubre, entre otras).

4. Reflexiones finales

La acción directa del perjudicado frente al asegurador no es una acción de responsabilidad extracontractual a diferencia de la que tiene el perjudicado frente a la Administración responsable del daño. Se trata de una acción que nace de un contrato privado como es el contrato de seguro. Además, ni siquiera es posible excluirla en el mismo contrato por voluntad de las partes al tratarse de un derecho que la ley reconoce al mismo perjudicado para reclamar directamente al asegurador sin tener que demandar conjuntamente al asegurado. Ello se debe a que la esencia de la acción directa es conceder a la víctima un derecho sustantivo, subjetivo, concreto, e independiente del que le corresponde contra el causante del daño, susceptible de ser ejercitado de forma también aislada y directamente frente a la compañía aseguradora dentro de los límites de la cobertura contratada. Por ello, si la intención del legislador es acabar con este debate de una vez por todas, considero que necesariamente debe realizar una reforma legislativa contundente y precisa.

A mi juicio, las posibilidades que podrían terminar con este debate son las siguientes:

1. Establecer el litisconsorcio pasivo necesario, modificando el tenor de los arts. 76 LCS y 9.4 LOPJ teniendo en cuenta las peculiaridades que supone que la asegurada sea una Administración pública.

Una posible redacción del art. 9.4 LOPJ sería:

«Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la

actividad o el tipo de relación de que se derive, acumulándose todas las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de un mismo hecho. **Cuando a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Además, conocerán de las pretensiones de responsabilidad patrimonial que se dirijan frente a la Administración y su aseguradora».**

Respecto al art. 76 LCS podría añadirse un segundo apartado:

«El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

Cuando la asegurada sea una Administración pública la acción habrá de ejercitarse contra aseguradora y asegurada ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo».

Con una modificación de esta índole quedaría zanjado el debate de la jurisdicción competente cuando se ejerce la acción contra la aseguradora de responsabilidad de las Administraciones Públicas. Al establecerse el litis consorcio pasivo necesario se disfrutaría de sus ventajas salvando numerosos inconvenientes al ser tratadas todas las cuestiones ligadas al surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración y a la cobertura del contrato de seguro en un mismo proceso judicial. Sin embargo, esta posible solución no me convence plenamente ya que se pierde la naturaleza de la acción directa privando al particular de la posibilidad de ejercitarse la misma de manera autónoma e independiente frente a la aseguradora de la Administración.

2. Determinar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se ejerce la acción del art. 76 LCS frente a una aseguradora de la Administración. Quizá, de decantarse por esta posibilidad, sería útil tomar como base lo dispuesto en el art. 25. 4 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Dicho precepto prevé que «en reclamaciones sobre accidente de trabajo y enfermedad profesional se podrán acumular todas las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de un mismo hecho, incluso sobre mejoras voluntarias, que el trabajador perjudicado o sus causahabientes dirijan contra el empresario u otros terceros que deban responder a resultas del hecho causante, incluidas las entidades aseguradoras, salvo que hayan debido tramitarse mediante procedimiento administrativo separado, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 30».

Podría, en este caso modificarse el art. 21.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (sin perjuicio de que además se modificara el art. 9.4 LOPJ en este sentido). Una posible redacción del mismo sería:

«Se considera parte demandada:

a) Las Administraciones públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso.

b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.

c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, cuando se ejercite exclusivamente frente a ellas la acción directa».

El problema, como he anticipado es que los juzgados contencioso administrativo deberán conocer de una acción dirigida exclusivamente frente a una entidad privada. No obstante, llegado este punto, creo importante señalar que subyace al debate una cuestión de fondo que tiene que ver con la función de la jurisdicción contencioso-administrativa. Históricamente, se ha considerado como una jurisdicción revisora de actos administrativos. Sin embargo, me inclino a pensar que la doctrina administrativista (y las reformas legales) la consideran cada vez más como una jurisdicción que fiscaliza la actuación material de la Administración. Si es así, no habría razón para llevar la acción directa contra la aseguradora de la Administración Pública a la jurisdicción civil, lo que inclina la balanza a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

3. Determinar la competencia de la jurisdicción civil. En este caso, entiendo que la reforma implica que se modifique necesariamente el tenor del art. 9 LOPJ (números 2 y/o 4).

Otra posibilidad, como apunta LÓPEZ JIMÉNEZ, sería que los tribunales civiles continuaran conociendo de la acción directa, pero aceptando que la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración es una cuestión prejudicial devolutiva, en aplicación de la excepción prevista en el artículo 42.3 LEC, por lo que éstos tendrían que suspender el proceso civil a la espera de que se pronuncie el orden contencioso-administrativo. Entiende que sólo así pueden tener solución muchos de los problemas, aunque no todos, que se presentan actualmente ante el ejercicio de esta acción⁵⁷. Sin embargo, creo que esta posibilidad empañaría la eficacia de la acción directa como mecanismo que pretende agilizar la indemnización del tercero perjudicado.

4. Tomando como referencia la solución adoptada en Francia, efectuando las reformas legales pertinentes, se podría permitir la competencia de ambas jurisdicciones atendiendo a la naturaleza del contrato de seguro... no obstante, creo que toda aquella opción que permita la intervención de ambas jurisdicciones continuará resultando problemática. Si bien, aunque en el sistema francés esté determinada claramente la competencia de uno u otro tribunal dependiendo de si el contrato puede ser clasificado como público o privado, siguen surgiendo dudas sobre la jurisdicción competente.

5. Diseñar un régimen legal propio para el seguro de responsabilidad patrimonial⁵⁸ que se decante por una u otra jurisdicción con precisión.

De todo lo expuesto, cabe concluirse que existen diversas posibilidades y diversos argumentos tanto a favor o en contra de uno u otro orden jurisdiccional (civil o contencioso-administrativo)

⁵⁷ JIMÉNEZ LÓPEZ, «Disfunciones procesales derivadas del ejercicio de la acción directa y de las acciones de regreso en caso de seguro de cobertura de responsabilidad de la Administración Pública», La Administración al día, 2022. Disponible en: <https://laadministraciondiala.inap.es/noticia.asp?id=1513178> [Último acceso 30-12-2022]

⁵⁸ En este sentido, GÓMEZ LIGUERRE, «La acción directa de la víctima...» op. cit. 1182.

y que no existe una solución perfecta (si así fuera, pienso que se habría adoptado hace tiempo). Si tras la hipotética reforma continúan resolviendo exclusivamente los tribunales civiles, han de seguir aplicando parámetros administrativos para determinar con carácter prejudicial la responsabilidad de la Administración y se ignoran las reformas llevadas a cabo hasta la fecha a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa; si se determina la competencia única de los tribunales administrativos cuando se ejerce la acción prevista en el art. 76, resolverán una pretensión ejercitada exclusivamente frente a una entidad de privada, la aseguradora de la Administración. Por tanto, y a pesar de las imperfecciones jurídicas que supone decantarse por una u otra jurisdicción, solo queda esperar a que el legislador se lance a dar el paso definitivo zanjando una controversia ya añeja y que clama por una respuesta legislativa contundente, que ojalá no se haga esperar varias décadas más.

Independientemente de que se fije la competencia del orden jurisdiccional civil o contencioso administrativo, considero que lo importante es que perdure la esencia de la acción directa y que la solución llegue lo antes posible para acabar con la inseguridad jurídica y las pérdidas de tiempo y monetarias que esta supone a quienes sufren un daño causado por una Administración pública asegurada.

Mientras no llegue la reforma, entiendo que es competente el orden jurisdiccional civil atendiendo a la legislación vigente. En consecuencia, estoy de acuerdo con el pronunciamiento de la Sala de Conflictos del TS cuando considera la cuestión como un conflicto/controversia *inter privatos* y cuando declara competente a la jurisdicción a la civil en aquellos casos en que se ejerce la acción directa del art. 76 LCS, en esta ocasión con referencia expresa al alcance del art. 35 LRJSP. La postura adoptada por el Alto Tribunal en este Auto es, a mi entender, poco sorprendente y coherente con la postura que viene manteniendo la Sala 1^a del TS hasta la fecha.

5. Bibliografía

BUSTO LAGO, José Manuel. «Ejercicio de la acción directa frente a la entidad aseguradora de la Administración Pública (Penúltimas consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)», *Aranzadi Civil*, núm. 2, 2005, pp. 2125-2166.

CARRASCO PERERA, Ángel. «Solidaridad no propia de la compañía aseguradora de la responsabilidad civil», *Publicaciones Gómez Acebo & Pombo*, 2019, Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-solidaridad-no- propia-de-la-compania-aseguradora-de-responsabilidad-civil/>

CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. «El debate sobre la acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad civil de la Administración sanitaria: luces y sombras», *Derecho y salud*, núm. 1, 2011, pp. 135-145.

COELLO DE PORTUGAL MARTÍNEZ DEL PERAL, Íñigo. «El plazo de prescripción de la ‘acción directa’ del tercero perjudicado frente a la aseguradora», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 53, 2015, pp. 27-34.

GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*, Civitas Thomson Reuters, 2018, pp. 72 y 73.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Alejandro. «La acción directa contra el asegurador y el principio de inmunidad de la misma», *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 2, 2017, p. 9.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos. «Paso a nivel», *InDret*, núm.3, 2003, pp. 1-23

- «Dos veces en la misma piedra», *InDret*, 2003, núm. 1, 2003.
- «La acción directa de la víctima contra la compañía aseguradora de la responsabilidad civil: viejos debates y nuevos problemas», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños* (Coord. ATAZ LÓPEZ; COBACHO GÓMEZ), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 1181 y 1182.

HUERGO LORA, Alejandro. «El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Pùblicas», *InDret*, núm.3, 2003, pp.1-17.

JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las Nieves. «La acción directa del perjudicado frente a la aseguradora y las acciones de repetición de la aseguradora», en *Responsabilidad Médico-Sanitaria* (Dir. HERRADOR GUARDIA, Mariano José), Sepin, 2022, p. 673.

- «Disfunciones procesales derivadas del ejercicio de la acción directa y de las acciones de regreso en caso de seguro de cobertura de responsabilidad de la Administración Pública», La Administración al día, 2022. Disponible en: <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1513178> [Último acceso 30-12-2022]

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier. «La acción directa contra la aseguradora de la Administración», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 14, 2005, pp. 26-30.

MIR PUIGPELAT, Oriol. «La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa», *InDret*, núm. 3, 2003.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel. «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (Arts. 68 a 79)», *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (Coord, VERDERA Y TUELLS, Evelio), Madrid, 1981, p. 906.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, 1985, p. 240.

REGLERO CAMPOS, Fernando. «El seguro de responsabilidad civil», en *Tratado de responsabilidad civil* (Coord. REGLERO CAMPOS, Fernando; BUSTO LAGO, José Manuel), Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 1481.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. «Artículo 76», *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (Dir. SÁNCHEZ CALERO, F), Thomson Reuters Aranzadi, 2010, p. 1725.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente. «Reclamación civil por deficiente asistencia sanitaria pública: STS-CIV núm. 321/2019, de 5 de junio», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2019.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2019 (321/2019). La acción directa contra el asegurador de la Administración no permite una petición por cuantía superior a la fijada en el procedimiento administrativo firme», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, núm. 11, 2019, p. 343.

- «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de 17 de septiembre de 2020 (473/2020): Fijada la indemnización en procedimiento contencioso-administrativo entablado exclusivamente contra la Administración, y satisfecha la misma por la compañía aseguradora, no procede acción directa contra ésta en reclamación de los intereses moratorios», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, Vol. 12, 2020, pp. 302 ss.

Blockchain as an opportunity to upgrade the right to vote in listed companies

Briseida Sofía Jiménez-Gómez
Universidad Complutense de Madrid

Abstract

Voting rights in listed companies have traditionally not reached its potential. Blockchain technology offers an opportunity to foster participation by shareholders. The purpose of this study is to analyze the suitability of blockchain for corporations as a tool to overcome the current model inconvenience. An examination of key aspects, advantages and drawbacks of blockchain technology sets the scene for intertwining with the right to vote in listed companies. Legal modifications within the European Union law context are explained to capture the intention of the EU legislature to promote shareholder engagement. Despite this new movement to engage in more transparency and participated companies, some inconsistencies are still in place. A constructive criticism to the current state of law is necessary to upgrade the corporation decision cycle by technological options to vote in listed companies.

Sumario

Los derechos de voto en las sociedades cotizadas no han alcanzado todo su potencial. La tecnología blockchain ofrece la oportunidad de fomentar la participación de los accionistas. Este estudio tiene como propósito analizar la adecuación de la tecnología blockchain para las sociedades como herramienta para superar el inconveniente modelo actual. Las ventajas y desventajas de la tecnología blockchain se examinan como aspectos clave para proyectarse en el derecho de voto en las sociedades cotizadas. Se explican los cambios jurídicos dentro de la normativa de la Unión Europea, con objeto de capturar la intención del legislador de la UE para promover la implicación de los accionistas. A pesar de este nuevo movimiento para introducir más transparencia y crear sociedades participativas, se aprecian varias incoherencias. Una crítica constructiva del estado actual de la legislación puede resultar en una mejora de la toma de decisiones corporativas, mediante la implementación de opciones tecnológicas para votar en las sociedades cotizadas.

Título: *Blockchain como oportunidad para promover los derechos de voto en las sociedades cotizadas.*

Keywords: voting right, cross-border vote, blockchain, listed companies, corporate modernization

Palabras clave: *derecho de voto, voto transfronterizo, blockchain, sociedades cotizadas, modernización de las sociedades*

DOI: 10.31009/InDret.2023.i1.03

Recepción
29/07/2022

Aceptación
05/01/2023

Índice

-
- 1. Introduction**
- 2. Blockchain Technology**
 - 2.1. Advantages of Blockchain Technology
 - a. Immutability
 - b. Security
 - c. Transparency
 - 2.2. Disadvantages of Blockchain Technology
 - a. Cost
 - b. Decentralization
 - c. Transparency
 - d. Data protection
 - c. Cybersecurity
 - 2.3. Interaction between blockchain and cross-border voting
 - a. The Spanish market
 - b. The Delaware effect
- 3. A Problem in Listed Companies and the Stock Market**
 - 3.1. Shareholder absenteeism
 - 3.2. Source of the problem: the securities holding system
 - 3.3. Steps towards modernization of company law
 - a. Shareholder Rights Directive I
 - b. Shareholder Rights Directive II
 - c. Inconsistencies of the Shareholder Rights Directive II
 - d. Result of both Directives
 - e. Efficiency gains helping compliance with Commission Regulation (EU) 2018/1212
- 4. Alternative for voting rights in listed companies**
 - 4.1. With trusted third party
 - 4.2. No trusted third party
 - a. Most advanced model
 - b. Mixed models
- 5. Blockchain is nothing more than a technical solution**
 - 5.1. Economic interests and regulation
 - 5.2. Post-pandemic companies
 - 5.3. At the expense of intermediaries
- 6. Concluding remarks**
- 7. Bibliography**

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

1. Introduction*

A regulatory dilemma exists when new technologies are born. When is the right time to regulate them in order to provide greater security to operators? or can regulation act as an obstacle to technological innovation?¹

When technology produces a certain risk, it is best for judges to compare costs and benefits of implementing the new technology, as they are in a better position to acquire the information they need within a litigious process. However, uncertain technologies can be dangerous if they are not foreseen as they can be used at the time of technological innovation. The legislator is best positioned to assess the degree of uncertainty that society is willing to tolerate with new technologies that are considered uncertain. Self-driving cars are an example of risky technology, while 3D printers would be an example of uncertain technology².

Blockchain represents an opportunity because an entire voting process in a listed company is in the hands of its shareholders. The voting process through blockchain is transparent, decentralized and in principle bottom-up. That is why it can be said that participation in a blockchain-enabled e-voting system reinforces primacy of shareholders.

Voting in listed companies has traditionally not reached its potential. Blockchain technology offers a timeliness to foster shareholders' participation. Nevertheless, blockchain protocol is quite complicated, which can present itself as a barrier for the public to accept, recognize, trust, and finally use it for voting. Moreover, designed policies of the blockchain network reflect the values of computer scientists who design the code, no matter how much it is stressed that it is a neutral technology.

The purpose of this study is to analyze the suitability of blockchain for corporations as a tool to overcome the current model inconvenience for shareholders rights, in particular the right to vote. An examination of key aspects, advantages and drawbacks of blockchain technology sets the scene for intertwining with the exercise of voting rights in listed companies (section 2). In this section, Delaware law is described as it may be an example of a flexible model in relation to blockchain introduction in corporate law. Afterwards, shareholder passivity is explained focusing on complexity of the current securities holding system (section 3). Legal modifications within the EU law context are explained to capture the EU legislative intention to promote shareholder engagement. The transition between the Directive 2007/36 on the exercise to

* ORCID 0000-0003-0862-8188. This work has been carried out within the framework of the national research project «Gobierno Corporativo: Desafíos Regulatorios ante la Digitalización del Derecho de Sociedades» (PID2019-104019RB-I00), funded by the Ministry of Science and Innovation. A part of this work was presented in the International Conference *Temi attuali di Governo dei Gruppi Societari* at Lluis University held in Rome during 30, 31 March and 1 April 2022.

¹ In Spanish literature, NAVARRO LÉRIDA, María del Sagrario, «El poder de decisión societario y blockchain», en MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas (Dir.), *Revolución digital, Derecho mercantil y token economía*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 287-303, pp. 287-288.

² KOLACZ, Marta, QUINTAVALLA, Alberto, YALNAZOV, Orlin. «Who Should Regulate Disruptive Technology», *European Journal of Risk Regulation*, 10(1), 2019, pp. 4-22. These authors distinguish between a risky technology and an uncertain technology.

shareholder rights in listed companies (Shareholder Rights Directive I)³ and Directive 2017/828 on long-term shareholder engagement (Shareholder Rights Directive II)⁴ is evaluated. Despite this new movement to engage in more transparency and participated companies, some inconsistencies are still in place. A constructive criticism to the current state of law can be solved by technological options to vote in listed companies as an opportunity to upgrade the corporation decision cycle as convenience. Technological options to incorporate voting via blockchain are examined in the following section (section 4). Next, the analysis mentions economic interests to regulate, pandemic effects and the power of intermediaries in capital markets as they are factors to consider in order to understand the current situation (section 5). Some conclusions are reached on the positive effects that blockchain can bring to a corporation decision making process (section 6).

2. Blockchain Technology

2.1. Advantages of Blockchain Technology

Blockchain is a way to communicate and store information in a system without the need for an intermediary. It is considered a new global resource. A blockchain is a network of nodes, where nodes are responsible for acting as a communication point that can carry out different functions. Nodes in the network can communicate directly with each other. In general, a node is a point where it is possible to receive, send, or create a message.⁵

Instead of storing data individually, data is encrypted and collected in a block using cryptographic techniques. There are two types of keys that are used to encrypt or decrypt data depending on the sender and receiver of the information. The message is encrypted with a private key known only to the sender and the receiver can decrypt it using a public key provided by the sender. A ledger is a "place" to record all transactions that occur in the system. It is similar to a ledger or record of transactions carried out, which acts like a database with the information organized in a certain way.

Most significant properties of blockchain technology are immutability, security and transparency.

a. *Immutability*

Immutability is considered essential to data integrity. Users are allowed to enter new transactions but not to modify or delete what has been entered. Information is collected in blocks. Each block is linked to the previous block and is checked with a timestamp. Blocks are encrypted separately and stored in chronological order, creating a chain. In addition, it is possible to get a succinct cryptographic summary, which is a short string that avoids storing the

³ Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, OJ L 184, 14.7.2007.

⁴ Directive (EU) 2017/828 of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the promotion of long-term shareholder engagement, OJ L 132/1, 20.5.2017.

⁵ EU Union Blockchain Observatory And Forum, *Blockchain and the GDPR*, 33 (16 Oct. 2018), https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/20181016_report_gdpr.pdf?width=1024&height=800&iframe=true

entire ledger. Consequently, any manipulation of the ledger would be reflected in the cryptographic summary⁶.

b. Security

Making a secure transaction without intermediaries requires a secure system or protocol for transferring assets, as well as protection against transferring assets twice (double spending problem) and an immutable record of asset ownership that can be updated automatically and securely, the ledger.

Information is stored collectively in a peer-to-peer network, so the communication infrastructure is distributed and not centralized. All nodes are connected creating a global data structure. There are two types of nodes depending on the role they play: participating nodes and validating nodes. While participating nodes store synchronized copies of data, validation nodes can add data to the ledger, according to a consensus mechanism based on an agreed algorithm. Validation nodes have computational power and software to validate transactions⁷.

In addition, participating nodes can be full nodes or light nodes, depending on the amount of data stored by them. The nodes that store a copy of all the data are full nodes, which ensures the security and correctness of the data. In contrast, a lightweight node appears when a user is connected to a participating node; but to add data, you need to connect to a full node that synchronizes with the current state of the network. Therefore, lightweight nodes do not require as many resources at the expense of security⁸. Distributed ledger allows for greater security than central systems of record, because peer-to-peer networking and distributed data storage provide multiple copies of a single ledger between participants in the system, so that all participants have a shared history of all transactions in the system.

c. Transparency

Blockchain technologies can be classified according to how information is accessed and how information is added and validated. Blockchains can be public or private and require authorization or not require authorization.

A public blockchain means that everyone can access the network, as opposed to a private blockchain where only a certain set of individuals have access to the network⁹. Parties on a

⁶ FENTON, Bruce, «It is Better to Lose Your Investment Than Lose Your Blockchain», *Medium* (17 June 2016), <https://medium.com/@brucefenton/its-better-to-lose-your-investment-than-lose-your-blockchain-2907a59d5a40> («The strength of blockchain tech is that it is a ledger, a statement of truth. That ledger is only as good as its resistance to censorship, change, demands or attack»)

⁷ ZETZSCHE, Dirk A. et al., «The Distributed Liability of Distributed Ledgers: Legal Risks of Blockchain», *University of Illinois Law Review*, vol. 2018, No. 4, pp. 1361-1407, p. 1371 (2018).

⁸ EVANS, John, *Blockchain Nodes: An In-Depth Guide*, NODES.COM, <https://nodes.com> (last consultation 26/03/2022).

⁹ LEWIS Rebecca, et al., *Blockchain and Financial Market Innovation*, FED. RES. BANK OF CHICAGO (2017), <https://www.chicagofed.org/publications/economic-perspectives/2017/7>.

private blockchain are often members of a group or will have to be authorized.¹⁰ Transparency is a trait of blockchain but in a private blockchain only authorised members have full transparency which contrasts with public blockchains.

Another consequence of creating a public network as opposed to a private network is the need for an economic incentive for operation of the blockchain. While in a public network economic incentives will be necessary for the blockchain to work, it is not necessary to build the blockchain in exchange for a price represented by tokens in a private network. That is, mining is not necessary, since the contract that configures the private blockchain can define the protection measures of the network and its nodes.¹¹

Depending on who can add information to the network, blockchains can be structured allowing anyone to publish on the network, it is "permissionless"¹², nobody needs authorization. The most well-known blockchains without need for authorization from anyone are Bitcoin and Ethereum. In contrast, a "permissioned" blockchain only allows an individual to add information to the network if they have prior authorization¹³. Examples of "permissioned" blockchain are Hyperledger, R3CEV¹⁴ and Corda.

Under public and permissionless blockchain applications, all parties can download the open software and participate in the network, without asking for prior permission and without the need to reveal their identity. Therefore, from the point of view of data protection, creation of a public and permissionless blockchain is not indifferent. For example, all data is on the Bitcoin blockchain, except for owners' identities¹⁵. Content of a document is simplified into a hash through a hash function. The result of the hash function is a string of digits to the input data called hash value¹⁶. The block header is composed of the hash of the previous block, the timestamp, and other metadata information¹⁷. This information is public and creates an automatic proof of position and ownership of each block in the chain¹⁸. In principle, the private key is necessary, it is not stored in the ledger but in the owner's wallet.

However, anyone can see who owns each block because of the block heading, so it is possible to loop through the chain by following the links. Therefore, to protect privacy of shareholders

¹⁰ JOSHI, Archana Prashanth, *et al.*, «A survey on security and privacy issues of blockchain technology», *Mathematical Found. Of Computing*, Vol. 1. No. 2, pp. 121-147, §§ 2.2, 2.4 (May 2018), <https://www.aimsceances.org/article/doi/10.3934/mfc.2018007>

¹¹ IBAÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao, *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 56.

¹² *Blockchain and the GDPR*, European Union Blockchain Observatory and Forum, (16/10/2018), p. 14, https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/20181016_report_gdpr.pdf?width=1024&height=800&iframe=true

¹³ *Ibid.*, p. 15.

¹⁴ YERMACK, David, «Corporate Governance and Blockchains», *Review of Finance*, Vol. 21. No.1, 2017, pp. 7-31, p. 16.

¹⁵ DE FILIPPI, Primavera, WRIGHT, Aaron, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Harvard University Press, 2018, p. 68.

¹⁶ BACON Jean *et al.*, «Blockchain Demystified: A Technical and Legal Introduction to Distributed and Centralized Ledgers», *Richmond Journal of Law and Technology*, Vol. XXV, No. 1, 2018, pp. 1-106, p. 9.

¹⁷ *Ibid.*, pp.12-13. See JOSHI *et al.*, *op.cit.*, § 2.3.

¹⁸ UMEH, Jude, «Blockchain Double Bubble or Double Trouble?», 58 *ITNOW*, 2016, p. 59.

would be to use a different digital wallet for every transaction¹⁹ or even that code structures every transaction in different wallets at once²⁰.

With public and permissioned blockchain applications, anyone can gain access to the network, but authorization is needed to be able to add information. The Alastria Project in Spain is an example of this type of network.²¹ It is the first multisectoral consortium promoted by companies and institutions for the establishment of a blockchain with semi-public infrastructure, without embedded cryptocurrency. The aforementioned project effectively supports services in Spain and in accordance with the European Data Protection Regulation. Repsol, Bankia, Cepsa, MAPFRE, Banco Sabadell, Ferrovial and Grupo Red Eléctrica are partners for a project on verification of supplier documentation and access xontrol (DIGITALIS)²². It seeks to create a unique digital identity for supplier companies²³. Another project (DALION) consists of allowing people to have their personal data in a single digital identity, backed by collaborating entities and stored in their own wallet of identity. The participating companies are Santander, Bankia, CaixaBank, Naturgy and Repsol²⁴. Some cities and regions are using blockchain to facilitate administrative procedures. At the local level, we can mention Alcobendas in Madrid and at the regional level, Junta de Galicia.

Private and permissioned blockchains are suitable for businesses in highly regulated industries, such as banking and financial institutions. In a permissioned blockchain applications, an authority or consortium decides who can participate in recording information in the shared database²⁵. Therefore, assignment of responsibilities may be easier, because the consortium or central authority ultimately retains control and sets limits on who can access. For example, the Ripple protocol, which is used by banks, is based on a network of selected participants that validates transaction records²⁶. Pilot tests that have been developed in practice for voting at the General Shareholders' Meeting and for the clearing and settlement of securities use private blockchains as well²⁷.

¹⁹ Just as there are single-use virtual debit jacks.

²⁰ JIMÉNEZ-GÓMEZ, Briseida Sofía, «Risks of Blockchain for Data Protection: A European Approach», *Santa Clara High Technology Law Journal*, vol. 36, No. 3, 2020, pp. 281-342, pp. 333-338.

²¹ Alastria: Association of Decentralized Technologies/Blockchain (2020), <https://www.alastria.io/> The first of today's networks of partner nodes Alastria (Red-T) is built on Quorum technology. The second of the networks (B-Net) is built on Hyperledger Besu. The partners of Alastria herself have defined how a platform blockchain agnostic, so they do not entrust development to a single platform. They created yet another type of network based on HyperLedger Fabric (from The Linux Foundation) and try to interconnect the three networks and with other networks in the future.

²² <https://prensa.bancsabadell.com/es/Noticias/2019/06/digitalis-primeraplataforma-blockchain-para-la-creacion-y-validacion-distribuida--de-identidad-digital-de-proveedores>

²³ Each certificate and document reviewed by its client companies will be validated and registered in a univocal and immutable way on its digital identity, being able to be reused in any subsequent contracting process with the same or with other client companies, without the need to repeat the transaction.

²⁴ «Santander, Bankia, CaixaBank, Naturgy y Repsol impulsan un modelo de identidad digital autogestionada», *Cinco Días*, 5/11/2020, han hecho sobre una de las infraestructuras *blockchain* (Ethereum-Quorum) del consorcio Alastria https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/11/05/companias/1604592642_776772.html

²⁵ LEWIS *op.cit.*

²⁶ BUTERIN, Vitalik, «Introducing Ripple: A Detailed Look at Cryptocurrency's New Kid on the Block», Bitcoin Magazine (26/02/2013), <https://bitcoinmagazine.com/articles/introducingripple>.

²⁷ YERMACK, *op.cit.*, p. 9. VAN DER ELST, Christoph, LAFARRE, Anne, «Blockchain and Smart Contracting for the Shareholder Community», *European Business Organization Law Review*, 2019, No. 20, pp. 111-137, pp. 130-131.

Private and permissioned blockchain applications tend to be faster than public ones, as the consensus mechanism is not based on "Proof of Work," but on "Proof of Stake," and the pool of participants may be smaller than on blockchains that do not require permission²⁸. The distinction between "Proof of Work" and "Proof of Stake" comes from how transactions are validated²⁹. A miner is a node that calculates hash values. Each node in the network calculates the hash value in "Proof of Work" (PoW³⁰). Miners add a random number, called a nonce, to the block header to create a valid block³¹. In contrast, a "Proof of Stake" (PoS) protocol involves miners being able to mine or validate transactions in a block depending on how much cryptocurrency the user owns³². Validators are the nodes that mine, but the decision on which node to validate a block, although done randomly, gives greater probability to those who meet a series of criteria, in particular the amount of currency reserved and time of participation in the network. PoS can save electricity costs and enable faster blockchains, bringing better security and scalability to the networks that deploy it³³. In addition, miners in PoS earn a transaction fee based on their contribution to the network by freezing their coins as a deposit. Therefore, the reward is a transaction fee proportional to the amount they have invested³⁴.

2.2. Disadvantages of Blockchain Technology

Some disadvantages of blockchain technology should also be mentioned. Cost, decentralization, transparency, data protection and cybersecurity can pose a challenge.

a. Cost

A corporation faces the cost of creating a blockchain system specifically to reflect the characteristics of choice within the listed company, or the opportunity to use a known blockchain network as a base. This second alternative is known as "piggyback" because it is based on an already established network which in principle should save costs and be easier. The Ethereum network could be used, for example.

Very different opinions have been expressed about the cost of establishing a blockchain in the stock markets. We can cite the opinion of the president of the German Central Bank in 2019, who rejected the use of blockchain technology to transfer and offset values following the pilot project carried out that resulted in it being slower and more expensive than currently employed

GALLEGÓ CÓRCOLES, Ascensión, «El Blockchain en la Junta General», en MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas (Dir.), *Revolución digital, Derecho mercantil y token economía*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 306-339. NAVARRO LÉRIDA, María del Sagrario, «El poder de decisión societario y blockchain», en MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas (Dir.), *Revolución digital, Derecho mercantil y token economía*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 287-303.

²⁸ SHARMA, Toshendra K., «Advantages and disadvantages of permissionless blockchain», *Blockchain Council* (Oct. 3, 2018), <https://www.blockchaincouncil.org/blockchain/advantages-and-disadvantages-of-permissionless-blockchain/>.

²⁹ *Proof of Work vs Proof of Stake*, BITDEGREE (Last Updated: November 27, 2021), <https://www.bitdegree.org/tutorials/proof-of-work-vs-proof-of-stake/>.

³⁰ *Ibid.*

³¹ BACON *op.cit.*, p. 24

³² JOSHI, *op.cit.*, §2.4.

³³ BUTERIN, VITALIK, *On Stake*, Ethereum Blog (05/07/2014), <https://blog.ethereum.org/2014/07/05/stake/>

³⁴ *Vid.*, Proof of Work vs Proof of Stake, BITDEGREE, *op.cit.*

methods³⁵. However, the European Central Bank published a report in 2021 on the use of distributed ledger technology for market post-contracting processes, concluding that applying DLT to these processes could result in cost savings and efficiency gains³⁶. Rather what is feared is that implementation of blockchain technology will result in a delay in achieving capital market integration. Indeed, European doctrine has already warned of the risks of blockchain legislation that can create a world similar to those of intermediated securities holding where several laws have to be consulted to determine rights of investors³⁷. Any uncoordinated national initiative in the European market can pose a threat to the EU's monetary and financial Union.³⁸ In addition, with respect to cost as any investment if applied to the stock market, costs will be saved in the long term.³⁹

b. Decentralization

Regarding the characteristic of decentralization, the example of DEFI or decentralized finance has been criticized because it would produce an "illusion" as the need for governance makes inevitable a certain level of centralization and structural aspects of the system lead to a concentration of power⁴⁰. Current vulnerabilities could lead to undermining financial stability if expansion of the system were to become widespread. However, it is noteworthy that DEFIs are developed through "permissioned blockchains".

Therefore, although the core of blockchain technology is to be conceived as a tool that allows decentralizing things that we always thought needed centralization, the mere invention of this technology is not enough to ensure that it is used or used in the way it was intended, because it will only be decentralized to the extent that people decide to use it that way.⁴¹

c. Transparency

³⁵ PARSONS, Joe, «German Central Bank: Blockchain slower and expensive to implement», (31/05/2019) <https://www.thetradenews.com/german-central-bank-blockchain-slower-expensive-implement/>.

³⁶ EUROPEAN CENTRAL BANK, *The use of DLT in post-trade processes*, (Aspectacles 2021), p. 2 https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.20210412_useofdltposttradeprocesses-958e3af1c8.en.pdf

³⁷ LEHMANN, Matthias, «National Blockchain Laws as a Threat to Capital Markets Integration», *Uniform Law Review*, Vol. 26, No. 1, 2021, pp. 148-179.

³⁸ Regulation (UE) 2022/858 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022, on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology, and amending Regulations (EU) No 600/2014 and (EU) No. 600/2014 and (EU) No 909/2014 and Directive 2014/65/EU, OJ L 151/1, 2.6.2022.

³⁹ STRASSMAN, Ryan, «XII. Delaware Explicitly Legalizes Corporate Documentation Road Blockchain», *Developments in Banking and Financial Law*, 2017, pp. 166 ss, pp. 170-171: Currently, the fees associated with the settlement and clearing of post-transaction operations are estimated at approximately \$100 billion. Technology Blockchain it has the potential to completely eliminate intermediaries who charge transaction fees. These nodes are dedicated to confirming the validity of the command. This self-verification process removes for-profit intermediaries from transactions. This cost-cutting capability is a primary goal of those currently exploring the implementation of blockchain. The potential annual cost savings from such an implementation could reach \$10 billion for each of the world's largest investment banks.

⁴⁰ MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas, «Aspectos sobre las finanzas descentralizadas DEFI, protocolo de préstamos», *Revista de Derecho de Mercado de Valores*, No. 29, 2021.

⁴¹ MAGNUSON, William, *Blockchain Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 67.

System transparency is a point of concern because transaction data is not only available to participants in the network, but also, according to BlockExplorer, to anyone else⁴². Therefore, quid pro quo exists, as a more transparent network undermines privacy. On the other hand, a permissioned blockchain is inherently private because a participant needs acceptance from the administrator to join the network. The administrator role is like a guardian. In these systems, not everyone can see transaction data. Only participants who belong to the network. From a privacy standpoint, tweaking a permissioned blockchain can be a solution to comply with most data protection regulations. In fact, private and permissioned blockchains are generally designed for a specific purpose, in contrast to public blockchains that tend to realize an overall goal. In this sense, it will be the issuing company that structures the voting procedure if it considers that in addition to being private, the blockchain network should be permissioned, so that only certain people can validate transactions and shareholders enjoy anonymity⁴³. In case of a takeover bid, it may be more interesting to establish a public blockchain to avoid hostile positions.⁴⁴

d. Data protection

One of the challenges facing such disruptive technology is compliance with the European Data Protection Regulation and national privacy laws while registering votes in a blockchain system⁴⁵. However, it is technically possible for blockchain technology to adapt to data protection regulation and thus, to meet the objective of having an efficient voting system in listed companies, being more transparent for investors⁴⁶.

e. Cybersecurity

Finally, cybersecurity is one of the most worrying drawbacks. Not exclusively referred to a vote in a shareholders' meeting, a voting system on the blockchain due to its consensus technological properties presents some concerns when fraud arises. For example, when a hole in security is discovered within the code, it cannot be corrected until all users vote⁴⁷.

Permissioned blockchains can be more vulnerable, as the network is based on selected parts that could be a target for hackers or the parties could agree to manipulate the blockchain⁴⁸. Perhaps the fact that there is an entity (a third party) that controls most nodes in the vote at the General Shareholders' Meeting and that can both confirm transactions and register them in the registry detracts from part of its attractiveness to the blockchain, since it becomes a simple database. So

⁴² BLOCKEXPLORER, <https://blockexplorer.com> (accessed 25/03/ 2022).

⁴³ YERMACK, *op.cit.*, p.17.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 18.

⁴⁵ In the case of Spain, Organic Law 3/2018, of December 5, on the Protection of Personal Data and guarantee of digital rights, BOE No. 294, of December 6, 2018.

⁴⁶ See JIMÉNEZ-GÓMEZ, B.S., *op.cit.*

⁴⁷ HACKL, Cathy, «What Are DAOs And Why You Should Pay Attention», *Forbes*, (June 1, 2021,08:00am EDT), <https://www.forbes.com/sites/cathyhackl/2021/06/01/what-are-daos-and-why-you-should-pay-attention/> (accessed 25/03/2022)

⁴⁸ DE FILIPPI, WRIGHT, *op.cit.*, p. 30.

private blockchains are not so revolutionary from the organizational point of view, although they represent a technical novelty.

At that point, the odds of hackers committing fraud by taking advantage of the code flaw increase with the creation of a DAO (Decentralized Autonomous Organization). A DAO is defined as an organization represented by rules codified thanks to a transparent computer program, controlled by the organization's members and not influenced by a central power. The organization exists on the blockchain because rules are built into the code, which means that no administrators are needed. One example is the Voatz blockchain application for voting in U.S. elections, in which MIT researchers found cybersecurity flaws in 2020.⁴⁹ However, the U.S. Cybersecurity and Infrastructure Agency (CISA) concluded that there had been no active threats during the period it was operating.⁵⁰

2.3. Interaction between blockchain and cross-border voting

a. The Spanish market

Promoting cross-border voting comes from the current data on foreign investors of listed companies on the Spanish Stock Exchange. According to a 2017 report by Bolsas y Mercados Españoles, 46% of the total market capitalization is in the hands of foreign investors⁵¹. This figure increases to more than 57% in 2021.⁵² Cross-border voting is defined as the one that would correspond to exercise to a non-resident shareholder who are not legitimized as a shareholder in accordance with the national law of the company issuing the shares, however, the foreign shareholder appears as a beneficiary of the rights derived from the shares in the foreign records of the last intermediary in the custody chain of shares⁵³.

According to Broadridge, implementing blockchain technology implies global transparency of proxy holders. It is understood that such increased transparency implies improvements in operational efficiency, safety and analytics. Such improvements would be good for investors, agent banks, custodians and securities issuers.⁵⁴ Santander Inversiones with more than four

⁴⁹ NELSON, Danny, «Overstock Touts Voatz Blockchain Voting App as Solution to US Election Fracas», *CoinDesk*, Oct 30, 2020 at 7:09 p.m. Updated Sep 14, 2021 at 12:25 p.m. <https://www.coindesk.com/markets/2020/10/30/overstock-touts-voatz-blockchain-voting-app-as-solution-to-us-election-fracas/>

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Bolsas y Mercados Españoles, *Annual Report on the Ownership of Listed Shares*, 2017, entitled «Half of the Spanish Stock Exchange, in the hands of foreign investors», available in www.bolsasymercados.es «La mitad de la Bolsa española, en manos de inversores extranjeros»

⁵² «Los inversores extranjeros ya tienen más del 57% del Ibex 35 en su poder» (24/05/2021), *El economista*, <https://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/11233071/05/21/Los-inversores-extranjeros-ya-tiene-mas-del-57-del-Ibex-35-en-su-poder.html>

⁵³ For a study that follows this definition, see HERNÁNDEZ PEÑASCO, Ramón, «El voto transfronterizo mediante intermediario financiero: el artículo 524 de la ley de sociedades de capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 40, 2013, section Introduction, (Thomson Reuters online)

⁵⁴ See <https://www.broadridge.com/press-release/2018/santander-and-broadridge-completed-practical-use-of-blockchain>

million shareholders and 60.7% of the capital in the hands of institutional investors has carried out a pilot project for voting at the General Shareholders' Meeting through blockchain⁵⁵. According to the company's website, at the Meeting on March 23, 2018, shareholders were able to see how their votes could be counted and confirmed "more quickly" thanks to blockchain technology, instead of having to wait two weeks in a process that includes manual activity of different intermediaries. Therefore, they confirm that accounting and confirmation of the vote will be possible to do so instantaneously. In addition, reference is made to the fact that voting via blockchain could help motivate shareholders to vote. At the 2018 Santander General Shareholders Meeting, a quorum of 64.55% of shareholders was reached.

The most recent Spanish example of using blockchain was done by Iberdrola on June 17, 2022⁵⁶. Blockchain was used to certify shareholder participation in the GSM. Iberdrola became the first Ibex 35 company to implement this technology for all investors. According to Iberdrola, «shareholders may make the consultation from the time their participation is registered until one month after the holding of the General Shareholders' Meeting». Moreover, blockchain certified the proxies and votes of shareholders who went to the service points that were opened in Madrid, Barcelona, Bilbao, Santander, Valladolid, San Sebastián, Zaragoza and Valencia. Blockchain implementation is one of the main ways to encourage Iberdrola shareholders to vote⁵⁷.

b. The Delaware effect

The «Delaware effect» is well known in U.S. corporate law. Companies are incorporated in a small State by the quality of its corporate law without having such a State the economic importance that one would expect.⁵⁸ That is, the content of corporate law is not trivial, but a very relevant factor when choosing where a company is created. The *lex societatis* regulates issuance of securities by a company, even if the share listing regime is within the scope of the capital market law where the company's securities are traded. The *lex societatis* also regulates the members' rights, including the right of legitimacy to vote, as well as the entire structure and functioning of the corporate bodies, both the Shareholders' Meeting and the Board of Directors.

Delaware's blockchain initiative crystallized since August 1, 2017 in the amendment of the Delaware Companies Law to explicitly allow the use of blockchain to register and trade shares⁵⁹. Sections 219(c) and 224 of Title 8 of the Delaware Code are relevant. Section 219(c) Title 8 of the Delaware Code defines the stock ledger as records maintained by a corporation detailing its

⁵⁵ Some investors like banks, investment fund and pension fund managers and insurance companies are called institutional investors because are supposed to have greater qualifications, knowledge and experience, so the degree of protection offered by the regulations is lower than that of retail (private) investors.

⁵⁶ «Iberdrola the first company to use blockchain to certify shareholdings in the General Shareholders' Meeting», News, 22/05/2022, accessed at <https://www.iberdrola.com/press-room/news/detail/iberdrola-first-company-to-use-blockchain-to-certify-shareholdings-general-shareholders-meeting>

⁵⁷ The other way is granting a reward per participation.

⁵⁸ ARENAS GARCÍA, Rafael, «Sociedades» in FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, ARENAS GARCÍA, Rafael, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho de los Negocios Internacionales*, 5th ed., Madrid, Iustel, 2016, p. 197.

⁵⁹ ROBERTS, Jeff John, *Companies Can Put Shareholders on a Blockchain Starting Today*, FORTUNE (Aug. 1, 2017), <http://fortune.com/2017/08/01/blockchain-shareholders-law/> [http://perma.cc/66YG-GUTA] For example, see METZ, Cade, *Overstock Begins Trading Its Shares Via the Bitcoin Blockchain*, WIRED (15/12/2016, 6:20 PM), <https://www.wired.com/2016/12/overstock-com-issues-stock-via-bitcoin-blockchain/> [http://perma.cc/85HM-LXGM].

shareholder record and all issuances and transfers of its shares in accordance with section 224. Section 224 allows corporations to use electronic distributed ledger technologies such as blockchain to record their share books, as well as any issuance or transfer of shares made by the corporation⁶⁰. In addition, Delaware corporate law has already advanced in several regulatory changes in favor of digitalization, pioneering the regulation of virtual shareholder' meetings, copied by several US states later⁶¹. One of the most relevant aspects in remote or electronic voting is the verification of the identity of shareholders or proxy holders⁶², which is possible both inside and outside the blockchain.

On the other hand, if blockchain did not really serve for the registration of shares and their transfers, legal changes in several countries of the world would not be understood⁶³, and not only limited to EU Member States. ⁶⁴

3. A Problem in Listed Companies and the Stock Market

3.1. Shareholder absenteeism

⁶⁰ Delaware Law confers rights on registered stock owners. However, certain federal securities laws related to listed securities require that securities be "eligible for deposit," which, in practice, means that investors own them indirectly. When investors own securities indirectly, what they legally hold is not a security, but a prorated portion of the fungible "securities rights" under Article 8 of the UCC, which are promissory notes issued by a "securities intermediary" (agent), which in turn, owns a prorated interest in the securities rights of other securities intermediaries, which in turn hold a prorated share of the actual securities that are the legal property of a nominee called Cede & Co., (in turn a nominee of The Depository Trust Company). In each of these layers above the broker/distributor, intermediaries account for fiduciary rights in an omnibus account. They do not look for the final beneficiary, but for the holders in aggregate form. TINIANOW, Andrea, LONG, Caitlin, «Delaware Blockchain Initiative: Transforming the Foundational Infrastructure of Corporate Finance», *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 16/03/2017, <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/03/16/delaware-blockchain-initiative-transforming-the-foundational-infrastructure-of-corporate-finance/>

⁶¹ CAYTAS, Joanna D., «Blockchain in the US Regulatory Setting: Evidentiary Use in Vermont, Delaware and Elsewhere», 2017, available at SSRN.

⁶² HASS, Steven M., BREWER, Charles, «Making the Switch: A Company's Guide to Virtual-Only Shareholder Meetings», *Hunton & Williams*, LLP 2017, p. 5: «Corporations must be able to verify that each remote participant is a shareholder or a proxyholder. As discussed above, most public corporations that hold virtual-only shareholder meetings delegate this process to a third-party service provider. Shareholder verification typically occurs by including a unique code in each shareholder's proxy materials that he or she can use to log in to the meeting website. If a shareholder casts a vote during the meeting, his or her unique code allows the proxy solicitor to ensure that the shareholder's proxy, if one was submitted, is replaced by the shareholder's vote cast during the meeting.» <https://www.huntonak.com/images/content/3/4/v2/34044/companys-guide-virtual-only-shareholder-meetings.pdf>

⁶³ For legal initiatives, see LEHMANN, *op. cit.*

⁶⁴ On December 10, 2020, the Ley de Modernización de la Ley de Compañías (Law of Modernization to the Law of Companies) (LMLC) was published in the Official Registry of Ecuador, which introduced, for the first time in Ecuadorian legislation, the possibility of using *blockchain* technology for the representation, registration and transfer of shares of public limited companies and simplified joint stock companies. GARRATE RIVERA, Luisa, «El Blockchain para la transferencia de acciones y la organización de libros sociales», *AD* 36/2021, 18/03/2021, <https://adefinitivas.com/arbol-del-derecho/el-blockchain-para-la-transferencia-de-acciones-y-la-organizacion-de-libros-sociales-a-cargo-de-luisa-garate-rivera/>

Shareholder absenteeism motivated by rational apathy can be due to several causes, among them, minority shareholders may think that their vote is not useful. The “passivity story” implies that shareholders do not care much about voting and are not expected to care⁶⁵. Yet, apathy appears less if the number of shares in the hands of shareholders increases, and other large shareholders exist⁶⁶. Institutional investors can have economies of scale which means that owns stakes in several companies and presses common issues at those companies⁶⁷. However, institutional shareholders are considered “rationally reticent” instead of “rationally apathetic” as «intermediary institutional holders will respond to proposals but are unlikely themselves to create them»⁶⁸. Moreover, institutional investors have conflicts of interest which may explain why institutions vote pro-managers even if proposals are likely to reduce share price⁶⁹.

The problem is that shareholders of Spanish listed companies are foreign depositaries of shares bought by the real investors⁷⁰. In the US approximately 80 % of shares are held by nominees⁷¹. US authors have identified several problems, like pathologies of complexity⁷², pathologies of ownership⁷³ and pathologies of conflicts of interest between voting rights and economic interest⁷⁴. In Spain there is a lack of legitimacy of the shareholder-investor vis-à-vis the company for exercise of his vote in accordance with the *lex societatis*. The direct consequence is a deficit in corporate governance and loss of functionality of the General Shareholders' Meeting. Nevertheless, this system is defended because it is considered that attributing legitimacy to the apparent shareholder or formal owner is more respectful of legitimization rules according to *lex societatis*, favoring legal certainty. Yet, the classic equation between risk, profit and power is lost, since the economic shareholder bears the risk but legitimacy to exercise the vote is held by the financial intermediary, who must act in his own name but on behalf of the client, and, therefore, in the interest of the real shareholder. That is why the financial intermediary can exercise the vote in a divergent manner if it has more than one client (art. 13.4. Directive 2007/36/EC) or delegate the vote to more than one representative (13.5. Directive 2007/36/EC). Article 524 of

⁶⁵ BLACK, Bernard S., «Shareholder Passivity Reexamined», *Michigan Law Review*, Vol. 89, No. 3, 1990, pp. 520-608, p. 526-527.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 524. For a recent analysis, see BRAV, Alon, CAIN, Matthew, ZYTNICK, Jonathon, «Retail shareholder participation in the proxy process: Monitoring, engagement, and voting», *Journal of Financial Economics*, Vol. 144, No. 2, 2022, pp. 492-522. («Analyzing turnout within a rational-choice framework, we find participation increases with ownership and expected benefits from winning and decreases with higher costs of participation.»)

⁶⁷ BLACK, Bernard S., *op.cit.*, p. 524.

⁶⁸ GIBSON, Ronald J. and GORDON, Jeffrey N., «The Agency Costs of Agency Capitalism: Activist Investors and the Revaluation of Governance Rights», *Columbia Law Review*, Vol. 113, No. 4, 2013, pp. 863-927, p. 867.

⁶⁹ BLACK, Bernard S., *op.cit.*, p. 225.

⁷⁰ In the US most individual shareholders hold their shares through brokers and are not the record holders of those shares. The New York Stock Exchange Rules allowed that the broker can vote the uninstructed shares in its discretion, usually the same as management recommendation. In 2010 the NYSE Rules changed so when shareholders do not return voting instructions to the broker, these shares are not voted in the election of directors. KAHAN, Marcel, ROCK, Edward B., «The Insignificance of Proxy Access», *Virginia Law Review*, Vol. 97, No. 6, 2011, pp. 1347-1434, p. 1361.

⁷¹ KAHAN, Marcel, ROCK, Edward B., «The Hanging Chads of Corporate Voting», *The Georgetown Law Journal*, Vol. 96, 2008, pp. 1227-1281, p. 1231.

⁷² *Ibid.*, pp. 1249-1253.

⁷³ *Ibid.*, pp. 1255-1262.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 1263-1266.

the Spanish Corporate Act (LSC) clarifies this possibility in the Spanish legal system, which may have a significant impact on cross-border voting⁷⁵.

3.2. Source of the problem: the securities holding system

The securities holding system is characterized by dematerialization, so issuance (or reissuance) of securities is not represented by a certificate or physical title but a system of registration in account of either an issuer or an intermediary⁷⁶. In a system of indirect holding of shares, such as the Spanish one⁷⁷, foreign investors are not registered in the domestic register directly⁷⁸. In such a way there is a divergence between who holds the formal ownership and who holds the economic or real ownership. Formal ownership falls on the foreign custodian whose name appears in the detailed registers by the entities participating in the central registry while economic ownership falls on the real investor, the one who bears the risk of investment. Article 13(1) of the Spanish Securities Market Act (LMV) is relevant, since it specifies that the person who appears legitimate in the entries of the accounting register will be presumed to be the legitimate owner and, consequently, may demand that the issuing entity perform in his favor the services to which the value represented by means of book entries entitles. In turn, also for the transfer and exercise of the rights that correspond to the owner, prior registration in his favor will be required [art. 13(3) LMV].

In addition, there is a double step system. On the one hand, there must be a central securities depository, which in the case of Spain is Iberclear. On the other hand, there must be detailed records in charge of the entities participating in Iberclear [art. 9(1) LMV]⁷⁹. In practice, neither

⁷⁵ Cross-border voting in Spain is regulated for the first time as a transposition of the 2007 Directive. Before that date, the Spanish legal system only had recommendation 6 of the 2006 Code of Good Governance that recognized the practice that occurred in listed companies on divergent voting.

⁷⁶ For a definition of dematerialisation, *UNIDROIT Legislative Guide on Intermediated Securities*, Implementing the Principles and Rules of the Geneva Convention 2017, <https://www.unidroit.org/instruments/capital-markets/legislative-guide/> p. xxv. SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal, «Valores anotados y construcción jurídica de las anotaciones en cuenta», *Revista del Mercado de Valores*, 1(2007), pp. 3-38, p. 37. See also GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José, «The UNIDROIT Project on Intermediated Securities: Direct and Indirect Holding Systems», *InDret* 1.2006, pp.1-21.

⁷⁷ Preamble to Law 5/2021, 12 April 2021, section IV: «The peculiarity of regulated markets in Spain, such as the stock exchange, is that they are systems of indirect holding of shares and double step.» If we originally had a system of direct tenure, the fact of having a double step and not appearing the last beneficiaries in the registry, makes us *de facto* a system of indirect tenure. For example, GARCÍA MARTÍNEZ describes the Spanish system as direct type of tenure but with double step, only those who appear in one of the two steps of the registry are presumed to be the legitimate owner. GARCÍA MARTÍNEZ, Luz, «Consideraciones iniciales sobre la tecnología de registro distribuido (blockchain) como herramienta emergente de identificación e implicación accionarial», en FERNÁNDEZ TORRES, Isabel, *et al* (Coords.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, 2018, pp. 371-393, p. 372.

⁷⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José, SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Sara, «Valores negociables y custodia internacional: algunas cuestiones fundamentales», en MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, RECALDE CASTELLS, Andrés Juan (Dirs.), *La reforma del sistema de poscontratación en los mercados de valores*, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 797-830, pp. 800-801.

⁷⁹ Article 9.1. LMV: Any central securities depository providing services in Spain shall adopt a registration system composed of a central registry and the detailed registers in charge of the entities participating in that system (own translation).

Iberclear nor the issuer has immediate access to the detailed records of Iberclear's participating entities.⁸⁰

The formal holder could be called «fiduciary holder» because he is nothing more than an intermediary, acting on behalf of the final investors. However, formal holders, who are those who appear in the relevant registry⁸¹ before the company, enjoy the legitimacy of the exercise for the right to vote, that is, they have their own legitimacy to vote.⁸²

It is noteworthy that the reform carried out in article 524 of the Spanish Corporate Act (LSC) by Law 5/2021, of April 12⁸³, only modifies two terms. In the first section, ultimate beneficiaries («beneficiarios últimos») instead of "persons" (art. 524.1 LSC). In the second section, ultimate beneficiaries instead of "indirect holders" (art. 524.2 LSC). Law 5/2021 introduces the definition of ultimate beneficiary (art. 497 bis, paragraph 2 LSC), which appears for the first time in Spanish law. This definition is very welcome. An ultimate beneficiary is conceptualized as the person on behalf of whom the intermediary entity acts legitimized as a shareholder by virtue of the account record, either directly or through the chain of intermediaries. It should be added that the Directive 2017/828 does not impose a concept of shareholder, or less of ultimate beneficiary⁸⁴. Therefore, these new terms do not come from Directive (EU) 2017/828 of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the promotion of long-term shareholder engagement.⁸⁵

Directive 2017/828 does not seek to make identity of the ultimate beneficiaries known, so Spanish law goes beyond what is required by the Directive in Article 527 bis (1) of the LSC, insofar as the ultimate beneficiaries do not have to hold the status of shareholder in Spanish law, since the status of shareholder falls on the formal holder. However, in France, Italy, Lithuania, Slovakia, Austria, Belgium, Croatia, Hungary, Czech Republic, Romania and Latvia they do

⁸⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José, «Ejercicio del derecho de voto e intermediarios financieros: el infeliz artículo 524 LSC», *Revista de Derecho de Mercado de Valores*, nº 10, 2012, section Introducción.

⁸¹ For these purposes, the central registry or the detailed records of the entities adhered to the central registry of Iberclear.

⁸² Although it can also be a *nominee*, a representative in proper name. Legislative Principle 11: The law should facilitate the exercise of those rights by the ultimate account holder, in particular, by allowing intermediaries who act on behalf of account holders to exercise voting rights or other rights in different ways, and should recognise holding through representatives other than intermediaries (i.e. nominees). *UNIDROIT Legislative Guide on Intermediated Securities*, Implementing the Principles and Rules of the Geneva Convention 2017, p. 99.

Art.29(1) UNIDROIT Legislative Guide, para. 241. «It is crucial the recognition of intermediated holding systems to ensure cross-border compatibility of the various models of holding systems. Contracting States shall permit publicly traded securities (i.e. the securities traded on exchanges or regulated markets of the corresponding Contracting State) to be held through one or more intermediaries and recognise the effective exercise of the rights attached to those securities, and such recognition works with all the models, as well as mixed and transparent systems».

⁸³ Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. «BOE» núm. 88, de 13 de abril de 2021.

⁸⁴ The very definition of shareholder is divergent in national systems, which is relevant to know who the legitimate ones for voting in a company are. ESMA, *Report on the shareholder identification and communication services*, 5 of April 2017, p. 18.

⁸⁵ DOUE L 132/1, 20.5.2017.

recognize the ultimate beneficiary as a shareholder⁸⁶. In contrast, together with Spain, Portugal, Slovenia, Bulgaria, Cyprus, Estonia, Germany, Greece, Ireland and the United Kingdom, they recognize the registered holder as a shareholder. On the other hand, thirteen countries grant the ultimate beneficiary the right to vote (Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, Denmark, Finland, France, Ireland, Italy, Lithuania, Latvia, Poland and the Slovak Republic). However, only the formal holder has the right to vote in Spain, Cyprus, Czech Republic, Hungary, Iceland and Slovenia. To which it must be added that the right to vote is held by the formal holder, but it can be transferred through the chain of intermediaries to the ultimate beneficiary in Portugal and the United Kingdom⁸⁷. Nevertheless, the Spanish system gives ultimate beneficiaries the option to apply for confirmation of votes corresponding to their shares⁸⁸.

3.3. Steps towards modernization of company law

Modernization of company law had the objective of strengthening the rights of shareholders of listed companies. Problems generated by cross-border voting should be resolved, especially for small investors not resident in the country in which the company has its shares admitted to trading on an official secondary market. In 2003 the EU Commission alluded to maximizing the benefits of modern technologies because the rapid development of new information and communication technologies (videoconferencing, e-mail and especially the Internet) is affecting the way in which information about companies is stored and disseminated, as well as the way in which they are directed (virtual general assemblies, boards of directors via video, cross-border exercise of voting rights, etc.)⁸⁹. Indeed, the proposal for a Directive amending the First Company Law Directive of June 2002 already included requirements for the provision of information in respect of certain types of companies and introduced modern technologies into business registers⁹⁰. However, in 2003 it was felt that the time was not yet ripe to allow companies to systematically impose the use of new technologies on their partners and third parties without necessary protections⁹¹. The European legislator in different directives was aware that amendments to his original proposals would make the most of modern technologies as companies could file their documents and information on paper or electronic form and interested parties could obtain copies by both means. «Electronic means» are already defined and regulated from creation to dissolution of companies which is possible through the Commercial Registry.⁹²

⁸⁶ ESMA, *Report on shareholder identification and communication systems*, 2017, ESMA31-54-435, p. 10. Available in: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma31-54-435_report_on_shareholder_identification_and_communication.pdf

⁸⁷ Ibid. It is also curious that seven States do not respond with a single answer about the vote.

⁸⁸ Article 527 bis (2) LSC. This article was added by the Law 5/2021, of April 12, art.3.19.

⁸⁹ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament - Modernising company law and improving corporate governance in the European Union - A plan for moving forward, WITH(2003) 284 final.

⁹⁰ Art. 3 the proposal for a Directive amending the First Company Law Directive of June 2002, OJ EC 227 E/337, 24.9.2002.

⁹¹ Action Plan 2003, heading 2. Main objectives.

⁹² Art. 16 (2) Directive 2017/1132 of the European Parliament and the Council of 14 June 2017 on certain aspects of company law (codified version), OJEU L 169/46, 30.6.2017, the term 'by electronic means' shall mean that the information is sent initially and received at its destination by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and entirely transmitted, conveyed and received in a manner to be determined by Member States by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means.

However, Directive (EU) 2019/1151 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 amending Directive (EU) as regards the use of digital tools and processes in the field of company law, OJEU L 186/80, 11.7.2019, has introduced a new definition of «electronic media» art.13a (3): electronic equipment used for the

a. Shareholder Rights Directive I

The first European attempt to approach strengthening shareholders' rights was forged by Directive 2007/36 on the exercise of certain rights of shareholders of listed companies, allowing electronic participation in general meetings and European voting (Article 8 of Directive 2007/36). However, this Directive does not define who the shareholder is, and this determination is left to national legislative initiative⁹³. The law of the State of the issuer's registered office has jurisdiction to determine it [Art. 1(2) of Directive 2007/36].

On the one hand, the Directive activates mechanisms, so that the information is sent or made available to shareholders before the General Meeting, with a minimum of 21 days before the meeting date. This possibility is significant since only those who are shareholders on that date can participate and vote at the General Meeting⁹⁴. In addition, the company is obliged to report on the total number of shares and voting rights on the date of the call, including if the capital is divided into more than one class of shares⁹⁵. Shareholders may also submit draft resolutions, which should be added to the website as soon as possible once the company has received them⁹⁶; and shareholders will be provided with the forms to delegate the vote or to vote remotely (by correspondence)⁹⁷.

On the other hand, the Directive removes voting obstructions. The shareholder right to participate in a General Meeting and to exercise the voting rights corresponding to any of his shares is not subject to the requirement that such shares be deposited with another natural or legal person, or be transferred to him or registered in the name of that person, before the General Meeting date⁹⁸, and neither is the shareholder's right to sell or otherwise transfer his shares during the period between the date of registration and that of the corresponding General Meeting subject to restrictions other than those applicable at any other time.⁹⁹

b. Shareholder Rights Directive II

processing, including digital compression, and the storage of data, and through which information is initially sent and received at its destination; that information being entirely transmitted, conveyed and received in a manner to be determined by Member States.

⁹³ In the Proposal for a Directive of 5 January 2006 defined shareholder, [Art. 2(c)] as «any natural or legal person governed by public or private law holds: (i) shares of the issuer in its own name and for its own account; ii) shares of the issuer in its own name, but on behalf of another natural or legal person. » MARTÍNEZ ROSADO, Javier, «La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (presentada por la Comisión el 5 de enero de 2006)», Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil UCM, 2008/16, eprint, p. 8.

⁹⁴ Art. 5.3 (c) Directive 2007/36. Art. 517.1. LSC added by the Law 25/2011, of 1 August, on the partial reform of the Capital Companies Law and on the incorporation of Directive 2007/36/EC, of the European Parliament and of the Council, of 11 July, on the exercise of certain rights of shareholders of listed companies.

⁹⁵ Art. 5.4 (b) Directive 2007/36. Art. 518 (b) LSC. «En caso de que los estatutos contemplen la atribución de voto doble por lealtad y se haya creado el registro especial a que se refiere el artículo 527 septies, la información relativa al número de derechos de voto deberá actualizarse inmediatamente tras la finalización del plazo de legitimación anticipada previo a la reunión de la junta general», new Law 5/2021, of April 12.

⁹⁶ Art. 5.4 (d) Directive 2007/36. Art. 518 d) LSC.

⁹⁷ Art. 5.4 (e) Directive 2007/36. Art. 518 f) LSC.

⁹⁸ Art. 7.1 (a) Directive 2007/36.

⁹⁹ Art. 7.1 (b) Directive 2007/36.

Shareholder Rights Directive II is marked by transparency requirements in transmission of information between issuing companies and investors¹⁰⁰. The intermediary chain system is maintained despite awareness of obstacles they pose to shareholder involvement; precisely because information is not always transmitted from the company to shareholders and votes are not always transmitted correctly to the company¹⁰¹. This second Directive is intended to improve communication of information. Duties are imposed on intermediaries at the level of facilitating the exercise of shareholders' corporate rights. In case the intermediary is the shareholder's representative, he must have express authorization and must follow the voting instructions of shareholders¹⁰². In turn, confirmation of the vote receipt must be made provided that the vote is by electronic means. Intermediaries shall be bound by these duties even if they are located in third states as long as they provide services to shareholders or other intermediaries in relation to shares in companies having their registered office in a Member State and whose shares are admitted to trading on a regulatory market which is situated or operates in a Member State¹⁰³.

Given the increase in proxy advisors for institutional investors, who often get vote delegations in favour of the board of directors and play a significant role in the struggle for corporate control¹⁰⁴, the Shareholder Rights Directive II requires them to apply a code of conduct and report on its application¹⁰⁵. It also requires publication on the websites of voting advisors of their activities, calculation methods and sources of information, as well as procedures for voting recommendations, including essential characteristics of voting policies of each market and prevention and management of potential conflicts of interest implies greater transparency to know the significance of voting advisors. On the other hand, shareholders are granted the right to vote at the General Meeting on the remuneration policy of directors, helping involvement of shareholders to reward or punish directors' management¹⁰⁶.

c. *Inconsistencies of the Shareholder Rights Directive II*

Shareholder Rights Directive II expressly states this Directive does not concern ultimate beneficiaries or other persons who are not shareholders under the applicable national law (recital 13 SRD II). This legislative policy is in contradiction with recitals 16 and 19 of the Shareholder Rights Directive II. Specifically, it alludes to lack of transparency between institutional investors and asset managers about their investment strategies and engagement policies, about their implementation and it is considered that «Public disclosure of such information could have a positive impact on investor awareness, enable ultimate beneficiaries such as future pensioners optimize investment decisions, facilitate the dialogue between companies and their shareholders, encourage shareholder engagement and strengthen their accountability to stakeholders and to civil society». ¹⁰⁷ Recital 19 of SRD II affirms that «institutional investors should disclose to the public certain key elements of the arrangement with the asset manager, in

¹⁰⁰ Directive (EU) 2017/828 of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the promotion of long-term shareholder engagement, OJ L 132/1, 20.5.2017 (hereinafter Directive 2017).

¹⁰¹ Directive 2017, Recital 4.

¹⁰² Directive 2017, Recital 8.

¹⁰³ Directive 2017, Art. 3 *sexes*.

¹⁰⁴ ALONSO UREBA, ALBERTO, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO, PERDICES HUETOS, ANTONIO, GÓMEZ-SANCHÁ TRUEBA, IGNACIO, *Transparencia Accionarial Y Buen Gobierno*, Centro De Gobierno Corporativo, 2010.

¹⁰⁵ Directive 2017, Art. 3 *undecies*.

¹⁰⁶ Directive 2017, Art. 9 *bis* and *ter*.

¹⁰⁷ Directive 2017, Recital 16.

particular how it incentivizes the asset manager to align its investment strategy and decisions with the profile and duration of the liabilities of the institutional investor». It is intended to ensure that interests of ultimate beneficiaries are properly harmonized with institutional investors, asset managers and the companies in which it is invested.

However, divergences in national laws on shareholder status cause the European legislator to throw in the towel and not attempt a harmonized shareholder regulation, which is criticized as one of the improvements to be built in European company law. Although there are no problems for dividends collection, it is an obstacle to the exercise of voting rights in situations of purchase and sale of shares between the date of registration and the date of the Meeting, where it may be impossible to trace the ultimate beneficiary on the date of registration, who are granted the right to vote by law¹⁰⁸. If in that interval many shares are traded, there will be more likelihood of shares subject to empty voting at a General Shareholders' Meeting. On the contrary, in the case of short sales and hedge funds, the borrowed shares have voting rights. However, more than one vote of the same shares may occur if the ultimate beneficiaries do not know whether their shares have been lent to third parties by their custodians and, therefore, believe by mistake, that they have the right to vote for the borrowed shares they hold in their accounts. In turn, borrowers also believe they have acquired the right to vote on borrowed shares. Thus, with the ultimate beneficiaries there is an inertia to situations such as those described above.

It does not change this situation that intermediary entities legitimized as shareholders in the accounting register of shares can split the vote and exercise it in a divergent sense in compliance with different voting instructions if they had received them. Consequently, the legitimized intermediary may vote in a divergent direction to the instructions received by the ultimate beneficiary. Moreover, the intermediary may delegate the vote to both the ultimate beneficiaries and third parties who are designated by the ultimate beneficiaries.

d. Result of both Directives

While the first EU Directive (2007/36) focused on expanding formal rights of shareholders within the context of the General Meeting, the second EU Directive (2017/828) addresses the requirements of transparency and dialogue with investors as transformative tools for corporate governance in the hands of investors. It is intended that active control return to investors, and in turn it attempts to ensure the long-term survival of companies within the framework of the EU agenda for long-term sustainability after the 2008 financial crisis. Indeed, company law is marked by the fear of abuse of control by the board of directors to the detriment of real investors¹⁰⁹. Some authors consider that Shareholder Rights Directive II can be described as too optimistic since it conveys the idea that increasing requirements for transmission of information in the chain of financial intermediaries will lead to greater involvement and control by company shareholders¹¹⁰. The challenge facing the Directive is to accept interposition of intermediaries

¹⁰⁸ VAN DER ELST, Christoph, LAFARRE, Anne, «Blockchain technology for corporate governance and shareholder activism», *ECGI Working Paper (series Law)*, nº 390, March 22, 2018, pp. 1-26.

¹⁰⁹ CHANDER, Anupam, «Minorities, Shareholder and Otherwise», *Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 1, 2003, pp. 119 and ff., p. 150.

¹¹⁰ See AHERN, Deirdre, «The Mythical Value of Voice and Stewardship in the EU Directive on Long-term Shareholder Engagement: Rights Do Not an Engaged Shareholder Make», *European Union Law Working Papers*, No. 32, 2018, p. 3.

but at the same time to recognise that those who formally appear as shareholders are actually acting on behalf of third parties (their clients)¹¹¹. These third parties are the ultimate beneficiaries. Since the Directive purports to facilitate the exercise of the right to vote, it lays down limits on the national obligations to be fulfilled by intermediaries, so that they do not constitute obstacles to their exercise of the right to vote.¹¹² One of the most apt criticisms of the Shareholder Rights Directive II is that obligations imposed on intermediaries and issuing companies are not punishable by consequences in the event of non-compliance.

e. *Efficiency gains helping compliance with Commission Regulation (EU) 2018/1212*

Voting via blockchain would also help to comply with the recent transposition of Directive (EU) 2017/828 on fostering long-term shareholder engagement. In this case, blockchain technology would align with efficiency, as it would be developed to complement national corporate law.¹¹³ It is relevant to mention Commission Regulation (EU) 2018/1212 of 3 September 2018 laying down minimum requirements for implementation of Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council as regards the identification of shareholders, the transmission of information and the facilitation of the exercise of shareholders' rights¹¹⁴. Recital (3) of the last Commission Regulation refers to minimum requirements, encouraging intermediaries and participants towards self-regulation of formats according to market's needs. It is encouraged to standardize or distribute any type of message that is necessary to facilitate the exercise of shareholders' rights, adopting new technologies capable of increasing transparency and trust. For example, with regard to time limits to be observed by issuers and intermediaries in corporate acts and shareholder identification processes, it is regulated that between the first intermediary and any other intermediary receiving information relating to a corporate act, that information must be transmitted as soon as possible, giving a maximum of one working day of difference when the information has been received by the intermediary after 4:00 p.m¹¹⁵. In turn, a period of up to 15 days is foreseen to confirm registration and counting of votes, although confirmation of vote must be sent immediately to the person who voted after the vote¹¹⁶.

Blockchain would allow this information to be transmitted in real time and regardless of whether the communication was cross-border, a particular problem on which standardization of information to be transmitted between the chain of intermediaries is focused and the objective of the Commission Regulation is none other than to make it efficient¹¹⁷.

4. Alternative for voting rights in listed companies

¹¹¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., «La propuesta de Directiva sobre el ejercicio transfronterizo de los derechos de voto», *Revista de Derecho de Sociedades*, 2006-1, pp. 203 and ff.

¹¹² Recital 11 Directive 2007/36.

¹¹³ See the tripartite distinction from the author YEUNG, Karen. «Regulation by Blockchain: The Emerging Battle for Supremacy between the Code of Law and Code as Law», 2018, available on: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3206546 (accessed on 24/03/2022)

¹¹⁴ OJEU, L 223/6, 4.09.2018, which is applicable from 3 September 2020.

¹¹⁵ Implementing Regulation (EU) 2018/1212, Art. 9(2).

¹¹⁶ Implementing Regulation (EU) 2018/1212, Art. 9(5).

¹¹⁷ Implementing Regulation (EU) 2018/1212, Recital 9.

If we believe that the right to vote remains the fundamental political right for effective governance of companies exercised at the General Meeting¹¹⁸, it turns out that lack of transparency due to chains of intermediaries in the possession of shares of listed companies remains a problem. Firstly, companies have problems identifying its shareholders, which is a prerequisite for communication with shareholders. Such a situation creates an obstacle to involvement of shareholders in the long-term running of companies and hinders shareholders' rights. Indeed, the European Commission's 2012 Action Companies Plan¹¹⁹ already mentioned the need for a European mechanism to help issuers identify their shareholders to facilitate dialogue on corporate governance issues. This need connects with an active attitude from shareholders as one of the cornerstones of the corporate governance model of listed companies, which depends on a balance between the various bodies and stakeholders¹²⁰. Therefore, there is a need for greater shareholder influence over policies and strategies designed by managers, for the simple reason that it is the shareholders who bear the risk of transactions. These inefficiencies of corporate governance due to the preponderant role assumed by directors cause certain distortions that need to be avoided through a stronger position of shareholders. This is the aim of Directive 2017/828 together with Commission Implementing Regulation 2018/1212 of 3 September 2018 laying down minimum requirements for the implementation of the provisions of Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council as regards the identification of shareholders, the transmission of information and the facilitation of the exercise of shareholders' rights.¹²¹

The traditional problem of lack of operability of the General Meeting is attributed to the fact that there is a large volume of shareholders in large, listed corporations, which hinders both their constitution and effectiveness. Regarding its constitution, forecast of fully telematic meetings fueled by the pandemic need are today a closer reality and not a technical impossible¹²², whose validity was questioned in the previous regulation, and, above all, the cyber vote had little success in listed companies¹²³. In this context, arrangement of vote through blockchain can radically change distribution of the social and economic order for the reason that a trusted third party is not needed to guarantee the validity of the vote.

Thus, voting can be done by simplifying in two ways: A) with a trusted third party and B) without a trusted third party. This second possibility is where blockchain comes in.

¹¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *La Junta General en las Sociedades de capital*, Cizur Menor, Civitas, 2007, p. 37: «The general meeting is the special way of organizing all the partners so that they can deliberate and adopt resolutions, open to all shareholders so that through their vote they can form the will of the body and, ultimately, that of the company itself» (own translation).

¹¹⁹ Communication from the European Commission, Action plan: European company law and corporate governance - a modern legal framework for greater shareholder participation and the viability of companies, COM/2012/0740 final.

¹²⁰ European Commission Action Plan 2012: «If, for example, the majority of shareholders maintain a passive attitude, do not seek interaction with the company and do not exercise their right to vote, the functioning of the current corporate governance system is less effective. In such circumstances, corrective action by shareholders cannot be expected, and management oversight rests entirely with the board of directors (supervision). »

¹²¹ DOUE, L 223/1, 4.9.2018.

¹²² See in this work, section 5.2.

¹²³ SÁNCHEZ CALERO, *La Junta...*, *op.cit.*, pp. 50-51, who anticipated that it would be the most widespread telematic vote in medium-sized companies, with a small number of partners residing in different States.

4.1. With trusted third party

An example of a provider of electronic voting services is offered by Innovoto. It is a platform specially developed for the incorporation of electronic voting and delegation of electronic representation in the General Shareholders' Meetings, as well as in other participation bodies. According to information on the website of the European Agency of Digital Trust (EADTrust)¹²⁴, with Innovoto authentication of participants is carried out in a simple and guaranteed way thanks to the use of cryptography. A verification method is implemented through the calculation of a custom hash for each user, which relates a series of personal parameters to random components. In this way, the hash uniquely identifies the voter¹²⁵.

A third party¹²⁶ has the advantage that contractors will only see the vote count and the voters who registered on the platform, but they will not be able to know who voted for each alternative. The form of authentication is varied, depending on the method chosen by the company. It may be through digital certificates, registration processes or the intranet of the company with access to the vote after user / password authentication by the entity itself. This tool is useful both for voting on the agenda items of participatory events, such as shareholders' meetings and the process can be implemented in real time or in advance over a period. If the electronic vote is anticipated and the voter goes after making the face-to-face vote, usually his vote is withdrawn from the early voting platform. Otherwise, face-to-face vote would be limited if he has already voted electronically, although the key to use the system in the end lies in the company by-laws and in the call for the General Meeting since the services are personalized¹²⁷.

4.2. No trusted third party

One way to revolutionize voting could be through blockchain because it would reduce costs and simplify elections. In a political electoral context, it is believed that this would bring many more voters into elections, which would develop our democracies¹²⁸. However, decentralizing voting would mean having to rely on the use of the internet or an isolated network, which could allow an unsupervised voting process using mobile phones and electronic tablets instead of physical ballots. In a decentralized voting system, tasks carried out by a central authority to verify

¹²⁴ EADTrust registered with the Ministry of Economic Affairs and Digital Transformation, as a qualified trust service provider, TSL List (*Trusted Service List*) published by the Subdirectorate General for the Digital Society integrated in the Secretary of State for Digitalization and Artificial Intelligence of the Ministry of Economic Affairs and Digital Transformation published on October 5, 2020. Its services are provided in accordance with the [European Regulation \(EU\) No. 910/2014](#) Regulation eIDAS, on certifications based on high security, which is valid in any European State, regardless of the State of origin of the Qualified Provider.

¹²⁵ <http://innovoto.com/caracteristicas/> (accessed 20/03/2022)

¹²⁶ <http://innovoto.com/preguntas-frecuentes/> (accessed 20/03/2022) Typically, platform customization and various organizational aspects of the process are managed by EADTrust in collaboration with the people in charge of the entity. Independence of management and simplifying the processes for the organizers are key aspects. The platform would incur liability for any improper action, among other aspects because the testimony it issues EADTrust collects aspects such as attendees, necessary quorum, results of votes and statistical data that may be of interest. The generated records are auditable and make any errors or manipulation very difficult. The criteria of independence and impartiality are part of the requirements of the audits that EADTRUST periodically passes, including ISO-27001 and EIDAS.

¹²⁷ It could also be implemented for electoral processes.

¹²⁸ BOUCHER, Philip, *What if blockchain technology revolutionised voting?*, European Parliamentary Research Service, September 2016.

identities, register votes, count and verify them would be carried out by the voters themselves having a copy as a registration on their smartphone or electronic device. Validation of votes would be established by a technological mechanism of consensus. In addition, in the voting of listed companies if the vote is combined with smart contracts, an automatic implementation of corporate decisions such as investment elections or other organizational decisions would be achieved.

Voting on blockchain can be implemented in two models mainly.

a. *Most advanced model*

The most advanced model would be for blockchain technology itself to make indirect shareholding systems disappear, so that ultimate investors would be listed as holders in the distributed ledger¹²⁹. Therefore, they are the subjects legitimized to exercise the right to vote at the general meetings. This model means that intermediaries are eliminated and the current problems of companies with respect to knowing ultimate investors' identity are mitigated¹³⁰. Some advantages are evident in having a very fast share transmission system on the blockchain network itself. Consequently, registers of the central securities depositories or registers of the entities adhering to them with the formal holder of the securities would be deleted¹³¹. Shares are securities originally issued as digital assets¹³². The same would happen if the shares were issued through traditional systems and subsequently tokenized on the blockchain¹³³.

«Tokenisation»¹³⁴ of shares permits transmission through the transfer of tokens representative of shares in a blockchain network itself¹³⁵, where the holder of the tokens is a shareholder¹³⁶. However, article 496.1 LSC requires that shares and participations of a company listed in Spain

¹²⁹ GALLEGÓ CÓRCOLES, «El Blockchain ...», *op.cit.*, p. 308.

¹³⁰ BENOS, Evangelos, GARRAT, Rodney, GURROLA-PEREZ, Pedro, 2017, «The economics of distributed ledger technology for securities settlement», *Staff working paper*, nº. 670, Bank of England, <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/working-paper/2017/the-economics-of-distributed-ledger-technology-for-securities-settlement> 2019 published version available at: <https://ledgerjournal.org/ojs/ledger/article/view/144/159>

¹³¹ Examples of Pilot Project in the report, EUROPEAN CENTRAL BANK, 2021, pp. 31-34.

¹³² EUROPEAN CENTRAL BANK, 2021, p. 12.

¹³³ BENOS, GARRAT, GURROLA-PEREZ, 2017, p. 40.

¹³⁴ It is noteworthy that the Regulation (UE) 2022/858 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022, on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology, and amending Regulations (EU) No 600/2014 and (EU) No. 600/2014 and (EU) No 909/2014 and Directive 2014/65/EU defines 'tokenisation' of financial instruments: the digital representation of financial instruments on distributed ledgers or the issuance of traditional asset classes in tokenised form to enable them to be issued, stored and transferred on a distributed ledger, is expected to open up opportunities for efficiency improvements in the trading and post-trading process. This definition in recital 3 was added at first reading by the European Parliament to the European Commission's proposal. However, as fundamental trade-offs involving credit risk and liquidity remain in a tokenised world, the success of token-based systems will depend on how well they interact with traditional account-based systems, at least in the interim.

¹³⁵ Tokens are digital assets or representations of the shares that are stored in the blockchain in code form and can be transmitted through *smart contracts*, *vid.*, BEDNARZ, Zofia, «El uso de la tecnología blockchain en las sociedades cotizadas: la implicación de los accionistas», *Revista de Derecho de Sociedades*, No. 58, 2020, (consulted electronic version), section 2.

¹³⁶ GARCÍA MARTÍNEZ, 2018, pp. 385-387.

be represented by means of book entries. Therefore, in a restrictive interpretation of the LSC, without a legal authorization that allows to represent shares by digital assets in blockchain, such a possibility would not be feasible¹³⁷. It is more than a computer change by the very structure of the network but what should be asked is whether such a change is worth it in the long run.

First, transparency would establish an accurate definition of shareholder¹³⁸, mitigating the difficulties of indirect holding of shares. Under the current system, issuers and custodians save money but not investors. It has even been shown that custody systems in the Anglo-Saxon world erode the rights of investors and reduce their assets' value because investors are exposed to the least favorable terms in contracts with custodians¹³⁹. In our opinion, there are several options to solve the securities infrastructure, which would benefit the voting process in listed companies. The first option would be a reduction or elimination of custodians thanks to blockchain. A second measure that could be complementary is to promote the use of smart contracts with sub-custodians, codifying more equitable terms for investors.

Secondly, a system of direct holding of shares helps to encourage greater market credibility¹⁴⁰. However, if the change is going to consist of having tokens in omnibus accounts managed by intermediaries, the change's magnitude is not appreciated if there are still intermediaries, in particular, new intermediaries appear with the digital system¹⁴¹.

Thirdly, it is possible to comply more efficiently with the requirements of Directive 2017/828 (Article 3 quater 2) which requires the verification of the meaning of the vote in accordance with shareholders' instructions, being a novelty at European level¹⁴². One of the ways to comply with the right to erase personal data of the partner who has ceased to be so is to establish this information off-chain, and only the verification code of that document is preserved in the blockchain¹⁴³. The other possibility would be that this data was encrypted within the blockchain, but not accessible to anyone after a period of time¹⁴⁴. According to Article 497 paragraph 3 of the LSC, this period shall not exceed twelve months from the date on which they become aware that

¹³⁷ PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, BEDNARZ, Zofia, «Cuestionando las bondades de la “blockchain” en las juntas generales. “un martillo buscando un clavo”», *Revista de Derecho de Sociedades*, No. 61, 2021, section III.2.

¹³⁸ PANISI, Federico, BUCKLEY, Ross P., ARNER, Douglas W., «Blockchain and Public Companies: A Revolution in Share Ownership Transparency, Proxy Voting and Corporate Governance? », *Stanford Journal of Blockchain & Policy*, Vol.2, No. 2, 2019, pp. 189-220, p. 211.

¹³⁹ MICHELER, Eva, «Custody Chains and Asset Values: Why Crypto-currencies are Worth Contemplating», *Cambridge Law Journal*, 2015, pp. 505-533, research gate version, p. 28.

¹⁴⁰ KOURETAS, Georgious, TARNANIDOU, Christina, «Shareholding in EU: is “indirect holding” approach appropriate in achieving financial integration?» *Journal of Financial Regulation and Compliance*, vol. 22, No. 1, 2014, pp. 15-25. These authors are in favor of direct holding of shares and registry transparency, considering that the EU should push for greater integration through the inclusion of the real shareholders in the registers.

¹⁴¹ See JIMÉNEZ-GÓMEZ, *op.cit.*, pp. 297-298.

¹⁴² SRD I did not require companies to check the meaning of the vote of representatives whether they vote according to the instructions of the shareholders they represent. See in this article, section 3.3.e.

¹⁴³ Art. 497.3 LSC forces treatment of the personal data in accordance with Regulation (EU) No 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the data protection of natural persons JIMÉNEZ-GÓMEZ, *op.cit.*, p. 326 *et seq.* One example has developed Hyperledger, *vid.*, Hyperledger In-depth: An hour with Joisto Group Oy- Enabling GDPR Compliant Storage with Hyperledger Fabric, <https://www.hyperledger.org/event/hyperledger-in-depth-an-hour-with-joisto-group-oy-hybrid-blockchains-with-hyperledger-fabric>, 21/04/2021, <https://www.youtube.com/watch?v=Y7of9V-tq2w>

¹⁴⁴ For various solutions, see JIMÉNEZ-GÓMEZ, *op.cit.*, pp. 333-338.

the person has ceased to be a shareholder for companies, intermediaries and service providers, regardless of their location. In the case of shareholder associations and when personal data are held by shareholders, they may keep them for the time necessary to carry out the exercise of their rights and the best defense of their common interests. Therefore, it is understood that if the purpose was mentioned, there is no problem for the data to be kept on the blockchain.

Fourthly, intermediaries' fees would be saved. These fees can be charged for services provided to investors or to companies for the transmission of information would be saved (Article 3 *quinquies* Directive 2017/828). Collection of fees has not been absolutely prohibited for the company's information transmission services to shareholders or to a third party appointed by shareholders¹⁴⁵; or from shareholders with regard to the exercise of rights derived from their shares to the company¹⁴⁶. This lack of prohibition squeaks with the fact that involvement of shareholders through their exercise of the vote is an objective of the Directive¹⁴⁷. Article 3 *quinquies* of Directive 2017/828 allows member States to differ on the rules for intermediaries. Thus, intermediaries may charge fees for information transmission services relating to facilitating the shareholder to exercise the shares rights, within which the right to vote is paramount. For example, Spanish Law 5/2021 does not prohibit these fees by intermediaries, since Article 524 ter of the LSC is dedicated to transposing Article 3 *quinquies* of Directive 2017/828. It states that intermediaries must publish on their websites all applicable rates for information transmission services¹⁴⁸. The only limit for such tariffs is that they cannot be discriminatory and must be proportionate to the actual costs incurred by intermediaries in providing the service¹⁴⁹. Spanish law does not prohibit the fees of intermediaries,¹⁵⁰ but it enshrines the differences in rates charged for the provision of the same service depending on the client or his representative State of origin. These articles merely convey that they will be valid if they are duly justified and reflect the variation in the actual costs incurred for provision of the services in question. Lack of an absolute ban at European level on such tariffs creates a tariff market that is legally fragmented depending on the state of origin of the customer or his representative.

Fifth, blockchain allows voting prior to the General Shareholders' Meeting or during the Meeting without any need to appoint a representative who is physically present at the meeting as provided for in Article 521 paragraph 2 of the LSC. Issuance of the first bond with blockchain from start to finish was carried out by Santander in 2019¹⁵¹. The bond exists only on the

¹⁴⁵ Article 3 *ter* paragraph 1 Directive 2017.

¹⁴⁶ Article 3 *ter* paragraph 4 Directive 2017.

¹⁴⁷ See Article 522 *bis* of the LSC entitled "Facilitation by intermediary entities of the exercise of the rights of the ultimate beneficiaries" and Article 3 *quater* paragraph 1 Directive 2017 entitled "Facilitating the exercise of the rights of citizens" shareholders".

¹⁴⁸ Transposition of Article 3(1) *quinquies* Directive 2017.

¹⁴⁹ Transposition of Article 3(2) *quinquies* Directive 2017.

¹⁵⁰ Possibility for the Spanish legislature under Article 3(3) *quinquies* Directive 2017.

¹⁵¹ *Santander launches the first bond with technology blockchain from start to finish*, Madrid September 12, 2019, <https://www.santander.com/es/sala-de-comunicacion/notas-de-prensa/santander-lanza-el-primer-bono-con-tecnologia-blockchain-de-prin> Banco Santander itself has been the issuer of the bond of 20 million dollars, while one of the Units of the Group has bought it at market price, with a quarterly coupon of 1.98%. Santander Securities Services has acted as an agent of the tokenisation and custodian of encryption keys. It has used the public blockchain Ethereum, one of the open-source technologies of blockchain more advanced. This has allowed the bank tokenise the bond safely and register it in a permitted way in the blockchain. The cash used to complete the

blockchain, which implies a first step for a possible secondary market of tokenized securities in the future. Moreover, in July 2022, BME, through Iberclear, BBVA and the Interamerican Development Bank (IDB), have completed the first bond issuance in Spain listed in a regulated market and registered using blockchain technology developed by ioBuilders¹⁵². According to the BBVA website, this platform could serve as a basis for future issuances in Spain and in Latin America and the Caribbean¹⁵³.

b. Mixed models

b.1. First type of mixed model

The identity authentication process is done outside the blockchain platform as it depends on a central certification authority. Ownership of shares is registered in the blockchain platform from communication carried out by the Central Securities Depository, on the information in the records of the CSD. The blockchain system issues voting tokens for shareholders from CSD registration information. In such a way that shareholders can: view the information of the meetings and vote before or during the holding of the same meeting, transmit their voting rights to a representative, control the meaning of the vote of the representative and revoke the power of representation, consult information of the meetings and previous transactions. Custodians (banks that hold the securities) could: a) distribute the voting rights among the economic owners of the share quickly with the upload of a file to the system, or b) vote on behalf of their clients. As can be seen, intermediaries are responsible for raising the list of shareholders and the legal requirements are structured through smart contracts, such as the necessary quorum for the constitution of the general meeting and majorities for valid adoption of resolutions¹⁵⁴.

This system has been implemented at general meetings of Estonian listed companies by Nasdaq Tallinn¹⁵⁵. The Estonian experiment was based on the e-residency program, which allows remote and secure identification using Estonian digital identities. This experiment was also carried out by the Abu Dhabi Stock Exchange and in 2017 the vote was organized at the General Meeting of shareholders of several listed companies¹⁵⁶.

investment (delivery against payment in blockchain) and the quarterly coupon have also been tokenised, that is, they have been represented digitally in the blockchain. Thanks to the automation of the bond, which has a maturity of one year, the number of usual intermediaries in these processes has been reduced, which has allowed a faster, more efficient and simpler operation. Santander CIB's objective is to collaborate with the most innovative customers and move from the project stage to product development.

¹⁵² BBVA, BME and IDB issue the first regulated bond in Spain registered with Blockchain, 26/07/2022, available at <https://www.bbva.com/en/bbva-bme-and-idb-issue-the-first-regulated-bond-in-spain-registered-with-blockchain/> (BBVA was tokenizer of digital money, but also the digital custodian, digital structurer and active bookrunner for the transaction. Citi has acted as agent. Iberdrola and Renta 4 have acted as investors in the bond.)

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ GÁLLEGO LANAU, María, «La aplicación de la tecnología de registro distribuido en la Junta General. Una primera aproximación», *Revista de Derecho de Sociedades*, No. 57, 2019, Section III.1.2.

¹⁵⁵ Nasdaq And Estonia's E-Residency to Empower Shareholders on Estonian Stock Exchange, CNN, Last modified: March 4, 2021 4:46 PM, available at: <https://www.cnn.com/nasdaq-estonias-e-residency-empower-shareholders-estonian-stock-exchange/>

¹⁵⁶ ADX showcases blockchain voting at AGMs, Finextra, 9/10/2017), <https://www.finextra.com/pressarticle/71057/adx-showcases-blockchain-voting-at-agms>

b.2. Second type of mixed model

Blockchain is used as a record and the vote is done with current means that are linked to the blockchain network. Applications connect to blockchain to record certain aspects of voting. In this application the use of blockchain is only a confirmation of the event that occurred outside. Shares are still represented by annotations in account. Firstly, technology- by creating tokens- has a merely complementary function, which is possible without modifying the current legislation in Spain. Secondly, given that there are two key moments for voting at a General Meeting, the blockchain will have to allow registration of sending of instructions from the ultimate investor to the formal holder of the shares at the time prior to issuance of the vote, and also the registration of the vote received by the issuer at the end of the voting process. Tests at Boadbridge, in the consortium of J.P. Morgan, Northem Trust and Banco Santander for the 2018 Board used this type of mixed model.

This type may be suitable for voting on the policy of remuneration of directors¹⁵⁷, such a vote may be consultative according to national legislation¹⁵⁸. It is also not recommended that the report on remuneration of directors was in blockchain, since the company must delete all personal data from the remuneration report at the end of the ten-year period¹⁵⁹, posing a technical problem in blockchain. The Shareholder Rights Directive II requires that the remuneration policy, the date and the result of the vote to be published without delay on the company's website and to be publicly accessible free of charge for as long as it is applicable¹⁶⁰. Spanish legislation does not introduce a specific deadline, as it is limited to the fact that it will be accessible from its approval¹⁶¹.

5. Blockchain is nothing more than a technical solution

5.1. Economic interests and regulation

We hope that it does not happen with the invention of blockchain as with the electric motor invention whose origins date back to the early nineteenth century, and at the beginning of the last century the percentage of electric cars in circulation exceeded that of gasoline¹⁶². However, acceptance of electric cars was initially hampered by lack of infrastructure for recharging energy, which together with oil reserves discovery and mass production of vehicles initiated by Henry Ford made us forget about electric cars. However, in 2019, the patent for the first electric Ferrari was registered with the U.S. Patent Office and Ferrari announced its first vehicle on the market by 2025¹⁶³. Is it really a consumer demand or are we moving globally towards less polluting and more sustainable economies in the wake of regulation?

¹⁵⁷ See Art. 9 bis s. 1 Directive 2017.

¹⁵⁸ See Art. 9 bis s. 3 Directive 2017. In Spain, it has consultative status, art. 529 novodecies s. 7 LSC.

¹⁵⁹ See Art. 9 ter s. 5 Directive 2017.

¹⁶⁰ See Art. 9 bis s. 7 Directive 2017.

¹⁶¹ See Art. 529 novodecies s. 2 LSC.

¹⁶² KIRSCH, David, «The Electric Car and the Burden of History: Studies in Automotive Systems Rivalry in America, 1890-1996», *Business and Economic History*, vol. 26, No.2, 1997.

¹⁶³ DUFFY, Tyler, «Ferrari Is Going Electric, but This New Patent Proves You Shouldn't Worry», Updated: Feb 20, 2022, <https://www.gearpatrol.com/cars/a39024170/ferrari-electric-car-patent/> GUTIERREZ, Diego, «Ferrari registers the patent of its first electric car and reveals interesting secrets», 8/02/2022, (accessed 27/03/2022)

Voting through blockchain aims to give back to risk-bearing investors their right to exercise their fair share in a more transparent, securer and more efficient way. If there are apathetic investors in a rational way, no technology may change that human psychology, but what seems clear is that a direct relationship of investors with company facilitates communication and, therefore, transmission of all the information on which shareholders must exercise their right to vote. Transparency helps to understand many processes because it uncovers the hidden strategies that may exist within the board of directors. It does not mean that filling investors in listed companies with reports will produce an understanding and processing of such information. However, the possibility of having everything at hand revolutionizes the meaning of a General Shareholders' Meeting, to such an extent that any need to hold such a physical or telematic meeting is questioned if the information necessary for the issuance of votes is available with a reasonable time for investors.

5.2. Post-pandemic companies

Certain studies predicted that virtual boards would not be successful in Spanish listed companies due to preference for physical assistance¹⁶⁴. Yet this trend has not been possible to maintain during the COVID-19 pandemic and enabling of technology by Royal Decree-Law has been necessary, so it may be risky to try to predict the future. In a new environment of enabling the holding of fully telematic meetings (article 182 bis LSC after the reform of Law 5/2021). This possibility admitted until then only exceptionally, and even without statutory provision at the beginning of COVID-19,¹⁶⁵ becomes permanent. Therefore, even the Chairman and the secretary of the Board are dispensed with, since it is presumed that the shareholders' meeting is held at the registered office, regardless of where the Chairman of the Board is located (art. 186 bis 6 LSC). However, for fully telematic meetings to have a vocation of permanence, they must be expressly provided for in the companies by-laws and such modification must be approved by a qualified majority (two thirds of the capital present or represented at the meeting). Similarly, the pandemic has changed the way shareholders' meetings are held in other EU Member States.¹⁶⁶

5.3. At the expense of intermediaries

In a comparison with holding of shares given its relationship with voting in listed companies, we believe that, in the shareholding market, it does not seem that an optimal system is wanted, just a cheap system is in place. An example is the concordance of the authorized post-mailing

<https://www.hibridosyelectricos.com/articulo/mercado/patente-ferrari-electrico-secretos/20220208130418054290.html>

¹⁶⁴ See GÁLLEGOS LANAÚ, *op.cit.*, epígrafe III. 1.5.C, electronic version.

¹⁶⁵ Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 «BOE» núm. 73, de 18/03/2020. Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. «BOE» núm. 91, de 01/04/2020. (RDL 8/2020 and RDL 11/2020).

¹⁶⁶ MADISON, Karin *et al*, «Estonian corporate update: participation and voting at virtual meetings becomes widely available», 12 May 2020, *Lexology*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b5fbba2f-9714-4ae3-9c58-3747892f80b5> «Electronic measures used for meetings must be secure and enable two-way real time or other similar connection, so that participants can observe the meeting, as well as speak and vote. The management board should also identify the participants and verify representation rights. This means that management boards will need to set rules for holding virtual meetings and ensure that all members have an equal opportunity to participate and vote. Finding a suitable electronic platform for convening a meeting is a challenge.»

reconciliation in the United States, necessary for imbalances to agree on the shareholder position, which entails the right to participate in general meetings and vote in them. Imbalances occur in omnibus accounts¹⁶⁷ because ownership of individual shares does not follow the pre-mailing system. That is, allowing shareholders to know the exact number of votes they can deposit prior to the vote¹⁶⁸.

However, post-mailing reconciliation system is used because it is cheaper than the alternative, not because it is better. Intermediaries are the ones who choose between systems. Therefore, it is not surprising that despite having made pilot tests¹⁶⁹ of blockchain voting, it has not been implemented at a general level in listed companies since financial institutions act as asset managers, custodians and sub-custodians in the stock market.¹⁷⁰

Nevertheless, a regulation of the European Parliament and of the Council on a pilot regime for market infrastructures based on decentralized registration technology raises the possibility of creating a test environment, called a sandbox, to experiment with this technology¹⁷¹. Soft law previously in the OECD Principles of Corporate Governance indicated that procedures used in shareholders' meetings must guarantee proper counting and registration of votes¹⁷². That is, computation of votes is transcendent. This provision is binding presently through the Shareholder Rights Directive II. These provisions are consistent with principle 6 of the Code of Good Governance of the Spanish Markets and Securities Commission (CNMV 2020), since it establishes that the General Shareholder's Meeting must operate under the transparency principle and with adequate information.

6. Concluding remarks

¹⁶⁷ In favour of omnibus accounts, it should be noted that they have made possible to reduce transaction costs by creating economies of scale and increasing liquidity and facilitating loans of marketable securities, although at the cost of reducing transparency, since the identity of the custodian bank is recorded instead of the ultimate beneficiary. HOBSON, Dominik, «The Future of the Omnibus Account» (2014), *Clearstream*, p. 2, available at <https://www.clearstream.com/resource/blob/1312332/bc8ff5e084310b7a98ec5f39eff47c0a/hobsonseries14mgem-data.pdf>

He alludes to the fact that the obvious solution for the stock market is to delete omnibus accounts and use accounts of the ultimate beneficiaries. However, some authors warn that this is inadequate because no beneficiary will be identified beyond the immediate to the main one and would be inefficient for the industry. Thanks to these omnibus accounts the market is more open to larger classes of investors.

¹⁶⁸ PANISI et al., «Blockchain and Public Companies...» *op.cit.*, p. 211.

¹⁶⁹ VAN DER ELST, Christoph, LAFARRE, Anne, «Blockchain technology for corporate governance and shareholder activism», *ECGI Working Paper (series Law)*, nº 390, March 22, 2018, pp. 1-26.

¹⁷⁰ Cf., PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, BEDNARZ, Zofia, «Cuestionando las bondades de la "blockchain" en las juntas generales. "un martillo buscando un clavo" », *Revista de Derecho de Sociedades*, No. 61, 2021, electronic version, Section I.1.

¹⁷¹ Regulation (EU) 2022/858 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022, on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology, and amending Regulations (EU) No 600/2014 and (EU) No. 600/2014 and (EU) No 909/2014 and Directive 2014/65/EU. TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, «Los facilitadores de la innovación de las tecnofinanzas en la Unión Europea y en España en especial, los espacios controlados de pruebas o "sandboxes"», *Revista del Derecho de Mercado de Valores*, No. 29, 2021. In Spain, Law 7/2020 is relevant for the digital transformation of the financial system. For a discussion of the proposal, see GARCÍA MARTÍNEZ, Luz María, «Infraestructuras de mercado basadas en tecnología de registro distribuido (TRD): el futuro Régimen Piloto de la UE», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, No. 29, 2021.

¹⁷² Section V.A.8 of the 2004 OECD Principles on Corporate Governance.

Blockchain represents an opportunity because an entire voting process in a listed company is in the hands of their shareholders. The voting process through blockchain is transparent, decentralized and in principle bottom-up. To conduct the right to vote with or without a central authority is a decision to take by the current bodies of the corporation.

Corporate law based on scraps as if it were a patchwork is not the most advisable because companies need flexibility. Delaware corporate law was described as an example of an innovative flexible model in relation to blockchain introduction in corporate law, which contrasts with the rigidity of Spanish current corporate law as the most advanced model of implementation of voting via blockchain is not possible. This advanced model also implies a change in capital markets structured. Under Spanish corporate law only a mixed model of blockchain vote can be implemented. The Iberdrola AGM in July 2022 is an example of the second type of mixed model explained in this article. However, in the European Union the Estonia's E-residency programme is highlighted because it implements a model to follow. It aims to ensure that shareholders participate in voting and company meetings in an easier and safer way for which regulation is essential. This Estonian model corresponds with the first type of mixed model explained in the article.

It is anticipated that electronic voting by blockchain can improve shareholder participation by being a more secure and efficient system, which will produce externalities in the future of society. An extension of the Estonian e-voting pilot programme to the rest of the EU would be a plausible and desirable effect provided that companies have it regulated in their by-laws or shareholders' meeting rules.

Additionally, voting via blockchain would also help to comply with the recent transposition of Directive (EU) 2017/828 on fostering long-term shareholder engagement. In this case, blockchain technology would align with efficiency, as it would be developed to complement national corporate law.

Finally, the Regulation (EU) 2022/858 of 30 May 2022 presents a chance to evaluate financial services in a new context, establishing a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology. This new piece of legislation should play a significant role in advancing the society knowledge of distributed ledger technology.

7. Bibliography

AHERN, Deirdre, «The Mythical Value of Voice and Stewardship in the EU Directive on Long-term Shareholder Engagement: Rights Do Not an Engaged Shareholder Make», *European Union Law Working Papers*, No. 32, 2018, p. 3.

ALONSO UREBA, Alberto, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, PERDICES HUETOS, Antonio, GÓMEZ-SANCHÁ TRUEBA, Ignacio, *Transparencia accionarial y Buen Gobierno*, Centro de Gobierno Corporativo, 2010.

ARENAS GARCÍA, Rafael, «Sociedades» in FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, ARENAS GARCÍA, Rafael, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho de los Negocios Internacionales*, 5th ed., Madrid, Iustel, 2016.

BACON Jean et al., «Blockchain Demystified: A Technical and Legal Introduction to Distributed and Centralized Ledgers», *Richmond Journal of Law and Technology*, Vol. XXV, No. 1, 2018, pp. 1-106.

BEDNARZ, Zofia, «El uso de la tecnología blockchain en las sociedades cotizadas: la implicación de los accionistas», *Revista de Derecho de Sociedades*, No. 58, 2020.

BENOS, Evangelos, GARRAT, Rodney, GURROLA-PEREZ, Pedro, 2017, «The economics of distributed ledger technology for securities settlement», Staff working paper, nº. 670, Bank of England, <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/working-paper/2017/the-economics-of-distributed-ledger-technology-for-securities-settlement> 2019 published version available at: <https://ledgerjournal.org/ojs/ledger/article/view/144/159>

BLACK, Bernard S., «Shareholder Passivity Reexamined», *Michigan Law Review*, Vol. 89, No. 3, 1990, pp. 520-608.

BOUCHER, Philip, *What if blockchain technology revolutionised voting?*, European Parliamentary Research Service, September 2016.

BRAV, Alon, CAIN, Matthew, ZYTNICK, Jonathon, «Retail shareholder participation in the proxy process: Monitoring, engagement, and voting», *Journal of Financial Economics*, Vol. 144, No. 2, 2022, pp. 492-522.

BUTERIN, VITALIK, «Introducing Ripple: A Detailed Look at Cryptocurrency's New Kid on the Block», *Bitcoin Magazine* (26/02/2013), <https://bitcoinmagazine.com/articles/introducingripple>.

CHANDER, Anupam, «Minorities, Shareholder and Otherwise», *Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 1, 2003, pp. 119 and ff., p. 150.

DE FILIPPI, Primavera, WRIGHT, Aaron, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Harvard University Press, 2018.

DUFFY, Tyler, «Ferrari Is Going Electric, but This New Patent Proves You Shouldn't Worry», (updated: Feb. 20, 2022) <https://www.gearpatrol.com/cars/a39024170/ferrari-electric-car-patent/>

EUROPEAN CENTRAL BANK, *The use of DLT in post-trade processes*, (Aspectacles 2021), p. 2 https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.20210412_useofdltposttradeprocesses~958e3af1c8.en.pdf

EUROPEAN UNION BLOCKCHAIN OBSERVATORY AND FORUM, *Blockchain and the GDPR*, 33 (Oct. 16, 2018), https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/20181016_report_gdpr.pdf?width=1024&height=800&iframe=true (26/03/2022).

EVANS, John, «Blockchain Nodes: An In-Depth Guide», NODES.COM, <https://nodes.com>

FENTON, Bruce, «It is Better to Lose Your Investment Than Lose Your Blockchain», Medium (17 June 2016), <https://medium.com/@brucefenton/its-better-to-lose-your-investment-than-lose-your-blockchain-2907a59d5a40>

GALLEGÓ CÓRCOLES, Ascensión, «El Blockchain en la Junta General», en MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas (Dir.), *Revolución digital, Derecho mercantil y token economía*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 306-339.

GÁLLEGOLANAU, María, «La aplicación de la tecnología de registro distribuido en la Junta General. Una primera aproximación», *Revista de Derecho de Sociedades*, No. 57, 2019.

GARCÍA MARTÍNEZ, Luz María, «Infraestructuras de mercado basadas en tecnología de registro distribuido (TRD): el futuro Régimen Piloto de la UE», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, No. 29, 2021.

GARCÍA MARTÍNEZ, Luz, «Consideraciones iniciales sobre la tecnología de registro distribuido (blockchain) como herramienta emergente de identificación e implicación accionarial», en FERNÁNDEZ TORRES, Isabel, et al (Coords.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, 2018, pp. 371-393.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., «La propuesta de Directiva sobre el ejercicio transfronterizo de los derechos de voto», *Revista de Derecho de Sociedades*, 2006-1, pp. 203 y ss.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José, «Ejercicio del derecho de voto e intermediarios financieros: el infeliz artículo 524 LSC», *Revista de Derecho de Mercado de Valores*, nº 10, 2012.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José, «The UNIDROIT Project on Intermediated Securities: Direct and Indirect Holding Systems», *InDret 1.2006*, pp.1-21.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José, SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Sara, «Valores negociables y custodia internacional: algunas cuestiones fundamentales», en MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, RECALDE CASTELLS, Andrés Juan (Dirs.), *La reforma del sistema de poscontratación en los mercados de valores*, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 797-830.

GARRATE RIVERA, Luisa, «El Blockchain para la transferencia de acciones y la organización de libros sociales», AD 36/2021, 18/03/2021, <https://adefinitivas.com/arbol-del-derecho/el-blockchain-para-la-transferencia-de-acciones-y-la-organizacion-de-libros-sociales-a-cargo-de-luisa-garate-rivera/>

GIBSON, Ronald J. and GORDON, Jeffrey N., «The Agency Costs of Agency Capitalism: Activist Investors and the Revaluation of Governance Rights», *Columbia Law Review*, Vol. 113, No. 4, 2013, pp. 863-927, p. 867.

GUTIERREZ, Diego, «Ferrari registers the patent of its first electric car and reveals interesting secrets», 8/02/2022, (accessed 27/03/2022) <https://www.hibridosyelectricos.com/articulo/mercado/patente-ferrari-electrico-secretos/20220208130418054290.html>

HACKL, Cathy, «What Are DAOs And Why You Should Pay Attention», Forbes, (June 1, 2021, 08:00am EDT), <https://www.forbes.com/sites/cathyhackl/2021/06/01/what-are-daos-and-why-you-should-pay-attention/> (last accessed 25/07/2022)

HASS, Steven M., BREWER, Charles, «Making the Switch: A Company's Guide to Virtual-Only Shareholder Meetings», Hunton & Williams, LLP 2017.

HERNÁNDEZ PEÑASCO, Ramón, «El voto transfronterizo mediante intermediario financiero: el artículo 524 de la ley de sociedades de capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 40, 2013.

HOBSON, Dominik, «The Future of the Omnibus Account» (2014), Clearstream, available at https://www.clearstream.com/resource/blob/1312332/bc8ff5e084310b7a98ec5f39eff47c0a/hobs_onseries14mgem-data.pdf

IBAÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao, *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*, Aranzadi, Navarra, 2018.

JIMÉNEZ-GÓMEZ, Briseida Sofía, «Risks of Blockchain for Data Protection: A European Approach», *Santa Clara High Technology Law Journal*, vol. 36, No. 3, 2020, pp. 281-342.

JOSHI, Archana Prashanth, et al., «A survey on security and privacy issues of blockchain technology», Mathematical Found. Of Computing, Vol. 1. No. 2, pp. 121-147, §§ 2.2, 2.4 (May 2018), <https://www.aimscolleges.org/article/doi/10.3934/mfc.2018007>

KAHAN, Marcel, ROCK, Edward B., «The Hanging Chads of Corporate Voting», *The Georgetown Law Journal*, Vol. 96, 2008, pp. 1227-1281.

KAHAN, Marcel, ROCK, Edward B., «The Insignificance of Proxy Access», *Virginia Law Review*, Vol. 97, No. 6, 2011, pp. 1347-1434.

KIRSCH, David, «The Electric Car and the Burden of History: Studies in Automotive Systems Rivalry in America, 1890-1996», *Business and Economic History*, vol. 26, No.2, 1997.

KOLACZ, Marta, QUINTAVALLA, Alberto, YALNAZOV, Orlin. «Who Should Regulate Disruptive Technology», *European Journal of Risk Regulation*, 10(1), 2019, pp. 4-22.

KOURETAS, Georgios, TARNANIDOU, Christina, «Shareholding in EU: is “indirect holding” approach appropriate in achieving financial integration?», *Journal of Financial Regulation and Compliance*, vol. 22, No. 1, 2014, pp. 15-25.

LEHMANN, Matthias, «National Blockchain Laws as a Threat to Capital Markets Integration», *Uniform Law Review*, Vol. 26, No. 1, 2021, pp. 148-179.

LEWIS Rebecca, et al., «Blockchain and Financial Market Innovation», *Fed. Res. Bank Of Chicago* (2017), <https://www.chicagofed.org/publications/economic-perspectives/2017/7>.

MADISON, Karin et al, «Estonian corporate update: participation and voting at virtual meetings becomes widely available», 12 May 2020, Lexology, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b5fbba2f-9714-4ae3-9c58-3747892f80b5>

MAGNUSON, William, *Blockchain Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

METZ, Cade, Overstock Begins Trading Its Shares Via the Bitcoin Blockchain, WIRED (15/12/2016, 6:20 PM), <https://www.wired.com/2016/12/overstock-com-issues-stock-via-bitcoin-blockchain/>

MICHELER, Eva, «Custody Chains and Asset Values: Why Crypto-currencies are Worth Contemplating», *Cambridge Law Journal*, 2015, pp. 505-533.

MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas, «Aspectos sobre las finanzas descentralizadas DEFI, protocolo de préstamos», *Revista de Derecho de Mercado de Valores*, No. 29, 2021.

NAVARRO LÉRIDA, María del Sagrario, «El poder de decisión societario y blockchain», en MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas (Dir.), *Revolución digital, Derecho mercantil y token economía*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 287-303.

NELSON, Danny, «Overstock Touts Voatz Blockchain Voting App as Solution to US Election Fracas», *CoinDesk*, Oct 30, 2020 at 7:09 p.m. Updated Sep 14, 2021 at 12:25 p.m. <https://www.coindesk.com/markets/2020/10/30/overstock-touts-voatz-blockchain-voting-app-as-solution-to-us-election-fracas/>

PANISI, Federico, BUCKLEY, Ross P., ARNER, Douglas W., «Blockchain and Public Companies: A Revolution in Share Ownership Transparency, Proxy Voting and Corporate Governance? », *Stanford Journal of Blockchain & Policy*, Vol.2, No. 2, 2019, pp. 189-220.

PARSONS, Joe. «German Central Bank: Blockchain slower and expensive to implement», (31/05/2019) <https://www.thetradenews.com/german-central-bank-blockchain-slower-expensive-implement/>

PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, BEDNARZ, Zofia, «Cuestionando las bondades de la “blockchain” en las juntas generales. “un martillo buscando un clavo” », *Revista de Derecho de Sociedades*, No. 61, 2021.

ROBERTS, Jeff John, Companies Can Put Shareholders on a Blockchain Starting Today, FORTUNE (Aug. 1, 2017), <http://fortune.com/2017/08/01/blockchain-shareholders-law/>

SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal, «Valores anotados y construcción jurídica de las anotaciones en cuenta», *Revista del Mercado de Valores*, 1(2007), pp. 3-38.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *La Junta General en las Sociedades de capital*, Cizur Menor, Civitas, 2007.

SHARMA, Toshendra K., «Advantages and disadvantages of permissionless blockchain», Blockchain Council (Oct. 3, 2018), <https://www.blockchaincouncil.org/blockchain/advantages-and-disadvantages-of-permissionless-blockchain/>.

STRASSMAN, Ryan, «XII. Delaware Explicitly Legalizes Corporate Documentation Road Blockchain», *Developments in Banking and Financial Law*, 2017, pp. 166 and ss.

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, «Los facilitadores de la innovación de las tecnofinanzas en la Unión Europea y en España en especial, los espacios controlados de pruebas o «sandboxes»», *Revista del Derecho de Mercado de Valores*, RMV, No. 29, 2021.

TINIANOW, Andrea, LONG, Caitlin, «Delaware Blockchain Initiative: Transforming the Foundational Infrastructure of Corporate Finance», Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, 16/03/2017, <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/03/16/delaware-blockchain-initiative-transforming-the-foundational-infrastructure-of-corporate-finance/>

UMEH, Jude, «Blockchain Double Bubble or Double Trouble? », 58 *ITNOW* 59 (2016).

UNIDROIT Legislative Guide on Intermediated Securities, Implementing the Principles and Rules of the Geneva Convention 2017, <https://www.unidroit.org/instruments/capital-markets/legislative-guide/>

VAN DER ELST, Christoph, LAFARRE, Anne, «Blockchain and Smart Contracting for the Shareholder Community», *European Business Organization Law Review*, 2019, No. 20, pp. 111-137.

VAN DER ELST, Christoph, LAFARRE, Anne, «Blockchain technology for corporate governance and shareholder activism», ECGI Working Paper (series Law), nº 390, March 22, 2018, pp. 1-26.

YERMACK, David, «Corporate Governance and Blockchains», *Review of Finance*, Vol. 21. No.1, 2017, pp. 7-31.

YEUNG, Karen. «Regulation by Blockchain: The Emerging Battle for Supremacy between the Code of Law and Code as Law», 2018, available on: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3206546

ZETZSCHE, Dirk A. et al., «The Distributed Liability of Distributed Ledgers: Legal Risks of Blockchain», *University of Illinois Law Review*, vol. 2018, No. 4, pp. 1361-1407.

El enfermo mental en el Anteproyecto LEcrim. 2020

Ángel I. Sanz Morán
Universidad de Valladolid

Sumario

Uno de los aspectos más conflictivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene que ver con el modo en que se aborda el problema del enfermo mental autor de un hecho delictivo. Tras exponer resumidamente los problemas que presenta esta regulación, se analizan en este trabajo las previsiones que al respecto se recogen en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, comprobando si suponen realmente un avance significativo frente a la solución vigente.

Abstract

One of the most controversial aspects of the current Law of Criminal Procedure has to do with the way in which the problem of the mentally ill perpetrator of a criminal act is addressed. After briefly exposing the problems that this regulation presents, the provisions that are included in this regard in the Draft Criminal Procedure Law of 2020 are analyzed in this paper, checking if they really represent a significant advance compared to the current regulation.

Zusammenfassung

Einer der umstrittensten Aspekte des geltenden Strafprozessordnung betrifft die Art und Weise wie mit dem Problem des psychisch kranken Täters einer Straftat umgegangen wird. Nach einer kurzen Darstellung der Probleme, die diese Regelung mit sich bringt, werden in diesem Beitrag die diesbezüglichen Regelungen des Strafprozessordnungsentwurfs 2020 analysiert und geprüft, ob sie wirklich einen wesentlichen Fortschritt gegenüber der jetzigen Lösung darstellen.

Title: *The mentally ill in the Draft Criminal Procedure Law of 2020*

Titel: *Der psychisch Kranke im Strafprozessordnungsentwurfs 2020*

Palabras clave: Inimputable, proceso penal, capacidad procesal, medidas cautelares, incapacidad sobrevenida, internamiento psiquiátrico.

Keywords: *Unasailable, criminal process, procedural capacity, precautionary measures, supervening incapacity, psychiatric internment.*

Stichworten: *Zurechnungsunfähig, Strafprozess, Verhandlungsfähigkeit, Massnahmen zur Sicherstellung der Strafverfolgung, hinzukommende Zurechnungsunfähigkeit, psychiatrische Krankenhauseinweisung.*

DOI: [10.31009/InDret.2023.i1.04](https://doi.org/10.31009/InDret.2023.i1.04)

Recepción

31/08/2022

-

Aceptación

07/12/2022

-

Índice

-

1. Introducción

2. Situación actual

2.1. El problema de las medidas cautelares

2.2. El problema de la conclusión del procedimiento

3. Precedentes inmediatos del actual proceso de reforma de la LECrim.

4. Previsiones del Anteproyecto LECrim. de 2020

4.1. Introducción

4.2. Medidas cautelares

4.3. Variantes en el procedimiento a seguir

5. Consideraciones conclusivas

6. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

Desde que, por primera vez, nos ocupamos del régimen legal de las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal, hemos venido insistiendo en los problemas que ofrece la situación de quien se enfrenta a un proceso penal teniendo alterada su capacidad de «comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión», de acuerdo con la fórmula biológica-normativa que, en la determinación de la existencia de imputabilidad, utiliza el artículo 20 CP¹. Y es que, como lo reconoce expresamente la Exposición de Motivos del reciente Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020 (en lo sucesivo ALECrим.), del que nos vamos ocupar en estas páginas, «la regulación del régimen jurídico procesal de la discapacidad sigue siendo, en efecto, una de las lagunas más notorias de la regulación en vigor» (apartado XVII). Se trata, por lo demás, de una cuestión que, con alguna notable excepción², apenas venía siendo objeto de atención doctrinal específica hasta hace muy poco tiempo³.

De ahí la trascendencia que cobra el ambicioso intento de colmar esta laguna que ofrece el Anteproyecto al que acabamos de referirnos y sobre el que girará preferentemente nuestra reflexión (apartado 4). Antes de adentrarnos en este texto es necesario, sin embargo, exponer sucintamente cuál es la situación vigente y los problemas interpretativos que suscita en la doctrina y la jurisprudencia (apartado 2) y en qué términos trataba de superarse esa situación en los Anteproyectos de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y 2013 (apartado 3). Como es convencional, cierran esta contribución una serie de reflexiones críticas (apartado 5). Por lo demás, y dado que ya hemos tratado con anterioridad esta materia, limitaremos aquí las referencias bibliográficas, dando preferencia a las más recientes y remitiendo a otras aportaciones precedentes, donde encontrará el lector ulterior información⁴.

* Autor/a de contacto: Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel J. Sanz Morán, Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valladolid (ajsanz@uva.es). Esta contribución se enmarca en el Proyecto “Proceso Penal y Unión Europea. Análisis y propuestas”. Ref.: PDI2020-116848GB-100. Una primera versión abreviada, con el título, «Una reforma inaplazable. El nuevo *status* procesal del inimputable en el Anteproyecto de LECRim. de 2020», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDON/GALLEGO SOLER/HORTAL IBARRA (dirs.), *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro Homenaje a la Profesora Miren Txu Corcoy Bidasolo*, v. II, Boletín Oficial del Estado (BOE), 2022, pp. 1593-1605.

¹ Véase SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003, pp. 277 ss.

² Véase, especialmente, SANTOS REQUENA, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, 2001.

³ De la doctrina más reciente, destacan especialmente las dos obras colectivas dirigidas por FLORES PRADA, *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017 y, más recientemente, *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal (Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)*, 2022. Cfr., además, entre otros, FARTO PIAY, «El enjuiciamiento penal de las personas con problemas de salud mental», *Estudios Penales y Criminológicos*, (41), 2021, pp. 895-939; FLORES PRADA, «Alternativas al enjuiciamiento de acusados con falta de capacidad procesal por trastorno mental grave», *Práctica de Tribunales* (145), 2020; HERNÁNDEZ GARCÍA, «Notas sobre las obligaciones de ajuste en el tratamiento procesal de las personas investigadas o acusadas vulnerables», *Revista Jurídica de Catalunya*, (4), 2020, pp. 9-39; PUENTE RODRÍGUEZ, «Algunos problemas procesales derivados de la alteración mental del acusado, antes, durante y después del procedimiento penal», *Diario La Ley*, (9699), 2020; SÁNCHEZ RUBIO, «Las garantías de defensa en el enjuiciamiento del enfermo mental», en ÁLVAREZ ALARCÓN/GARCÍA MOLINA (dirs.), *Tendencias actuales del Derecho Procesal*, 2019, pp. 91-105; y SUBIJANA ZUNZUNEGUI, «El estatuto jurídico de las personas investigadas/acusadas con discapacidad por trastorno mental en el proceso penal de adultos», *Práctica Penal. Cuaderno Jurídico*, (100), pp. 14-24.

⁴ Además de a la monografía citada en la nota 1, véase SANZ MORÁN, «Acerca de las medidas cautelares personales aplicables a los sujetos inimputables autores de un delito; comentario a la STC 217/2015, de 22 de octubre», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (42), 2016, pp. 213-230; EL MISMO, «El inimputable ante el proceso penal», en DE HOYOS SANCHO (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, 2017, pp. 295-314; y EL MISMO, «Relevancia procesal de la inimputabilidad», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, 2018, pp. 601-623.

2. Situación actual

Como es notorio, el vigente Código penal español extiende a las medidas de seguridad los mismos criterios garantistas que, vinculados al principio de legalidad, se prevén en el caso de la pena, entre los cuales se encuentra el de «jurisdiccionalidad» que, de acuerdo con su formulación legal, significa que «no podrá ejecutarse pena *ni medida de seguridad* sino en virtud de *sentencia firme* dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales» (art. 3.1º CP)⁵, lo que aparece ratificado en los artículos 101 a 103 del mismo Código Penal, cuando señalan que el límite máximo de duración de las medidas en ellos previstas debe fijarse «en la sentencia».

Pues bien, estas apelaciones a la exigencia de sentencia para la imposición de las medidas comportan una doble consecuencia: afectan, por un lado, al régimen de las medidas cautelares de carácter personal, y zanján, por otra parte, una vieja polémica relativa a la posibilidad de imposición de medidas por medio de resoluciones judiciales distintas de la sentencia, como pueda serlo el auto de sobreseimiento. Hagamos un breve repaso de estas cuestiones.

2.1. El problema de las medidas cautelares

A diferencia de lo que sucedía en alguno de los Proyectos que jalonaron la elaboración de un nuevo Código Penal⁶, el vigente no contiene regla alguna relativa a la posible imposición como cautelar de las medidas de corrección y seguridad previstas en su artículo 96, separándose así también del criterio seguido en otros sistemas legales de nuestro entorno.

Ciertamente –así lo destacaba ya, entre otros, SANTOS REQUENA⁷–, las medidas de corrección o de seguridad impuestas con carácter cautelar, siempre que se recurra a ellas en atención a la peligrosidad del sujeto, suscitan el riesgo de aparecer como medidas «predelictuales» objeto, como es notorio, de viva controversia en el pasado y expresamente vedadas por el Tribunal Constitucional⁸. Sin embargo, el autor citado –y, con él, la doctrina mayoritaria⁹– entiende que estamos ante una laguna difícilmente justificable y que puede dar lugar a situaciones paradójicas, como la que planteaba hace ya años MAZA MARTÍN: «¿Qué decisión habrá de adoptar el Tribunal que absuelva, con imposición simultánea de medida de seguridad, a un inimputable, considerado peligroso (...) en tanto adquiera firmeza la sentencia que decreta aquella medida de seguridad?

⁵ Los subrayados son nuestros.

⁶ Para las previsiones al respecto del Proyecto de Código Penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (PANCP), de 1983 y el Borrador de Anteproyecto de Código Penal (parte general), de octubre de 1990 (artículos 92 y 93), remitimos a las indicaciones recogidas en los trabajos citados en la nota precedente. Es a partir del Anteproyecto de Código Penal de 1992, cuando desaparece toda referencia a esta eventual imposición cautelar de medidas de corrección y de seguridad.

⁷ Véase SANTOS REQUENA, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, 2001, pp. 212 ss. En la doctrina más reciente, califica todavía de «predelictuales» las medidas cautelares alternativas a la prisión provisional, JUAN SÁNCHEZ, «Medidas de seguridad y proceso penal: la regulación actual y su contraste con las previsiones de la propuesta de Código procesal penal», en ORTS BERENGUER, (dir.), *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, 2015, p. 432.

⁸ Más información en SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003, pp. 149 ss.

⁹ Véase, por todos, ARNÁIZ SERRANO, «Adecuación de las vigentes medidas cautelares a aplicar sobre investigados con trastorno mental», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, 2017, pp. 235-252; DE LA ROSA CORTINA, «Medidas cautelares personales en supuestos de graves anomalías psíquicas», *La Ley Penal*, (108), 2014, pp. 2 ss.; y GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «Prisión preventiva y medidas de seguridad. La STC de 22 de octubre de 2015», *Diario La Ley*, (8677), 2016, pp. 4-5, trabajos que recogen la insistencia, en el mismo sentido, de la Fiscalía General del Estado, en sus Memorias de 2001 y 2004.

Pues acordar o continuar la prisión provisional para quien ha sido, en principio, absuelto, parece inviable, pero iniciar la aplicación de la medida de seguridad sin concurrir aún, por falta de firmeza de la resolución que lo declara, la existencia del requisito de la comisión del delito, cuando no contamos con la posibilidad legal, por ejemplo, del internamiento preventivo, carece igualmente de sustento normativo»¹⁰. Como resulta notorio son, precisamente, supuestos como éste a los que ha tenido que enfrentarse el Tribunal Constitucional en las importantes sentencias STC (Pleno) 217/2015, de 22 de octubre (BOE núm. 284 de 27 de noviembre de 2015) y STC (Sala Segunda) 84/2018, de 16 de julio (BOE núm. 199 de 17 de agosto de 2018), en las que ahora no podemos detenernos¹¹.

De hecho, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene alguna previsión relativa a la entrada en juego, con carácter cautelar, de verdaderas medidas de corrección o de seguridad. Baste recordar la posibilidad que el artículo 764, número 4, segundo párrafo, ofrece al instructor de acordar «la intervención del permiso de conducción, requiriendo al imputado para que se abstenga de conducir vehículos de motor, en tanto subsista la medida»; y, muy especialmente, la previsión del artículo 544 bis, que autoriza a «imponer cautelarmente al imputado la prohibición de residir en un determinado lugar», o la de «acudir a determinados lugares» o de «aproximarse o comunicarse (...) a determinadas personas», medidas cuyo incumplimiento podrá dar lugar a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen «una mayor limitación de su libertad personal». Medidas todas ellas cuyo contenido asegurativo (y no meramente corrector) resulta evidente, por más que no comporten privación de libertad. Más aún, la reforma del artículo 508 LEcrim. por medio de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, posibilita el cumplimiento de la prisión provisional en el domicilio del imputado «cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud» (número 1), permitiendo asimismo, en caso de que «el imputado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento», la sustitución de la prisión provisional por el ingreso en un centro oficial o reconocido «para la continuación del tratamiento» (número 2).

Por otra parte, la STC (Sala Segunda) 191/2004, de 2 de noviembre (BOE núm. 290 de 02 de diciembre de 2004), confirma este mismo planteamiento, al rechazar, en el caso concreto, la imposición de la prisión provisional, con traslado al Hospital Psiquiátrico Penitenciario, considerando preferible la prosecución del tratamiento del inimputable en un centro psiquiátrico privado, a falta de una previsión legal específica al respecto. Resulta especialmente significativa esta afirmación contenida al final de su Fundamento Jurídico 7: «La misma atribución de la condición de preso, siquiera sea acompañada del adjetivo de “provisional”, a quien se sabe desde un principio exento de responsabilidad penal por ausencia de imputabilidad, constituye un contrasentido, toda vez que supone la imposición con carácter provisional de una medida (la prisión) cuya posibilidad de imposición con carácter definitivo está *a priori* descartada».

¹⁰ Véase MAZA MARTÍN, «Arts. 95 a 108», en SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, 1998, p. 778.

¹¹ Dispensábamos amplia atención a las mismas en los trabajos recogidos en la nota 4. Véase, además, por todos, LACAL CUENCA/PEÑARANDA DEL RÍO/SOLAR CALVO, «¿Debe un enfermo mental estar en prisión? Situación actual y cuestiones que plantea la STC 84/2018, de 16 de julio», *Revista General de Derecho Penal*, (30), 2018; y PÉREZ PÉREZ/SANTAMARÍA MATESANZ, «El internamiento psiquiátrico en el proceso penal», *Boletín Digital Penal*, (24), 2018.

De *lege ferenda* –y al margen de lo que después diremos en relación a los sucesivos Anteproyectos de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal–, parece que también ha ido imponiéndose esta misma idea. Así, el Grupo de Estudios de Política Criminal, hace ya algunos años¹², abordó específicamente el problema de las medidas cautelares alternativas a la prisión provisional; y la Regla 6 de la Tercera Parte de la Propuesta aprobada recogía, junto a la prisión provisional (a la que expresamente se asigna en la Regla 7 un carácter subsidiario) otras diez medidas cautelares personales, entre las que nos interesa destacar la «custodia en establecimiento sociosanitario»¹³.

Más recientemente, la Decisión Marco 2009/829/JAI, del Consejo, de 23 de octubre de 2009 (DOUE 11.11.2009), «relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional», planteó como objetivo «la promoción, cuando proceda, del recurso a medidas no privativas de libertad como sustitución de la prisión provisional», entre las cuales contemplaba (artículo 8, número 2, letra d), la «obligación de someterse a tratamientos terapéuticos o a tratamientos contra las adicciones». Sin embargo, al incorporarse esta Decisión Marco al ordenamiento español, en el Título V de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, su artículo 110.1 no menciona, entre estas medidas alternativas a la prisión provisional, el tratamiento psiquiátrico¹⁴, sino sólo (letra j) «la obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación o deshabituación de adicciones», si bien el apartado 3 de este mismo artículo establece que «la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional dictada por una autoridad extranjera podrá incluir estas medidas u otras cuyo reconocimiento haya sido objeto de notificación por España». Pero el problema sigue residiendo en la ausencia de un adecuado régimen legal de medidas alternativas a la prisión provisional en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2.2. El problema de la conclusión del procedimiento

La exigencia de «sentencia firme» para la imposición de cualquier medida de corrección o de seguridad viene a zanjar, por otra parte, una vieja polémica relativa a la posibilidad o no de aplicar tales medidas a través de otra clase de resoluciones judiciales, en particular, el auto de

¹² Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, 2005.

¹³ La Regla 14 lo desarrollaba en estos términos: «La custodia en establecimiento sociosanitario significará el ingreso o permanencia, si ya estuviera acogido, del imputado en un establecimiento cerrado, para recibir tratamiento médico, psiquiátrico o de deshabituación a drogas de abuso o alcohol. El encartado no podrá salir de la institución sin previa autorización judicial, que siempre atenderá a las indicaciones terapéuticas». En cuanto a su justificación, leemos en la mencionada Propuesta, que «se trata de una prisión atenuada, homogénea a la medida de seguridad materialmente equivalente, que pretende no interrumpir procesos terapéuticos en los que pueda hallarse el imputado o acomodar su régimen de privación de libertad a su situación».

¹⁴ Cabe pensar, ante la falta de indicación alguna en el Preámbulo de esta Ley 23/2014, que la supresión, en ella de la referencia a la obligación de someterse a tratamientos terapéuticos tiene que ver, por un lado, con el dato de que nuestro derecho positivo sólo contempla –como hemos indicado– el tratamiento deshabituador con carácter cautelar (art. 508.2 LECrim.) y, por otra parte, con el recelo suscitado ante cualquier tratamiento médico no voluntario de personas que todavía no han sido declaradas inimputables, dada la exigencia del artículo 2.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica, en el sentido de que «toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios». Permítasenos remitir a SANZ MORÁN, «El reconocimiento mutuo de resoluciones de libertad vigilada: análisis normativo», en ARANGÜENA FANEGO/DE HOYOS SANCHO/RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO (coords.), *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, 2015, p. 169.

sobreseimiento. Cabe recordar, en primer lugar, la disparidad de soluciones que, en relación al curso ulterior del procedimiento, una vez constatada la existencia, en el imputado, de una enfermedad mental, prevé la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal según se trate del sumario ordinario o del procedimiento abreviado: en el primer caso, el art. 637, núm. 3º, establece que «procederá el sobreseimiento libre (...) cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados»; mientras que, en el segundo, el art. 782, núm. 1, exige, en las hipótesis de inimputabilidad, que continúe «el juicio hasta sentencia», a los efectos de la eventual imposición de las medidas previstas para los inimputables, así como en orden a determinar, en su caso, la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo. Discrepancias que cabe atribuir al hecho de que cuando se introdujo el procedimiento abreviado, por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, era ya ampliamente dominante en la doctrina y jurisprudencia la tesis según la cual sólo mediante sentencia, dictada tras la correspondiente vista oral, cabe la imposición de las medidas previstas en el Código penal para los inimputables, pues en otro caso nos encontraríamos ante medidas de carácter «predelictual»¹⁵.

Así pues, la exigencia, en el Código penal de 1995, de «sentencia firme» para la imposición de cualquier medida de corrección o de seguridad no hace sino consolidar este punto de vista. De manera muy clara lo resumió, por aquellos años, GONZÁLEZ-CUELLAR: «en aplicación de los principios constitucionales de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, la imposición de medidas de seguridad sólo es admisible cuando se realiza en sentencia, después de que el juicio oral haya tenido lugar»¹⁶. Y en términos muy próximos se pronuncia la STS 971/2004, Penal, de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2004:5510) (aunque debe recordarse que la jurisprudencia española no mantiene una dirección uniforme en relación a este extremo): «si bien desde la Constitución el tema era discutible, con la entrada en vigor del Código no puede caber duda alguna en torno a una rotunda afirmación: la imposibilidad de aplicación de medida de seguridad sin previo pronunciamiento judicial, en Sentencia, de la comisión de un hecho previsto legalmente como delito, la acreditación de su autoría por el acusado y concurrencia en éste de una de las circunstancias de inimputabilidad que conducen a su absolución y correspondiente sometimiento al tratamiento, así como la necesidad de la medida desde el punto de vista del pronóstico de peligrosidad del sujeto»¹⁷.

¹⁵ Más información en SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003, pp. 281 ss. con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales. Cfr. ahora también, por todos, en la doctrina más reciente, FARTO PIAY, *EPC*, (41), 2021, pp. 908 ss.; y los trabajos de FLORES PRADA, «Garantías constitucionales en el enjuiciamiento de acusados con falta de capacidad procesal por trastorno mental grave», en EL MISMO, *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, 2017, pp. 375 ss.; EL MISMO, *Práctica de Tribunales* (145), 2020, pp. 5 ss., donde ofrece una clara síntesis de la evolución legislativa y jurisprudencial al respecto; y EL MISMO «Discapacidad procesal del encausado por razón de trastorno mental en la ALECRIM de 2020. Especial referencia al problema del enjuiciamiento», en EL MISMO, *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal (Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)*, 2022, pp. 187 ss.

¹⁶ Véase GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, «Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de seguridad», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, (2), 1997, p. 179. Amplia información en SANTOS REQUENA, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, 2001, pp. 195 ss.

¹⁷ El mismo criterio encontramos en la STS, Penal, 550/2006, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:6181), que, en un caso de enajenación sobrevenida, en lugar de acudir al art. 383 LECrim. (del que después nos ocuparemos), ordena la celebración de la vista oral; sin embargo, la STS, Penal, 669/2006, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2006:4065), dictada, por tanto, sólo unos días después, opta en un caso semejante por el sobreseimiento con remisión al orden jurisdiccional civil. Un detenido estudio de éstas y otras resoluciones (incluida la que recogemos en el texto) en GRIMA LIZANDRA, «El derecho de defensa del imputado con graves anomalías psíquicas», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, (34), 2010, pp. 74 ss., quien se adhiere (pp. 81-82) al criterio seguido en la última de las sentencias mencionadas en esta nota. Ulterior información sobre la jurisprudencia más reciente en los trabajos de

Ahora bien, al exigir que la imposición de las medidas tenga lugar a través de una sentencia y tras la correspondiente vista oral, se plantea el problema de si estamos entonces obligando a sentarse «en el banquillo a quien realmente carece de capacidad procesal»¹⁸. Obviamente, no podemos detenernos aquí en el espinoso problema de la capacidad procesal del enfermo mental¹⁹, cuyo esclarecimiento aparece además condicionado, en el debate doctrinal español, por la regulación que de la denominada enajenación sobrevenida durante la tramitación de la causa ofrece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que dedicamos una breve reflexión más adelante. Baste apuntar ahora que aunque no equivalgan exactamente inimputabilidad y ausencia de capacidad procesal²⁰ cabe legítimamente plantear la posible extensión de los efectos procesales de la última a la primera de estas categorías conceptuales. Recordemos sólo la existencia, en ordenamientos jurídicos muy próximos, de reglas específicas relativas al problema de la ausencia de capacidad procesal y las consecuencias que ello comporta²¹.

FLORES PRADA recogidos en la nota 15. También para este autor, la clave para la correcta solución problema, arranca de la STS, Penal, 669/2006, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2006:4065), así, por ejemplo, en FLORES PRADA, *Práctica de Tribunales* (145), 2020, pp. 9 ss.

¹⁸ En este sentido, antes de la aprobación del Código Penal vigente, MAZA MARTÍN, «Las medidas de seguridad y otras opciones penales aplicables a los supuestos de inimputabilidad plena y semiplena. Problemática judicial», *Cuadernos de Derecho Judicial*, (17), 1993, p. 155. Y, pocos años después, afirmaba expresivamente QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, 1999, pp. 130-131, que excluir del proceso al enfermo mental, a través del sobreseimiento, «lejos de ser una marginación, es el mejor favor que se le puede hacer».

¹⁹ Para este problema de la capacidad procesal del enfermo mental en el ámbito del proceso penal véase sólo, en la doctrina más reciente, la precisa caracterización de MORENO CATENA, «Enfermedad mental y capacidad en el proceso penal», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, 2017, pp. 69-88.

²⁰ Explícitamente separa los conceptos de «inimputabilidad» (*Schuldunfähigkeit*) e «incapacidad procesal» (*Verhandlungsunfähigkeit*) el § 413 de la *StPO* alemana. Para el sentido de la separación entre estos dos conceptos, véase, por todos, MEYER/GOSSNER, *Strafprozessordnung*, 48^a ed., 2005, nm 4 y 5 al § 413. Para el concepto de «capacidad procesal», en el proceso penal, véase además RATH, «Zum Begriff der Verhandlungsfähigkeit im Strafverfahren», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1997, pp. 214-228, con ulteriores referencias. En nuestra doctrina, QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, 1999, p. 160, propone «entender la imputabilidad como capacidad para comprender el significado del proceso penal», pero lo hace –como él mismo reconoce– en el contexto de una concepción que aboga por la superación de la doble vía (p. 44). En el mismo sentido, muy recientemente, QUINTERO OLIVARES, «Culpabilidad, imputabilidad y capacidad procesal en el derecho penal y en el enjuiciamiento de personas con trastorno mental», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, 2017, pp. 55-57. Por el contrario, separan nítidamente inimputabilidad y falta de capacidad procesal, entre otros autores, GARCÍA SAN MARTÍN, «Incapacidad de obrar procesal versus inimputabilidad. Dos realidades no necesariamente convergentes», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, 2017, pp. 173-183; HERNÁNDEZ GALILEA, «Las medidas cautelares privativas de libertad en supuestos de encausados con trastorno penal en la ALECRIM 2020», en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal (Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)*, 2022, pp. 164 ss. y MORENO CATENA, en *Trastornos mentales y justicia penal*, pp. 76 y *passim*.

²¹ Así, por ejemplo, los artículos 70 a 73 del *Codice di Procedura Penale* italiano se ocupan de este problema de la capacidad procesal del imputado: siempre que existan razones para creer que debido a una enfermedad mental el imputado no está en condiciones de participar conscientemente en el proceso, se ordena un dictamen pericial (art. 70), evacuado el cual, si se confirma aquella sospecha, se suspenderá el procedimiento, designando un curador especial (art. 71) y remitiendo al imputado, en caso necesario, a la «autoridad competente para la adopción de las medidas previstas en la ley en relación al tratamiento sanitario de enfermos mentales» (art. 73). La Ley de 23 de junio de 2017, n. 103, ha introducido en esta regulación alguna modificación, distinguiendo ahora según que la anomalía psíquica percibida sea reversible o irreversible. En este último caso, el nuevo art. 72 bis CPP obliga al juez a pronunciar sentencia de «no lugar a proceder (...) salvo que concurran los presupuestos para la aplicación de una medida de seguridad diversa de la confiscación». Véase al respecto, CASCINI, «La cosciente partecipazione dell'imputato al proceso penale: Profili comparativi Italia Spagna», en ÁLVAREZ ALARCÓN/GARCÍA MOLINA (dirs.), *Tendencias actuales del Derecho Procesal*, 2019, pp. 61-74 y PANSINI, «L'infermità mentale dell'imputato nel processo penale», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, 2017, pp. 533-543.

Hay que insistir, sin embargo, en que nuestro sistema legal opera más bien con la ficción de la plena capacidad procesal del inimputable²², a fin de dotar de las mayores garantías la imposición de las medidas de corrección o de seguridad que puedan venir en consideración. En palabras, otra vez, de GONZÁLEZ-CUELLAR, «resulta un contrasentido negar la capacidad procesal del enajenado para participar en el juicio por estimarse que carece de la aptitud para defenderse adecuadamente y aceptar, sin embargo, que le pueda ser impuesta una medida de seguridad con la omisión de la más esencial garantía del proceso penal, que consiste, precisamente, en la realización de un juicio oral»²³. Pero además de lo paradójico que resulta –como veremos a continuación– negar esta misma garantía a quien siendo imputable en el momento del hecho, se le detecta una anomalía psíquica durante la tramitación de la causa, la ficción de la plena capacidad procesal del inimputable choca también muchas veces con la realidad de la absoluta imposibilidad de que comprenda el sentido del proceso²⁴. En palabras de MORENO CATENA, «dictar una sentencia

En cuanto al derecho alemán, ya en el procedimiento preliminar se da ocasión al perito de proponer su dictamen «si cabe contar con la imposición de la medida de internamiento del imputado en un hospital psiquiátrico, centro de deshabituación o custodia de seguridad» (§ 80 a) *StPO*), existiendo incluso la posibilidad de internar al imputado en «un establecimiento psiquiátrico público», por un máximo de seis semanas –y con una serie de límites adicionales: certeza del hecho cometido, proporcionalidad con la significación del hecho y la pena o medida esperable, audiencia al perito y a la defensa–, a los efectos de la preparación del mencionado dictamen relativo al estado psíquico del imputado (§ 81 *StPO*). Por otra parte, el § 71 del Código Penal alemán prevé la imposición autónoma del internamiento en hospital psiquiátrico, o en centro de deshabituación, así como la retirada del permiso de conducir o la inhabilitación profesional, cuando el proceso penal no puede llevarse a cabo por la inimputabilidad o la falta de capacidad procesal del autor. Ello en consonancia con lo dispuesto en la norma procesal que prevé (§ 205 *StPO*) el sobreseimiento provisional en caso de ausencia prolongada del imputado «u otro obstáculo que resida en su persona», entre los que aparece como fundamental la falta de capacidad procesal. El procedimiento al respecto se regula en los § 413 a 416 *StPO* (*Sicherungsverfahren* o «procedimiento de medidas»).

²² En este sentido, por ejemplo, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, (2), 1997, pp. 176 ss. y SANTOS REQUENA, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, 2001, pp. 128 ss. y 137 ss.

²³ Véase GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, (2), 1997, p. 177. En el mismo sentido, la ya citada STS 971/2004, Penal, de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2004:5510): «siempre habrá de considerarse como más respetuoso con los derechos del inimputable, la aplicación de la medida, que se hace imprescindible por razones obvias, tras la celebración de un Juicio en el que el Tribunal pueda apreciar, con la intervención del Letrado defensor, las pruebas existentes sobre la comisión de los hechos, autoría, etc. y el dictado de una Resolución que motive las conclusiones alcanzadas por el Juzgador, que omitir ese trámite esencial y pasar, directamente, a imponer una consecuencia tan afflictiva como el internamiento con pérdida de libertad, sin más constatación que la de que el sospechoso de haber cometido los hechos sufre una grave alteración psíquica». Esta importante resolución de la Sala Segunda del Tribunal Supremo hace suyo el contenido del voto particular emitido a la STS, Penal, de 2 de abril de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:2265), en el que (entre otras cosas) podemos leer: «No existe ninguna razón para privar de estas garantías a una persona simplemente porque no se puede defender por sí misma. Por el contrario: Resulta totalmente infundado que la imposibilidad del acusado de autodefenderse determine sin más que las consecuencias jurídicas del delito previstas para tales casos se puedan aplicar sin juicio previo y sin las garantías que éste implica. De esta manera, en lugar de proteger al acusado que no se puede defender, se lo priva de toda posibilidad de ser juzgado ante un Tribunal imparcial y, consecuentemente, no se lo trata como una persona sino como un objeto carente de los derechos procesales fundamentales para la protección de una libertad que también está garantizada por el art. 17.1 de la Constitución Española a los enfermos mentales».

²⁴ Lo reconoce así también la reiterada STS 971/2004, Penal, de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2004:5510) que, tras hacerse eco «de las carencias legislativas para ofrecer una solución normativa ajustada», resalta el «carácter realmente paradójico de la cuestión, dado que el enjuiciamiento de una persona que, en realidad, carece de la capacidad procesal para ejercitarse plenamente su derecho de defensa se enfrenta a la necesidad ineludible del Juicio para permitir, en justicia, la aplicación de la medida de seguridad que se muestra ineludible, tanto desde el interés terapéutico del enfermo como desde el de protección de los miembros de la sociedad ante quien con su conducta delictiva ha demostrado ya el potencial de peligrosidad que representa». En el mismo sentido, la STS, Penal, 550/2006, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:6181).

condenatoria contra una persona que por su falta de capacidad no puede ni entender ni intervenir en el procedimiento convertiría a las actuaciones judiciales en una farsa intolerable»²⁵.

De manera muy clara –y a propósito de la aplicación del art. 383 LECrim., al que después nos referiremos– formula este dilema la STS 1033/2010, Penal, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:7182): «El Código Penal de 1995 (arts. 1.2, 21.1 y 101) sólo permite la imposición de una medida de seguridad en Sentencia por lo que el archivo de la causa sin celebración del juicio no es una solución satisfactoria desde el punto de vista constitucional y legal, ya que no podría imponerse una medida de seguridad sino en sentencia definitiva. Por otra parte, acordar la celebración del juicio contra quien no es capaz de entender lo que en él ocurre, también resulta inconstitucional por lesionar el adecuado ejercicio del derecho de defensa (art. 24 de la CE) y el derecho a un proceso justo. La celebración de un juicio frente a quien no entiende ni puede defenderse supone el quebranto de los derechos más elementales que conforman un juicio justo, sin obviar que la imposición de la medida de seguridad necesitará un previo pronunciamiento sobre el hecho y su antijuricidad». O, en expresiva formulación de FLORES PRADA, «sucede, pues que por la vía de reforzar las garantías en la imposición de medidas de seguridad en los supuestos de estimación de la eximente por trastorno mental coetáneo y persistente, hemos acabado imponiendo la celebración del juicio oral sin reparar en el necesario control previo de la capacidad procesal»²⁶.

De ahí la necesidad de una previsión legal expresa sobre el alcance de la ausencia de capacidad procesal (previa definición de ésta), arbitrando los mecanismos procesales oportunos, así como las respuestas de carácter material (penales o extrapenales) que puedan venir en consideración.

Ahora bien, como venimos apuntando, el problema de la capacidad procesal del imputado se entrecruza, en nuestro sistema legal, con el de la regulación de la denominada «enajenación sobrevenida», al que dirigimos ahora brevemente nuestra atención²⁷. Hasta aquí nos hemos ocupado de la situación procesal de quien ya era inimputable en el momento de la realización del hecho delictivo, mientras que ahora se trata de considerar la respuesta legal frente a quien, siendo plenamente responsable en el momento de cometer el delito, se le detecta una anomalía psíquica con posterioridad²⁸. Y todavía con una ulterior restricción: nuestro derecho positivo distingue, dentro del fenómeno denominado «enajenación sobrevenida», dos momentos diversos, según que ésta se produzca durante la tramitación de la causa, o una vez pronunciada la sentencia. Los problemas que suscita esta última, regulada en el artículo 60 del Código Penal, no van a ser objeto de nuestra atención aquí –aunque haremos alguna indicación incidental al

²⁵ Véase MORENO CATENA, en *Trastornos mentales y justicia penal*, 2017, p. 72, añadiendo más adelante que esa falta de capacidad procesal no puede ser suplida por medio de su representante (p. 76). Para este autor, si falta la capacidad procesal, «el procedimiento no debe seguir adelante y las actuaciones han de remitirse a otros órganos competentes o archivarse provisional o definitivamente» (p. 74).

²⁶ Véase FLORES PRADA, *Práctica de Tribunales* (145), 2020, p. 4.

²⁷ Critica, con razón, PUENTE RODRÍGUEZ, *Diario La Ley*, (9699), 2020, p. 3, el frecuente recurso a la expresión «inimputabilidad sobrevenida», pues «la imputabilidad se refiere siempre, exclusivamente, al momento del hecho».

²⁸ Para el problema metodológico (y filosófico) que subyace a la cuestión que ahora nos ocupa, resulta muy esclarecedora la aportación de SILVA SÁNCHEZ, «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio ‘jurisdiccional’ de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado», en GARCÍA VALDÉS/CUERDA RIEZU/MARTÍNEZ ESCAMILLA/ALCÁZAR GUIRAO/VELLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, pp. 661-690. Cfr. además, URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, 2009, pp. 272 ss.

respecto–, pues no afectan, en sentido estricto, a la situación procesal del inimputable, objeto exclusivo de esta contribución²⁹. La primera de estas dos situaciones aparece prevista, como es notorio, en los artículos 381 a 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que pasamos ahora a considerar sucintamente³⁰.

«Si el Juez advirtiere en el procesado indicios de enajenación mental –prescribe el artículo 381, párrafo primero de la LECrim.– le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en el que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad». A lo que añade el párrafo primero del artículo 383 del mismo texto legal, que «si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario, se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose, además, respecto de éste, lo que el Código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia».

Debemos, ante todo, insistir en que esta situación es diversa de la de quien, siendo ya inimputable en el momento del hecho, se ve sometido al proceso penal; diversidad de situaciones que explicaría, según la doctrina mayoritaria, la diversidad de consecuencias jurídicas: archivo de las actuaciones en un caso y continuación del procedimiento hasta la celebración de la vista oral y consiguiente sentencia, en el otro. En palabras, nuevamente, de GONZÁLEZ-CUELLAR, lo que se imputa al sujeto, en la hipótesis que ahora consideramos, es «un hecho al que corresponde una pena y no una medida de seguridad», por lo que, «a diferencia de la situación de quien comete el hecho en estado de enajenación (...), en estos supuestos no existe razón alguna para establecer una ficción de capacidad procesal que conduzca al sujeto a intervenir en un juicio en el que se abocaría a discutir, con sus facultades mentales mermadas, una solicitud de pena carente de sentido»; de donde concluye este autor que «el archivo de las actuaciones previsto por el artículo 383 de la LECrim., constituye una previsión legal absolutamente necesaria»³¹.

²⁹ De esta enajenación sobrevenida durante el cumplimiento de la pena nos hemos ocupado en SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003., pp. 287 ss. Cfr. además, en la doctrina más reciente, entre otros autores, DOVAL PAÍS, «El trastorno mental sobrevenido. Antecedentes, problemas y precisiones del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDON/GALLEGO SOLER/HORTAL IBARRA (dirs.), *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro Homenaje a la Profesora Mirenxtu Corcoy Bidasolo*, v. I, 2022, pp. 589-599; ORTEGA MATESANZ, «Trastornos mentales apreciados durante la ejecución de la pena. La suspensión de la ejecución de la pena por la vía del art. 60 CP», en MATA Y MARTÍN (dir.), *Salud mental y privación de libertad. Aspectos jurídicos e intervención*, 2021, pp. 117-155; PUENTE RODRÍGUEZ, *Diario La Ley*, (9699), 2020, pp. 3 ss. y SAEZ MALCEÑIDO, «La falta de capacidad procesal para comprender el sentido de la pena en el ALECRIM de 2020. Perspectiva jurídica», en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal (Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)*, 2022, pp. 235-264.

³⁰ Si la enfermedad mental se advierte tras la apertura del juicio y calificación de los hechos, pero antes de dictar sentencia, entendió la Fiscalía General del Estado, en su Consulta 1/1989, de 21 de abril, que habría que aplicar, por analogía, los «preceptos reguladores de los llamados procesos en rebeldía», dictando «auto directo de archivo sin celebración del juicio oral» y, por tanto, sin que llegue a pronunciarse sentencia, pero reservando a los perjudicados por el delito las acciones civiles correspondientes (artículos 841 y 843 LECrim.) y pudiendo instarse, en su caso, el internamiento civil del enfermo mental.

³¹ Véase GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, (2), 1997, pp. 179-180. En la doctrina más reciente califica de plenamente coherente esta solución que supone tratar de forma distinta a quien era inimputable en el momento del hecho, frente a quien contrae una enfermedad mental durante la tramitación del procedimiento (o cuando se está ejecutando la pena impuesta), PUENTE RODRÍGUEZ, *Diario La Ley*, (9699), 2020, pp. 3 ss. y *passim*. Véase, además, PANTALEÓN DÍAZ/PUENTE RODRÍGUEZ, «Derecho penal y discapacidad a partir del nuevo paradigma de la Convención», en MUNAR BERNAT (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, 2021, pp. 127 ss.)

Ahora bien, no puede dejar de advertirse que esta diversidad de situaciones no siempre se muestra de manera tan nítida, pues los límites entre imputabilidad e inimputabilidad son muy fluidos –como lo admite el mismo legislador a través de la técnica de la eximente incompleta– y porque pena y medidas se someten en nuestro sistema legal, como es notorio, a los mismos criterios garantistas. Siendo esto así, no termina de entenderse por qué es bueno archivar la causa, dada la incapacidad sobrevenida del sujeto para comprender el sentido del proceso conducente a la imposición de una pena, mientras que se finge una capacidad procesal inexistente *ab initio*, cuando «sólo» se ventile la imposición de una medida. Como atinadamente observa SILVA SÁNCHEZ, habría que explicar «por qué los inimputables que ya lo eran en el momento de realizar el hecho histórico no ven afectado su derecho de defensa por el hecho de ser juzgados, mientras que quienes realizaron el hecho histórico en situación de culpabilidad y posteriormente cayeron en situación de demencia sí sufren tal afectación»³². Y este es también el criterio, afirma FLORES PRADA, de «la moderna doctrina procesal»: «siendo la capacidad procesal un presupuesto imprescindible del enjuiciamiento con garantías, la falta de dicha capacidad por causa de trastorno mental del sujeto pasivo impide la continuación del proceso penal con independencia del momento en que sobrevenga dicho trastorno, ya sea anterior al hecho delictivo, ya aparezca una vez iniciado el proceso»³³.

Por lo que se refiere a la valoración de las consecuencias jurídicas –más allá del archivo de las actuaciones– que comporta la enajenación sobrevenida durante la tramitación de la causa, encontramos frecuentemente en la doctrina la siguiente diferenciación: Nada obsta a la previsión del art. 381 LECrim., en el sentido de que, ante los indicios de enajenación mental, el Juez someta al procesado a la oportuna observación médica, pues en modo alguno cabe entender que estemos aquí ante una medida *sticto sensu*³⁴. Suscita, por el contrario, amplio rechazo la previsión del artículo 383 LECrim., en lo que se refiere a la posibilidad de someter a quien se halla en la situación de enajenación sobrevenida allí regulada, a las medidas previstas en el Código Penal «para los que ejecuten el hecho en estado de demencia»³⁵. Esta remisión a las medidas de corrección y de seguridad previstas en el Código Penal plantea el problema de que se trata de medidas cuya imposición no observa las exigencias establecidas con carácter general en el

³² Véase SILVA SÁNCHEZ, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, p. 683. Unas líneas más arriba, en la misma contribución y página, observa también este autor: «Si la “demencia” implicara la necesidad de suspender el juicio oral para evitar la vulneración del derecho de defensa, entonces eso habría de valer de manera general para los casos de comisión de delitos por inimputables que lo siguen siendo en el momento del proceso».

³³ Véase FLORES PRADA, *Práctica de Tribunales* (145), 2020, p. 14, con ulteriores referencias. En sentido muy próximo, entre otros, FARTO PIAY, *Estudios Penales y Criminológicos*, (41), 2021, p. 928 y SÁNCHEZ RUBIO, en *Tendencias actuales del Derecho Procesal*, 2019, p. 104: la ausencia de capacidad procesal «no cambia por el hecho de que la consecuencia que se pueda derivar del proceso sea una medida de seguridad en lugar de una pena».

³⁴ Así, por todos, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «Situaciones de los reclusos enajenados y sometidos a medidas privativas de libertad en establecimientos psiquiátricos penitenciarios», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, (3), 1999, pp. 677-720: «es un acto de investigación sumarial, no confundible con una medida cautelar de prisión o internamiento (inexistente), ni con un tratamiento médico obligatorio» (p. 685).

Recuérdese, por otra parte, que el art. 184 del Reglamento Penitenciario de 1996, prescribe el ingreso en un Establecimiento o Unidad Psiquiátrica Penitenciaria, en el caso de: «a) Los detenidos o presos con patología psiquiátrica, cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación, de acuerdo con la establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe».

³⁵ A su vez, la letra c) del art. 184 del Reglamento Penitenciario, al que nos referíamos en la nota precedente, prevé el ingreso en Establecimientos o Unidades Psiquiátricas Penitenciarias, de los «penados a los que, por enfermedad mental sobrevenida, se les haya impuesto una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador en aplicación de lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deba ser cumplida en un Establecimiento o Unidad Psiquiátrica Penitenciaria» (subrayado nuestro).

mencionado texto legal: ni el sujeto era inimputable o semiimputable en el momento del hecho; ni se ha verificado (al no haber concluido el procedimiento) la comisión por aquél de «un hecho previsto como delito», lo que plantea la duda de en qué medida estamos aquí ante las proscritas medidas «predelictivas»; ni se exige, finalmente, «un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos»; requisitos todos ellos exigidos por el artículo 95 CP para la imposición de cualquier medida³⁶.

3. Precedentes inmediatos del actual proceso de reforma de la LECrim.

Veamos las respuestas que, a propósito de las dos cuestiones que acabamos de plantear, ofrecían aquellos intentos, inmediatamente anteriores al actual, de elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. En relación a la primera de aquellas, cabe recordar que si bien todavía en el Anteproyecto de julio de 2011 no se contemplaban tales de medidas cautelares, la «Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborado por la Comisión Institucional creada por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012»³⁷, recogía, entre las medidas cautelares personales (Título II del Libro III), el internamiento en centro psiquiátrico (capítulo II), estableciendo los presupuestos para su acuerdo (art. 159), así como su duración (art. 160), previéndose incluso la posibilidad de mantener esta medida «durante la resolución del recurso», cuando se hubiere dictado sentencia con imposición de una medida de internamiento en centro psiquiátrico, cuestión ésta que sería posteriormente objeto de consideración en las dos sentencias del Tribunal Constitucional (de 2015 y 2018), a que hacíamos referencia más arriba. Además de ello, en el capítulo VI de este mismo Título II del Libro III, se recogen «otras medidas cautelares personales» alternativas a la prisión preventiva, incorporando, entre aquellas dirigidas a neutralizar la peligrosidad del acusado, el «sometimiento a tratamiento médico o a un control periódico del mismo carácter» (art. 181).

Sin embargo, ninguno de estos textos «pre-legislativos» abordó de manera global el segundo de los problemas mencionados: cómo proceder una vez constatada la posible presencia de una anomalía psíquica en el investigado, existiera ya ésta en el momento del hecho o se planteara con posterioridad³⁸. Asiste por ello, la razón a RAMÍREZ ORTIZ y RUEDA SERRANO cuando indican que tanto el Anteproyecto de 2011 como la Propuesta de 2013 tienen el valor de hacerse eco de

³⁶ Véase SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003, pp. 285 ss. En el mismo sentido, la doctrina mayoritaria. Véase, por todos, SANTOS REQUENA, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, 2001, pp. 198-199; y también así SILVA SÁNCHEZ, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, pp. 681-683, entendiendo que «lo procedente sería, más bien, la celebración del juicio, la constatación del hecho histórico antijurídico y culpable, la absolución por falta de merecimiento o necesidad de pena del sujeto procesal y, fuera ya del ámbito jurídico-penal, en su caso, la imposición de una medida terapéutica».

Ya antes de la nueva regulación de las medidas introducida por el vigente Código penal de 1995, se pronunciaba así la Fiscalía General del Estado (Consulta 1/1989, de 21 de abril): las medidas previstas en el Código Penal «están fundadas en la peligrosidad de quienes al tiempo del delito les faltaren las condiciones de imputabilidad, lo que no acontece en ninguno de los casos de enajenación sobrevenida, en los que se trata de sujetos con capacidad jurídico-penal en el momento de la acción».

³⁷ La propuesta está fechada en 2013, si bien coincide en su contenido con un texto previo (sin Exposición de Motivos) del año 2012, denominado «Borrador de Código Procesal Penal». Una clara aproximación a la regulación, en los citados textos, de las medidas cautelares alternativas a la prisión provisional, en DE LA ROSA CORTINA, *La Ley Penal*, (108), 2014, pp. 1-24. Ulteriores referencias en los trabajos recogidos en las notas 3 y 4.

³⁸ Las previsiones de los artículos 49 y 50 del Anteproyecto de 2013, referidas respectivamente a la inimputabilidad en el momento del hecho y a la enajenación sobrevenida, en modo alguno podía considerarse que configuraran un completo *status procesal* de esa categoría de personas.

las lagunas existentes e incorporar «una normativa que subsanaba, acertadamente, pero sólo de modo parcial, alguno de los problemas derivados de la situación de anomia», a diferencia del Anteproyecto de 2020, cuya novedad residiría, precisamente «en su pretensión omnicomprensiva, lo que se traduce en la instauración de un completo estatuto procesal»³⁹.

Ello ha sido posible, en buena medida, por la significativa intensificación de la atención dispensada en esta última década, tanto a nivel internacional como nacional, al fenómeno de la discapacidad y su proyección jurídica. Baste recordar, a nivel interno, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social y muy recientemente, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, cuyo Proyecto, publicado en julio de 2020, ha influido sin duda alguna en el ALECRIM. de noviembre de ese mismo año. Y, en el ámbito europeo, cabe recordar la Recomendación de la Comisión, de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales, así como diversas Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo (las 2012/13, de 22 de mayo; 2013/48, de 22 de octubre y 2016/343, de 9 de marzo), que recogen «unas normas mínimas comunes sobre la protección de los sospechosos y acusados en los procesos penales», objeto de atención específica en la importante STJUE de 19 de septiembre de 2019, C-467/18 (ECLI:EU:C:2019:765)⁴⁰.

4. Previsiones del Anteproyecto LECRIM. de 2020

Veamos de qué modo trata de resolver los problemas que nos vienen ocupando el último (hasta la fecha) Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de noviembre de 2020. De acuerdo con lo expuesto en el apartado XVII de la Exposición de Motivos del ALECRIM.⁴¹, son tres los «derechos esenciales que deben asistir a toda persona encausada que presente alguna diversidad funcional» y sobre los cuales pivota la nueva regulación: «el de defenderse en las mismas condiciones que cualquier persona»; el reconocimiento de la «autonomía o plenitud de facultades decisorias», sin perjuicio del correspondiente complemento procesal de la capacidad y el de «participación eficaz en todo el procedimiento». La articulación procesal de estos tres derechos se materializa –siempre según la Exposición de Motivos– «en tres estadios procedimentales distintos»: reaccionando inmediatamente al primer contacto con la persona encausada, adoptando a continuación medidas cautelares provisionales y a través de un

³⁹ Véase RAMÍREZ ORTIZ/RUEDA SERRANO, «El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del siglo XXI (La propuesta del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)», *Diario La Ley*, (9815), 2021, p. 2.

⁴⁰ Ofrecíamos una primera y muy sucinta aproximación a esta resolución en SANZ MORÁN, «El enfermo mental ante el proceso penal», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (56), 2019, pp. 13-15.

⁴¹ De las primeras aproximaciones al contenido del Anteproyecto desde la perspectiva que aquí nos ocupa destaquemos, además de los trabajos recogidos en la obra colectiva FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022; ARMENGOT VILAPLANA, «El estatuto de la persona encausada en el Anteproyecto de LECRIM», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, (3), 2021, pp. 291-329; FARTO PIAY, *Estudios Penales y Criminológicos*, (41), 2021, pp. 895-939; RAMÍREZ ORTIZ/RUEDA SERRANO, *Diario La Ley*, (9815), 2021; y TOMÉ GARCÍA, «Particularidades de la instrucción en el proceso penal cuando el investigado presenta indicios de enfermedad o trastorno mental (LECRIM y Anteproyecto de 2020)», *La Ley Penal*, (151), 2021, pp. 7-15. De los preceptivos informes sólo se ha publicado, en el momento en que se redactan estas líneas, el del Consejo Fiscal, con fecha de 7 de julio de 2021 (especialmente, el parágrafo 16, pp. 146-153).

incidente que evalúe «las circunstancias de la discapacidad y determine el influjo que esta ha de tener en la tramitación del proceso»⁴². Y alude finalmente dicha Exposición de Motivos a la previsión «de una regulación completa del régimen especial de las medidas cautelares en caso de discapacidad», así como de «las especialidades relativas a la conclusión del procedimiento».

Analicemos, en sus líneas fundamentales cómo se concretan estas indicaciones previas en el texto presentado. La situación procesal del inimputable es abordada, de manera particular, en el Capítulo II (La persona encausada con discapacidad), del Título II (Los sujetos del proceso penal), del Libro I (Disposiciones generales) y abraza cinco secciones (artículos 61 a 80).

4.1. Introducción

En la primera de ellas, bajo la rúbrica «derechos de la persona encausada con discapacidad», se recogen los tres derechos a que aludía la Exposición de Motivos (artículos 62 a 64, respectivamente), precedidos de una noción de discapacidad (artículo 61)⁴³, que ha sido objeto de crítica en el Informe del Consejo Fiscal por separarse de las nociones semejantes recogidas en el art. 2 a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre y en el art. 25 del Código Penal (tras su reforma en 2015)⁴⁴ en la exigencia fundamental, en estos últimos textos legales, de «cierta persistencia en el tiempo de la situación que se define», referencia temporal suprimida, por el contrario, en la noción que ofrece este art. 61 ALECrим. En sentido distinto se orienta la crítica a este precepto por parte de HERNÁNDEZ GALILEA, quien rechaza su visión omnicomprensiva, en la que se mezclan ideas como las de «discapacidad, capacidad procesal, exención de responsabilidad y vulnerabilidad», que «pertenecen a planos diferentes»⁴⁵. En opinión de este autor, la Ley de Enjuiciamiento Criminal debería limitarse «a regular los problemas específicos que pueden plantearse en caso de encausados con determinado tipo de discapacidad, en concreto, la que pueda afectar a la capacidad procesal, remitiéndose, en cuanto a los derechos de las personas con discapacidad a lo dispuesto en las leyes». La definición del art. 61 ALECrим sería, en definitiva «poco precisa», por abarcar «tipos muy diferentes de discapacidad»⁴⁶.

⁴² Para RAMÍREZ ORTIZ/RUEDA SERRANO, *Diario La Ley*, (9815), 2021, p. 4, la clave de bóveda de la regulación, de acuerdo con los reiterados instrumentos internacionales, reside en la idea de «accesibilidad». Para esta perspectiva de la «accesibilidad» de la persona con discapacidad, véase también FERNÁNDEZ MOLINA, «Hacia una justicia penal inclusiva: una evaluación del paso por el procedimiento penal de la persona con discapacidad intelectual o con problemas de aprendizaje», *Cuadernos de Política Criminal*, (132), 2020, pp. 153-165.

⁴³ «A los efectos de esta ley, se entiende por discapacidad la situación en que se encuentre una persona con limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que le impidan o dificulten comprender el significado o las consecuencias del proceso que se sigue en su contra o que le limiten o imposibiliten para valerse por sí misma en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones procesales». Para el concepto de «capacidad procesal» introducido por la Ley 8/2021 en el art. 7 bis de la LECiv., cfr., por todos, DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, «Aspectos procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Práctica de Tribunales*, (151), 2021.

⁴⁴ Para este último precepto, permítasenos remitir a SANZ MORÁN, «Relevancia jurídico-penal de la discapacidad», en GUILARTE MARTÍN-CALERO (dir.), *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, 2016, pp. 369-380, con ulteriores referencias.

⁴⁵ Véase HERNÁNDEZ GALILEA, en *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, p. 164.

⁴⁶ Véase HERNÁNDEZ GALILEA, en *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, pp. 166-167. Y añade: «Esta visión omnicomprensiva de la discapacidad no consigue reforzar los derechos de las personas con discapacidad, reconocidos en otras normas, dificulta el tratamiento sistemático y difumina lo que debería ser el objetivo principal de la norma: proporcionar al juez criterios de actuación cuando el encausado no tiene capacidad procesal» (p. 167).

De este primer grupo de preceptos cabría destacar la explícita consagración (artículo 63) de la autonomía de la persona con discapacidad, esto es «el derecho a tomar sus propias decisiones a lo largo del proceso siempre que esto resulte posible», lo que supone la traducción, en este ámbito del proceso penal, del mismo *Leitmotiv* que subyace a la reciente reforma introducida, en el ámbito civil, por la Ley 8/2021, de 2 de junio, y que, como indica su Exposición de Motivos, reside en reemplazar el anterior sistema «en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones». Apenas es necesario recordar que se trata una de las ideas nucleares de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre derecho de las personas con discapacidad.

En consonancia también con las previsiones de esta Ley 8/2021, el apartado 2 del art. 63 ALECrим. indica que «cuando resulte imprescindible, y no estuviese ya establecida voluntaria o judicialmente en el procedimiento civil, la autoridad judicial podrá establecer el apoyo adecuado a la persona discapacitada en los actos y con la extensión que expresamente se determine»⁴⁷. Institución de apoyo que aparece regulada en la sección segunda del capítulo que nos ocupa del ALECrим. (arts. 65 a 69), en términos en los que no podemos detenernos⁴⁸. Sólo destacaremos que no podrá serlo (art. 66 *in fine*) un miembro del Ministerio Fiscal, ni el abogado encargado de la defensa y que carecerán de validez (art. 69) «los actos procesales para los que haya sido judicialmente establecida la asistencia» si se prescinde de ella. Echa en falta el Informe del Consejo Fiscal al que venimos refiriéndonos que, pese a la manera detallada en que se recoge el régimen jurídico de esta institución de apoyo, no se mencione el deber de reserva de la persona que la integre «respecto del contenido de las actuaciones en las que tenga intervención y de cualesquiera otras circunstancias de las que tenga conocimiento por razón de su función».

Cierra esta primera parte de la regulación una sección, la tercera, que con la poco expresiva rúbrica de «reglas procesales», regula el incidente al que aludía, como veíamos antes, la Exposición de Motivos⁴⁹. La materia aparece distribuida en tres preceptos: el art. 70 ALECrим. se refiere a las medidas inmediatas a adoptar «tan pronto como la policía o el fiscal sospechen que la persona investigada padece alguna discapacidad que pueda afectar a su participación eficaz en el proceso», estableciendo, de manera complementaria, el art. 71 las «medidas de apoyo provisionales» cuya aplicación cabe instar. Cierra esta sección un precepto (el art. 72 LECrim.), donde se regula pormenorizadamente el incidente para la adopción de las reiteradas medidas de apoyo «que deban introducirse para salvaguardar el derecho de defensa». Cabe destacar la incorporación expresa de dos importantes prevenciones apenas cuestionables: en primer lugar, se puede excluir «la celebración del juicio en ausencia, la conformidad o la utilización del procedimiento de enjuiciamiento rápido o inmediato»⁵⁰; y se aclara, por otra parte, que «la

⁴⁷ Resaltan también RAMÍREZ ORTIZ/RUEDA SERRANO, *Diario La Ley*, (9815), 2021, p. 5 y TOMÉ GARCÍA, *La Ley Penal*, (151), 2021, p. 11, la influencia directa, en lo relativo a esta institución de apoyo, de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

⁴⁸ Entiende FLORES PRADA, en *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, pp. 218, que estos preceptos relativos a la institución del apoyo al discapacitado deberían haberse ubicado después del incidente de evaluación de la capacidad (art. 70 a 72 ALECrим.).

⁴⁹ Cfr. al respecto, por todos, BERMÚDEZ REQUENA, «El incidente de evaluación de la falta de capacidad del sujeto pasivo en el proceso penal», en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal (Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)*, 2022, pp. 119-148.

⁵⁰ Entiende razonables estas exclusiones TOMÉ GARCÍA, *La Ley Penal*, (151), 2021, p. 12. En particular, por lo que se refiere al problema concreto de la conformidad en estas hipótesis, véase, por todos, HERNÁNDEZ MAURA,

resolución que se dicte en ningún caso predeterminará el pronunciamiento sobre la imputabilidad del sujeto» (apartado 3). Y, aunque esta sea una primera aproximación, ante todo de carácter descriptivo, a la regulación proyectada, no queremos dejar de observar la existencia de algunas reiteraciones en la redacción de esta sección, que quizás debería ser objeto de un mayor esfuerzo de síntesis en la futura tramitación del texto.

4.2. Medidas cautelares

Entrando ya en los dos problemas centrales que venimos analizando, la sección cuarta (artículos 73 a 77 ALECRim.) establece una serie de «reglas aplicables a las medidas cautelares en casos de discapacidad»⁵¹. Y ello suscita una primera reflexión crítica. Es cierto que las medidas cautelares que ahora nos ocupan «no deberían ser más gravosas que en el caso de que el sujeto no sea discapaz, por lo que las exigencias mínimas para su imposición en este último caso deberían concurrir también en el caso de sujetos discapaces»⁵². Ahora bien, a diferencia de lo que sucedía en el Anteproyecto de 2013, no estamos ahora ante la regulación separada de un régimen de medidas cautelares a aplicar a sujetos aquejados de anomalías psíquicas o perceptivas, sino ante la singularización de algunos matices que la aplicación del régimen general de medidas cautelares exige en el contexto que nos ocupa. Ello provoca que haya que estar constantemente dirigiendo la mirada desde los preceptos de esta sección, a la regulación general de las medidas cautelares en el libro II del ALECRim. Y así, por ejemplo, el artículo 73 (la detención)⁵³ obliga a tomar en consideración lo dispuesto en los artículos 190 y siguientes; la libertad provisional del artículo 74, supone atender a las previsiones de los artículos 216 y siguientes⁵⁴; y el art. 78 («reglas de procedimiento») remite *in totum* (salvo alguna especialidad que allí se consagra) al «procedimiento establecido en el capítulo IV del Libro II de esta ley» (artículos 258 y siguientes). Y a ello habría que añadir la necesidad de atender a lo dispuesto en el capítulo V, del Título I, del Libro III (artículos 331 ss.), en lo concerniente al régimen de la «observación psiquiátrica», fundamental en el contexto normativo que nos ocupa.

⁵¹ «Enfermedad o trastorno mental, capacidad procesal y justicia penal negociada en la regulación actual y en la ALECRIM de 2020», en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal (Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)*, 2022, pp. 321-364.

⁵² Un análisis crítico muy completo de estos preceptos encontramos en HERNÁNDEZ GALILEA, en *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, pp. 169 ss. Cfr. además, entre otros autores, AGUILERA MORALES, «La prisión provisional en el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, (3), 2022, pp. 399-437 (especialmente, lo relativo al internamiento cautelar en pp. 420-424) y ARMENGOT VILAPLANA, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, (3), 2021, pp. 309 ss.

⁵³ Véase HERNÁNDEZ GALILEA, en *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, pp. 170-171. En lo que se refiere en concreto al internamiento cautelar, señala también AGUILERA MORALES, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, (3), 2022, p. 422, que no basta con que sea previsible una declaración de inimputabilidad y correspondiente imposición de una medida de seguridad, sino que hace falta, además, que se den los requisitos propios y los fines de la prisión provisional y que sea imposible adoptar otra medida menos gravosa pero igualmente útil para alcanzar estos fines, tal y como recoge el párrafo segundo del art. 75 ALECRim.

⁵⁴ Para HERNÁNDEZ GALILEA, en *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, p. 171, la previsión del apartado 2 de este precepto (que mientras se mantenga la detención «la persona con discapacidad estará acompañada por una persona de su confianza y se garantizará la continuación del tratamiento que esté siguiendo») es «dificilmente realizable».

⁵⁵ Incluso con remisiones expresas a los artículos 216 bis (art. 74.2) y 228 (art. 74.3). Para los problemas que puede suscitar la obligación de someterse a tratamiento médico (art. 74.2), véase, de nuevo, HERNÁNDEZ GALILEA, en *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, pp. 171-172.

Lo más controvertido, en este mismo orden de ideas, es el paralelismo que se traza entre la prisión provisional y el «internamiento cautelar en establecimiento especial» (centro psiquiátrico, de deshabituación o educativo especial), contemplado en los artículos 75 a 77 del ALECrим., hasta el punto de establecerse que, en caso de que se acuerde este internamiento, «sus plazos, sus prórrogas y su abono se ajustarán a lo previsto para la prisión provisional» (artículo 75 *in fine*)⁵⁵. Y también la sustitución del internamiento (art. 77.1) lo será «por alguna de las fórmulas previstas para la prisión atenuada» (artículos 255 y siguientes). Aunque no podemos profundizar en el estudio de estas disposiciones, indiquemos sólo que la regulación proyectada parece colmar la laguna de la que se hicieron eco las sentencias STC (Pleno) 217/2015, de 22 de octubre (BOE núm. 284 de 27 de noviembre de 2015) y STC (Sala Segunda) 84/2018, de 16 de julio (BOE núm. 199 de 17 de agosto de 2018), arriba recordadas, en el supuesto de que se encuentre la persona encausada presa y se dicte sentencia en primera instancia, que aprecia alguno de los supuestos de inimputabilidad, imponiendo una medida de seguridad privativa de libertad, si la sentencia es recurrida. Los apartados 2 y 3 del art. 77 del Anteproyecto establecen en estos casos que «se convocará la celebración de una comparecencia para decidir si procede la puesta en libertad, con o sin adopción de otras medidas cautelares, o, en su caso, la medida de internamiento cautelar» (art. 73.2); y, de acordar este último, «podrá prolongarse, como límite máximo, hasta la mitad de la duración de la medida privativa de libertad que haya sido impuesta en la sentencia» (art. 73.3)⁵⁶. Entendemos que esto mismo será aplicable también si en el momento de dictarse la sentencia de primera instancia el encausado no está en prisión provisional, sino en internamiento cautelar en alguno de aquellos establecimientos especiales, supuesto éste que, sin embargo, no aparece contemplado en el mencionado art. 77.3 ALECrим.

4.3. Variantes en el procedimiento a seguir

Y llegamos así a la sección 5^a, en la que, bajo la rúbrica «especialidades del proceso en el caso de falta absoluta de capacidad procesal», trata de darse respuesta al segundo de los problemas que, según veíamos más arriba (apartado 2.2.) presenta la regulación vigente: qué hacer cuando de las primeras diligencias resulta patente la falta absoluta de capacidad procesal⁵⁷. Pues bien, el art. 79 ALECrим. distingue dos posibles situaciones.

En primer lugar, que el Ministerio Fiscal entienda «que la continuación del procedimiento sólo puede tener por objeto la imposición de una pena», lo cual sucederá en los casos en los que el

⁵⁵ El reiterado Informe del Consejo Fiscal se manifiesta muy crítico con esta previsión («profundamente desacertada»). En otro orden de ideas, supeditar la sustitución de la prisión provisional por el internamiento en centro psiquiátrico, de deshabituación o educativo especial a la sospecha de que concurría, en el momento del hecho, una de las causas de inimputabilidad previstas en los tres primeros números del art. 20 CP, tal y como se desprende de los dos primeros párrafos del art. 75 del Anteproyecto, suscita la duda de si cabe aplicar la prisión provisional en casos de personas con discapacidad que no sean inimputables, como sugiere HERNÁNDEZ GALILEA, en *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, p. 173.

⁵⁶ RAMÍREZ ORTIZ/RUEDA SERRANO, *Diario La Ley*, (9815), 2021, p. 13, entienden también que el art. 77.3 ALECrим. «da solución a la problemática que planteaban» las mencionadas sentencias del TC. Afirma, por el contrario, el Informe del Consejo Fiscal que a que venimos aludiendo que «no se aprecia en el articulado del Anteproyecto ninguna norma que habilite la adopción de medidas cautelares personales de aseguramiento tras el dictado de sentencia absolutoria no firme por aplicación de la eximente completa de trastorno mental» (p. 150), analizando a continuación el problema planteado ante el TC. HERNÁNDEZ GALILEA, en *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, por su parte, entiende que este apartado tercero del art. 77, «tal como está redactado resulta ininteligible» (p. 176).

⁵⁷ Véase al respecto, las referencias de la nota 41. Destaquemos sólo FLORES PRADA, en *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, pp. 227 ss.

sujeto era plenamente imputable o, al menos, semiimputable en el momento del hecho⁵⁸. En tal supuesto, se «decretará el archivo de las actuaciones hasta que la persona investigada recobre la capacidad necesaria para ser sometida a juicio» (art. 79.2, 1º); es decir, más o menos lo mismo que hoy prevé el art. 383 LECrime. para los supuestos de inimputabilidad sobrevenida durante la tramitación de la causa, salvo por lo que se refiere a la actual posibilidad –objeto, como vimos, de crítica generalizada– de imponer alguna de las medidas previstas en el CP para los inimputables.

La segunda situación posible es que «resulte procedente la imposición de una medida de seguridad», con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal, en cuyo caso proseguirá el procedimiento «a los solos efectos de que se adopte la medida de seguridad que resulte adecuada», dada la exigencia de sentencia firme (art. 3 CP) para la imposición de cualquier medida de seguridad, tal y como recordábamos al principio de esta contribución. En este caso, «la acción penal será ejercida exclusivamente por el Ministerio Fiscal» y «si hubiere acusaciones particulares personadas, éstas podrán continuar en el procedimiento en calidad de actores civiles» (art. 79.2, 2º, completado por el art. 80, donde se prevén diversas especialidades del procedimiento, alguna de las cuales, como la prohibición de conformidad, ya habían sido señaladas previamente).

Dejando de lado alguna observación más concreta que cabría aducir a este nuevo régimen legal⁵⁹, cabe cuestionar, con carácter general, que persista en él la actual disparidad de soluciones –cada vez más cuestionada, como veíamos más arriba (apartado 2.2.)–, según que la enfermedad mental del sujeto existiera ya en el momento del hecho o sobrevenga con posterioridad⁶⁰. Especialmente entre los procesalistas es creciente la opinión –también lo hemos indicado ya⁶¹– de que faltando, por causa de enfermedad mental, la capacidad procesal, sea que esto sucediera ya en el momento el hecho, sea que sobrevenga con posterioridad, debe excluirse en todo caso la prosecución del procedimiento. Las diferencias se plantean a la hora de determinar las posibles consecuencias, inclinándose algunos de estos autores por el recurso, en tal supuesto, a la jurisdicción civil y, en particular a las posibilidades que ofrece el internamiento involuntario previsto en el art. 763

⁵⁸ Así lo entiende también TOMÉ GARCÍA, *La Ley Penal*, (151), 2021, p. 14-15.

⁵⁹ Así, por ejemplo, critica, con razón, TOMÉ GARCÍA, *La Ley Penal*, (151), 2021, p. 13, esa limitación del papel de las acusaciones particulares a meros actores civiles en el caso de que proceda sólo la imposición de una medida de seguridad, pues «no se puede negar el interés legítimo que puede tener la víctima, personada como acusación particular, en la concreta medida de seguridad que procede imponer y en la duración de la misma». También en relación a este artículo 79.2, 2º ALECrime., señala FLORES PRADA, en *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, que lo allí dispuesto supone una decisión unilateral del Fiscal que «no sólo excluye la posibilidad de contradecir en juicio la concurrencia de la eximente por parte de las acusaciones personadas, sino también la posibilidad de la defensa de cuestionar la exención, promoviendo en su lugar una sentencia absolutoria que descarte la autoría o participación del sujeto»; de este modo, «la apreciación de la inimputabilidad se anticipa al juicio» (p. 227).

⁶⁰ En este sentido, por todos, observa FARTO PIAY, *Estudios Penales y Criminológicos*, (41), 2021, p. 905, que «las soluciones propuestas no difieren en exceso del régimen vigente», que previamente ha calificado de «extremadamente deficiente» (pp. 901-2). Incluso, como recuerdan al final de su contribución RAMÍREZ ORTIZ/RUEDA SERRANO, *Diario La Ley*, (9815), 2021, pp. 18-19, el art. 883 ALECrime. recoge el régimen legal relativo a la «capacidad procesal de la persona condenada», recogiendo una serie de previsiones en la línea de lo actualmente dispuesto en el art. 60 CP, precepto que, sin embargo, no aparece mencionado en la amplia Disposición Derogatoria de este Anteproyecto. Ya hemos indicado que queda fuera de nuestro objeto de estudio esta «enajenación sobrevenida» durante el cumplimiento de la condena.

⁶¹ Cfr, *supra*, apartado 2.2. (y allí, las referencias de la nota 34).

LECiv.⁶². Ahora bien, pese a haberse corregido por el legislador los obstáculos de constitucionalidad que aquejaban, desde su aprobación, a este precepto⁶³, perviven –venimos insistiendo en ello desde hace años⁶⁴– serias dificultades que lo convierten en un cauce especialmente inadecuado para servir de respuesta al delito cometido por el inimputable, pues el internamiento civil se concibe como una técnica esencialmente tutelar, ajena a la función de control de la peligrosidad criminal del sujeto; cobra un carácter fundamentalmente terapéutico, lo que se traduce, entre otros datos, en que es el propio médico quien lo da por finalizado, informando de ello al juez; y, finalmente, tiene carácter indeterminado, lo que contrasta sensiblemente con los límites taxativos que el principio de proporcionalidad fija al internamiento de carácter penal.

5. Consideraciones conclusivas

La situación procesal del inimputable no puede desvincularse de la actual vigencia de un modelo dualista (penas y medidas) de respuesta al delito⁶⁵. Quienes, por el contrario, defienden un modelo (monista) de Derecho penal que recurre exclusivamente a la pena en cuanto consecuencia jurídica del delito, concluirán que allí donde aquella no tenga cabida, por ser inimputable el autor del delito, dejará de intervenir la jurisdicción penal, acudiéndose a los mecanismos tutelares y asegurativos existentes en otras ramas del ordenamiento jurídico, singularmente el derecho civil o el administrativo. Y aunque no coincidan–venimos insistiendo en ello– inimputabilidad y capacidad procesal, quienes entienden –lo acabamos de ver⁶⁶– que, una vez constatada la falta de capacidad procesal del sujeto, hay que remitir el problema a la jurisdicción civil, no dejan de aproximarse a esta vía monista que ve en la pena la única consecuencia jurídica posible del derecho penal.

La primera decisión a adoptar, desde una perspectiva político legislativa es, por consiguiente, la de si al delito cometido por el inimputable se le responde a través de mecanismos jurídico-penales (medidas penales de corrección o de seguridad) o de otra índole. En anteriores ocasiones

⁶² En este sentido, por todos, FARTO PIAY, *Estudios Penales y Criminológicos*, (41), 2021, pp. 928 ss. FLORES PRADA, *Práctica de Tribunales* (145), 2020, pp. 20 ss., por su parte, aceptando también esta solución del internamiento civil, propone, sin embargo, una serie de cambios en la redacción del art. 763 LECiv. y apunta, además, a otras posibles soluciones, como el proceso penal especial previsto para el decomiso autónomo. Y SÁNCHEZ RUBIO, en *Tendencias actuales del Derecho Procesal*, 2019, pp. 104 ss., propone, de *lege ferenda*, «crear un modelo de enjuiciamiento que se sitúe a caballo entre el proceso penal y el proceso civil».

⁶³ Recuérdese que la STC (Pleno) 132/2010, de 2 de diciembre (BOE núm. 4, de 05 de enero de 2011), declaró aquel precepto inconstitucional, aunque no nulo por carencia de rango orgánico. Este rango sólo le fue conferido por el art. 2, apartado 3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, que modificó la disposición adicional primera de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. La Ley 8/2021, pese a introducir amplias modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en todo lo relacionado con las personas con discapacidad, mantuvo inalterado, sin embargo, este art. 763.

⁶⁴ Ya así en SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003, pp. 196 ss. Cfr. además las referencias recogidas en la nota 4.

⁶⁵ Para este debate sobre el carácter monista o dualista del sistema penal, permítasenos remitir a SANZ MORÁN, «De nuevo sobre el monismo o dualismo en el derecho penal», en MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, 2018, pp. 251-269.

⁶⁶ Cfr. las referencias en la nota 62.

nos hemos pronunciado a favor de la primera de estas soluciones, con argumentos que no vamos a reproducir ahora⁶⁷.

Una segunda decisión a afrontar, ligada inescindiblemente a la precedente, es la de si sigue o no adelante y, en caso afirmativo, en qué términos, el proceso penal, una vez constatada la inimputabilidad del autor del hecho delictivo. Repitámoslo una vez más, si el sistema penal de respuesta al delito se configura en clave monista, la solución está clara: se extrae al imputado del proceso penal, remitiéndolo a las instancias jurídico civiles o administrativas correspondientes. Si, por el contrario, se configura un sistema dualista de respuesta al delito cabría o bien continuar el procedimiento, fingiendo una capacidad procesal realmente inexistente, a fin de que pueda tener lugar la vista oral, garantizando así al máximo –entienden los defensores de este modelo que, como vimos, es el que rige en España– los derechos del imputado; pero también sería posible, sin merma alguna de tales garantías, establecer un «procedimiento de medidas» –en la línea de lo que, como también hemos visto, hace el derecho alemán–, que permita la imposición autónoma de aquellas, pudiendo restringir –como sucede en este último modelo legislativo– la aplicación de las que comporten privación de libertad a las de naturaleza terapéutica, mientras que la previsión de las meramente asegurativas se limita a aquellas que –como sucede con la retirada del permiso de conducir o la inhabilitación profesional– no conlleven privación de libertad. Habrá que decidir también, por otra parte, si resulta adecuado distinguir según la situación de inimputabilidad concurra ya en el momento del hecho, supuesto en el que, de entrada, sólo caben medidas correctoras o asegurativas distintas de la pena, o se manifieste después, en cuyo caso hablamos de un sujeto para quien, en principio, viene en consideración una pena, que no cabe, sin embargo, imponer si persiste su incapacidad de comprensión del sentido y alcance del proceso penal y de la pena.

Y llegamos así a la tercera de las decisiones político legislativas a reflexionar: la necesidad de dotar a los órganos encargados del enjuiciamiento penal de un sistema completo y flexible de medidas cautelares personales que cubra también los supuestos de inimputabilidad o semiimputabilidad del sujeto, salvaguardando en todo caso el principio de *ultima ratio* de los que comporten privación de libertad y de acuerdo con el criterio general de no hacer de peor condición al sujeto que se encuentra en alguna de aquellas situaciones frente al plenamente responsable. Si la opción seguida es la de llegar a la vista oral para la imposición de las medidas de corrección y de seguridad, cabría todavía pensar en mecanismos complementarios de protección de la dignidad del inimputable o semiimputable.

Sentados así los términos de la cuestión a debatir, hemos pretendido con estas páginas una primera aproximación, fundamentalmente descriptiva, a unas previsiones al respecto (las del ALECRim. de 2020), que ni siquiera han sido presentadas todavía como proyecto de ley, pero que, sin duda, están llamadas a concitar –como lo vienen haciendo ya– intensa discusión, dado que

⁶⁷ Se trata de dar respuesta a un «delito», cuyos elementos deben ser contrastados por la jurisdicción penal; y, entre ellos, deberá ser objeto específico de verificación la misma inimputabilidad del sujeto activo de la conducta punible –lo que no es siempre fácil–, a cuyos efectos, el proceso penal goza de los instrumentos más adecuados. Por otra parte, en cuanto tal respuesta al delito, la necesidad de prevención de nuevos delitos debe situarse en primer plano, lo que se consigue mejor con una respuesta de naturaleza específicamente penal. Más información en SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003, pp. 31 ss. (donde seguimos de cerca el planteamiento de STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4^a ed., 2000, pp. 25-26). Cfr. además, en fecha más reciente, por todos, SILVA SÁNCHEZ, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?», *InDret Penal*, (3), 2014, p. 15, con argumentos también próximos a los de STRATENWERTH.

tratan de colmar una de las lagunas más significativas de nuestro modelo procesal penal vigente. Y hemos avanzado ya alguno de los problemas de la regulación proyectada. Estamos, sin duda, ante un avance muy importante frente a la situación actual⁶⁸, pero entendemos que, más que una propuesta definitiva, lo que ofrece el mencionado Anteproyecto es un punto de partida para la necesaria discusión.

Desde nuestra modesta opinión, puede darse por bueno el intento de enlazar con el nuevo tratamiento civil de la discapacidad, concretado en la creación de una figura de apoyo distinta del abogado defensor como punto de partida ineludible cuando se dirige la investigación contra alguien que puede estar incursa en una situación de discapacidad; más discutible es que ello sea necesario en los supuestos de estricta inimputabilidad o en los de falta absoluta de capacidad procesal. A partir de ahí, creemos que la decisión fundamental sobre la prosecución o no del procedimiento sigue excesivamente pegada al modelo vigente: previsiones del art. 383 LCrim. (salvadas todas las distancias) si la «enajenación» es sobrevenida y prosecución del procedimiento hasta dictar sentencia, caso de que el sujeto fuera inimputable en el momento del hecho y, por ende, venga en consideración «sólo» una medida de seguridad. Venimos insistiendo en que quizás debiera reconsiderarse esta dualidad de respuestas. Y, por lo que se refiere al régimen de medidas cautelares previstas para el supuesto que nos ocupa, hemos indicado también que se producen excesivos solapamientos con el régimen general de las mismas. Finalmente –y en otro orden de ideas– la regulación proyectada peca, quizás, de excesiva prolijidad (no son infrecuentes las repeticiones); sería necesario un esfuerzo de síntesis.

En cualquier caso, lo importante es que el «pre-legislador» se hace eco de forma decidida de un problema que debe ser abordado de manera inexcusable, como venimos insistiendo desde hace casi dos décadas. Pretendemos, al hacerlo una vez más, superar la criticable separación académica entre penalistas y procesalistas, tan distorsionadora de la realidad.

6. Bibliografía

AGUILERA MORALES, «La prisión provisional en el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, (3), 2022, pp. 399-437.

ARNÁIZ SERRANO, «Adecuación de las vigentes medidas cautelares a aplicar sobre investigados con trastorno mental», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 235-252.

ARMENGOT VILAPLANA, «El estatuto de la persona encausada en el Anteproyecto de LECRIM», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, (3), 2021, pp. 291-329.

BERMÚDEZ REQUENA, «El incidente de evaluación de la falta de capacidad del sujeto pasivo en el proceso penal», en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal (Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 119-148.

⁶⁸ Como dice HERNÁNDEZ GALILEA, en *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, p. 164, «la mera existencia de una regulación sobre el tema ya es sin duda un avance».

CASCINI, «La cosciente partecipacione dell'imputato al proceso penale: Profili comparatistici Italia Spagna», en ÁLVAREZ ALARCÓN/GARCÍA MOLINA (dirs.), *Tendencias actuales del Derecho Procesal*, Comares, Granada, 2019, pp. 61-74.

DE LA ROSA CORTINA, «Medidas cautelares personales en supuestos de graves anomalías psíquicas», *La Ley Penal*, (108), 2014, pp. 1-24.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, «Aspectos procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Práctica de Tribunales*, (151), 2021.

DOVAL PAIS, «El trastorno mental sobrevenido. Antecedentes, problemas y precisiones del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDON/GALLEGOS SOLER/HORTAL IBARRA (dirs.), *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro Homenaje a la Profesora Miren Txu Corcoy Bidasolo*, v. I, Boletín Oficial del Estado (BOE), 2022, pp. 589-599.

FARTO PIAY, «El enjuiciamiento penal de las personas con problemas de salud mental», *Estudios Penales y Criminológicos*, (41), 2021, pp. 895-939.

FERNÁNDEZ MOLINA, «Hacia una justicia penal inclusiva: una evaluación del paso por el procedimiento penal de la persona con discapacidad intelectual o con problemas de aprendizaje», *Cuadernos de Política Criminal*, (132), 2020, pp. 135-165.

FLORES PRADA, «Discapacidad procesal del encausado por razón de trastorno mental en la ALECRIM de 2020. Especial referencia al problema del enjuiciamiento», en EL MISMO, *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal (Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 183-234.

_____, «Alternativas al enjuiciamiento de acusados con falta de capacidad procesal por trastorno mental grave», *Práctica de Tribunales* (145), 2020.

_____, «Garantías constitucionales en el enjuiciamiento de acusados con falta de capacidad procesal por trastorno mental grave», en EL MISMO, *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 363-445.

GARCÍA SAN MARTÍN, «Incapacidad de obrar procesal versus inimputabilidad. Dos realidades no necesariamente convergentes», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 173-183.

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, «Prisión preventiva y medidas de seguridad. La STC de 22 de octubre de 2015», *Diario La Ley*, (8677), 2016.

_____, «Situaciones de los reclusos enajenados y sometidos a medidas privativas de libertad en establecimientos psiquiátricos penitenciarios», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, (3), 1999, pp. 677-720.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, «Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de seguridad», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, (2), 1997, pp. 171-192.

GRIMA LIZANDRA, «El derecho de defensa del imputado con graves anomalías psíquicas», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, (34), 2010, pp. 67-84.

HERNÁNDEZ GALILEA, «Las medidas cautelares privativas de libertad en supuestos de encausados con trastorno penal en la ALECRIM 2020», en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal (Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 149-182.

HERNÁNDEZ GARCÍA, «Notas sobre las obligaciones de ajuste en el tratamiento procesal de las personas investigadas o acusadas vulnerables», *Revista Jurídica de Catalunya*, (4), 2020, pp. 9-39.

HERNÁNDEZ MAURA, «Enfermedad o trastorno mental, capacidad procesal y justicia penal negociada en la regulación actual y en la ALECRIM de 2020», en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal (Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 321-364.

JUAN SÁNCHEZ, «Medidas de seguridad y proceso penal: la regulación actual y su contraste con las previsiones de la propuesta de Código procesal penal», en ORTS BERENGUER, (dir.), *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 409-444.

LACAL CUENCA/PEÑARANDA DEL RÍO/SOLAR CALVO, «¿Debe un enfermo mental estar en prisión? Situación actual y cuestiones que plantea la STC 84/2018, de 16 de julio», *Revista General de Derecho Penal*, (30), 2018.

MAZA MARTÍN, «Arts. 95 a 109» en SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1998.

_____, «Las medidas de seguridad y otras opciones penales aplicables a los supuestos de inimputabilidad plena y semiplena. Problemática judicial», *Cuadernos de Derecho Judicial*, (17), 1993, pp. 131-228.

MEYER/GOSSNER, *Strafprozessordnung*, 48^a ed., Beck, Múnchen, 2005.

MORENO CATENA, «Enfermedad mental y capacidad en el proceso penal», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 69-88.

ORTEGA MATESANZ, «Trastornos mentales apreciados durante la ejecución de la pena. La suspensión de la ejecución de la pena por la vía del art. 60 CP», en MATA Y MARTÍN (dir.), *Salud mental y privación de libertad. Aspectos jurídicos e intervención*, Bosch, Barcelona, 2021, pp. 117-155.

PANSINI, «L'infermitá mentale dell'imputato nel processo penale», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 533-543.

PANTALEÓN DÍAZ/PUENTE RODRÍGUEZ, «Derecho penal y discapacidad a partir del nuevo paradigma de la Convención», en MUNAR BERNAT (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 117-155.

PÉREZ PÉREZ/SANTAMARÍA MATESANZ, «El internamiento psiquiátrico en el proceso penal», *Boletín Digital Penal*, (24), 2018.

PUENTE RODRÍGUEZ, «Algunos problemas procesales derivados de la alteración mental del acusado, antes, durante y después del procedimiento penal», *Diario La Ley*, (9699), 2020.

QUINTERO OLIVARES, «Culpabilidad, imputabilidad y capacidad procesal en el derecho penal y en el enjuiciamiento de personas con trastorno mental», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 33-67.

—————, *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

RAMÍREZ ORTIZ/RUEDA SERRANO, «El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del siglo XXI (La propuesta del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)», *Diario La Ley*, (9815), 2021.

RATH, «Zum Begriff der Verhandlungsfähigkeit im Strafverfahren», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1997, pp. 214-228.

SAEZ MALCEÑIDO, «La falta de capacidad procesal para comprender el sentido de la pena en el ALECRIM de 2020. Perspectiva jurídica», en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal (Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 235-264.

SÁNCHEZ RUBIO, «Las garantías de defensa en el enjuiciamiento del enfermo mental», en ÁLVAREZ ALARCÓN/GARCÍA MOLINA (dirs.), *Tendencias actuales del Derecho Procesal*, Comares, Granada, 2019, pp. 91-105.

SANTOS REQUENA, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Comares, Granada, 2001.

SANZ MORÁN, «Una reforma inaplazable. El nuevo *status* procesal del inimputable en el Anteproyecto de LECRim. de 2020», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDON/GALLEGO SOLER/HORTAL IBARRA (dirs.), *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcón Bidasolo*, v. II, Boletín Oficial del Estado (BOE), 2022, pp. 1593-1605.

—————, «El enfermo mental ante el proceso penal», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (56), 2019, pp. 13-15.

_____, «De nuevo sobre el monismo o dualismo en el derecho penal», en MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 251-269.

_____, «Relevancia procesal de la inimputabilidad», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 601-623.

_____, «El inimputable ante el proceso penal», en DE HOYOS SANCHO (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 295-314.

_____, «Acerca de las medidas cautelares personales aplicables a los sujetos inimputables autores de un delito; comentario a la STC 217/2015, de 22 de octubre», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (42), 2016, pp. 213-230.

_____, «Relevancia jurídico-penal de la discapacidad», en GUILARTE MARTÍN-CALERO (dir.), *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 369-380.

_____, «El reconocimiento mutuo de resoluciones de libertad vigilada: análisis normativo», en ARANGÜENA FANEGO/DE HOYOS SANCHO/RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO (coords.), *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 157-171.

_____, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?», *InDret Penal*, (3), 2014.

_____, «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio 'jurisdiccional' de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado», en GARCÍA VALDÉS/CUERDA RIEZU/MARTÍNEZ ESCAMILLA/ALCÁZAR GUIRAO/VELLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 661-690.

STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4^a ed., Carl Heymanns, Köln, 2000.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, «El estatuto jurídico de las personas investigadas/acusadas con discapacidad por trastorno mental en el proceso penal de adultos», *Práctica Penal. Cuaderno Jurídico*, (100), pp. 14-24.

TOMÉ GARCÍA, «Particularidades de la instrucción en el proceso penal cuando el investigado presenta indicios de enfermedad o trastorno mental (LECrim y Anteproyecto de 2020)», *La Ley Penal*, (151), 2021.

URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Comares, Granada, 2009.

Raúl Carnevali Rodríguez
Universidad de Talca, Chile

Iván Navarro Papic
Universidad Carlos III de Madrid

Desistimiento y rehabilitación del ofensor en la Justicia Restaurativa. Algunas consideraciones

Sumario

Este trabajo examina cómo puede entenderse la rehabilitación del autor dentro de la Justicia Restaurativa. Considerando que conceptos como la reincisión de quien ha delinquido se han planteado, fundamentalmente, dentro del Derecho penal, teniendo como centro de análisis los fines de la pena, cabe preguntarse si las tesis preventivo especiales pueden aplicarse también respecto de la Justicia Restaurativa, considerando que ésta descansa sobre otros pilares distintos a la pena. Asimismo, se analiza si las prácticas restaurativas pueden tener impacto en la reducción de la reincidencia y de qué forma pueden entenderse hoy nociones como el desistimiento delictivo, en cuanto a impulsar cambios en la conducta del ofensor hacia la evitación en la comisión de nuevos delitos.

Abstract

This paper examines how the rehabilitation of the offender can be understood within Restorative Justice. Considering that concepts such as the reintegration of those who have committed a crime have been raised, fundamentally, within Criminal Law, having as the center of analysis the purposes of punishment, it is worth asking whether the special preventive thesis can also be applied to Restorative Justice, considering that this rests on other pillars other than punishment. Likewise, it is analyzed whether restorative practices can have an impact on the reduction of recidivism and in what way notions such as criminal desistance can be understood today, in terms of promoting changes in the offender's behavior towards the avoidance of committing new crimes.

Zusammenfassung

In diesem Papier wird untersucht, wie die Rehabilitation des Täters im Rahmen der opferorientierten Justiz verstanden werden kann. In Anbetracht der Tatsache, dass Konzepte wie die Wiedereingliederung des Täters grundsätzlich im Strafrecht aufgeworfen wurden, wobei die Ziele der Bestrafung im Mittelpunkt der Analyse standen, stellt sich die Frage, ob die These der Spezialprävention auch auf die "Restorative Justice" angewendet werden kann, da diese auf anderen Säulen als der Bestrafung beruht. Ebenso wird untersucht, ob sich restaurative Praktiken auf die Verringerung der Rückfälligkeit auswirken können und inwiefern Begriffe wie kriminelle Desistenz heute im Sinne der Förderung von Verhaltensänderungen des Straftäters zur Vermeidung neuer Straftaten verstanden werden können.

Title: Desistance and rehabilitation of the offender in Restorative Justice. Some considerations.

Titel: Desistenz und Rehabilitation von Straftätern im Rahmen der opferorientierten Justiz. Einige Überlegungen

Palabras clave: justicia Restaurativa, rehabilitación, reincidencia, desistimiento delictivo.

Keywords: Restorative Justice, rehabilitation, recidivism, criminal desistance.

Stichwörter: *Opferorientierten Justiz, Rehabilitation, Rückfälligkeit, kriminelle Desistenz*

DOI: 10.31009/InDret.2023.i1.05

Recepción
20/08/2022

-

Aceptación
11/09/2022

-

Índice

-

1. Introducción

2. Planteamientos preventivo especiales en Derecho penal

3. Justicia Restaurativa, reincidencia y desistimiento

3.1. ¿Qué es la Justicia Restaurativa?

3.2. ¿Cómo se integra la Justicia Restaurativa al sistema penal?

3.3. ¿Es razonable exigir a la Justicia Restaurativa un impacto en la reducción de la reincidencia?

3.4. ¿Qué aporte puede tener la Justicia Restaurativa en el marco del desistimiento delictivo?

4. Conclusiones

5. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

Uno de los temas que genera particular debate dentro de la Justicia Restaurativa dice relación con la posibilidad de que la reintegración, entendida como uno de sus pilares fundamentales junto con la responsabilización y la reparación, puede comprender la rehabilitación del ofensor¹. Cuando se habla de reintegración se apunta, esencialmente, a reincorporar a la vida en comunidad a quienes han cometido un delito, es decir, procurar, a través de los encuentros restaurativos con víctimas e incluso en ocasiones con miembros de la comunidad, que estos valoren el respeto a las normas, visualicen el impacto de sus acciones y retomen la convivencia comunitaria. Podría decirse, en términos muy generales, que no vuelvan a delinquir. La cuestión que surge es la siguiente: ¿se puede pedir a la Justicia Restaurativa que tenga como misión la disminución de la reincidencia?

Sin duda, buena parte de la discusión ciudadana en materia penal guarda relación con la rehabilitación de los infractores, esto es, qué debe hacerse para evitar que reiteren en su conducta delictiva². En este orden de ideas, las tesis preventivo especiales se dirigen, precisamente, a determinar cómo el condenado, considerado como una fuente de peligro por haber delinquido, no vuelva a reincidir. En consecuencia, corresponde preguntarnos si tratándose de la Justicia Restaurativa también podemos hablar de prevención especial en los mismos términos que se predicen respecto de la pena, esto es, que una de sus funciones sea la resocialización de quien ha delinquido. Es cierto, desde hace ya un tiempo que se cuestiona pretender que la pena pueda alcanzar tales objetivos³, pero al menos sí se estima como una pretensión a la que no se puede renunciar. En efecto, aun cuando ya no puede hablarse de tratamientos reeducadores dirigidos a la recuperación de los condenados, puede destacarse que tales planteamientos han puesto en la discusión la necesidad de revisar las penas privativas de libertad y todo lo que estas conllevan, a saber, desocialización, pérdida de contacto con los círculos más íntimos y la evitación de la cárcel buscando otros mecanismos de respuesta al conflicto⁴.

Pues bien, atendido lo anterior, corresponde examinar qué elementos de juicio deben ser considerados dentro de los mecanismos restaurativos para que, desde una perspectiva reintegradora del ofensor, pudiera hablarse, si es que corresponde, de rehabilitación. Como se verá, es un tema particularmente discutido, pues la tendencia es considerar que el objetivo principal es la reparación de la víctima, y que las prácticas restaurativas y la responsabilización del autor podrían tener la suficiente capacidad motivadora para alcanzar un cambio a nivel individual. Sin embargo, se cuestiona si puede exigirse a estos modelos que tengan como misión la reinserción del ofensor y, por cierto, que reduzcan las tasas de reincidencia. Con todo, sigue siendo particularmente discutido, pues como han señalado WARD, FOX y GARBER, si bien hay

* Autores de contacto: Raúl Carnevali Rodríguez (rcarnevali@utalca.cl), Iván Navarro Papic (ivanignacio.navarro@uc3m.es). Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt Regular N° 1200083 que dirige como investigador responsable el Dr. Raúl Carnevali.

¹ VAN NESS/STRONG, *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*, 5^a ed., 2015, p. 114.

² Cabe señalar que la expresión rehabilitación que aquí se emplea corresponde a la voz *rehabilitation*, la que también puede entenderse referida a resocialización o reinserción. Al respecto, CARLEN, «Contra la rehabilitación: en defensa de una Justicia restaurativa», *Revista Crítica Penal y Poder*, (9), 2015, p. 91.

³ Fundamental el trabajo de MARTINSON, «What works? Questions and answers about prison reform», *The public interest*, (35), 1974, pp. 22 ss., donde afirma que los tratamientos adoptados para reducir las tasas de reincidencia en los internos no funcionan -*nothing works*-.

⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, «El Derecho penal en el siglo XX», en LÓPEZ GUERRA *et al.*, *El Derecho español en el siglo XX*, 2000, p. 91.

quienes afirman que las prácticas de la Justicia Restaurativa pueden facilitar la reintegración del delincuente y reducir las tasas de reincidencia, otros afirman que aquello es poco probable⁵. En este orden, hay estudios que aseveran que los programas restaurativos se han mostrado más exitosos, en términos de reducción de la reincidencia, tratándose de delitos más graves que respecto de los patrimoniales, aunque señalan que tampoco se puede ser demasiado concluyente⁶. En este sentido, se ha llegado a afirmar la necesidad de incorporar tratamientos «correccionales», y de que las intervenciones restaurativas deben concentrarse, además, del daño resultante de un delito, en los niveles de riesgo que plantea el delincuente o las necesidades criminógenas de éste, buscando desarrollar las habilidades conductuales y cognitivas necesarias para lograr un cambio más permanente⁷.

No deja de ser un dilema complejo de resolver, y como se puede apreciar, existen diversas posturas, incluso divergentes, pues, aun cuando uno de los objetivos más trascendentales de la Justicia Restaurativa se refiere a la reparación de la víctima, también se podría afirmar que el atender a la reducción de la reincidencia debería ser considerado. Quizás no como uno de sus propósitos principales, pero sí, al menos, abrirse a la posibilidad de estudiar de qué forma la reintegración del ofensor pudiera incidir en aquello. Y es que resulta inevitable pensar que no atender a ello, o minimizar su alcance, puede ser percibido negativamente por la ciudadanía y socavar programas de Justicia Restaurativa y a los organismos gubernamentales que los sustenten. De uno u otro modo, la Justicia Restaurativa también necesita el apoyo de un público que quiere «resultados»⁸. En todo caso, el que pudiera llegar a afirmarse que estos procesos restaurativos no suponen un aumento de la reincidencia ya sería un logro no menor, pues daría cuenta que el recurso a medios más afectivos y de mayor costo, no sólo monetario, sino también emocional y físico para todos los involucrados en el conflicto -ciertamente, a algunos con mayor intensidad- no resultan tan necesarios en ciertos casos para enfrentar la delincuencia⁹.

Este trabajo pretende examinar si el enfoque restaurativo y su marco de aplicación, comprendiendo los objetivos que se persiguen, puede conciliarse con las propuestas de rehabilitación del ofensor que habitualmente se han esgrimido dentro del sistema penal. O si, por el contrario, deben entenderse de manera distinta, pues aun cuando pudiera haber algunos puntos en los que converjan, deben construirse por separado. Si en este sentido, como se explicará más adelante, resulta mejor hablar de desistimiento. Al respecto, WARD y LANGLANDS señalan que el concepto clave es la restauración, entendida ésta como el restablecimiento de las relaciones que se han visto resquebrajadas por el delito, pudiendo comprenderse a la víctima, al ofensor y a la comunidad, siendo, justamente, estos encuentros restaurativos los que pueden servir al autor del hecho delictivo para dar un giro en su vida, descubriendo nuevas formas de

⁵ WARD/FOX/GARBER, «Restorative justice, offender rehabilitation and desistance», *Restorative Justice*, (2-1), 2014, p. 24 ss.; WARD/LANGLANDS, «Repairing the rupture: Restorative justice and the rehabilitation of offenders», *Aggression and Violent Behavior*, (14-3), 2009, p. 208; MORRIS, «Critiquing the critics: a brief response to critics of restorative Justice», *British Journal of Criminology*, (42-3), 2002, pp. 596 ss.; HAYES/DALY, «Conferencing and Re-Offending in Queensland», *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, (37-2), 2004, p. 167 ss.; HWANG, «Restorative Justice: A Better Alternative for Reducing Recidivism?», *Sociological Imagination: Western's Undergraduate Sociology Student Journal*, (6), 2020, pp. 1 ss.

⁶ SHERMAN/STRANG, *Restorative justice: the evidence*, 2007, pp. 68 ss.

⁷ LEVRANT *et al.*, «Reconsidering restorative justice: The corruption of benevolence revisited?», *Crime & Delinquency*, (45-1), 1999, pp. 3 ss.

⁸ Así, PRESSER, *et al.*, «Imagining Restorative Justice Beyond Recidivism», *Journal of Offender Rehabilitation*, (46-1/2), 2007, pp. 163 ss.

⁹ Así expresamente, TAMARIT SUMALLA, «La Justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico», en EL MISMO (coord.), *La Justicia restaurativa : desarrollo y aplicaciones*, 2012, p. 45.

convivencia y de respeto a las normas que refuercen su desistimiento, en cuanto a su decisión de no volver a delinquir¹⁰.

2. Planteamientos preventivo especiales en Derecho penal

Probablemente no existe otra rama del Derecho más expuesta y conocida por la ciudadanía que el Derecho penal, por cuanto, en general, se tiene una noción acerca de las conductas que deberían castigarse y cómo responder frente a tales actos. Existe pues, una especie de conciencia jurídica fuertemente arraigada en la sociedad acerca de que hay ciertos comportamientos que sólo pueden ser comprendidos dentro del Derecho penal y que, en caso de ser realizados, deben recibir una respuesta que los repreube. Es por ello que las decisiones políticas que en este ámbito se adopten no resultan para nadie indiferentes, pues están en juego los intereses más caros de una sociedad -así, vida, propiedad y libertad-. Asimismo, desde los albores de la humanidad nos hemos preguntado qué sentido tiene la pena y cuán legítimo puede ser castigar a otro. Y es que, en definitiva, es a través de su aplicación donde se materializa todo lo que esperaríamos del recurso punitivo como mecanismo de control social.

Coincidimos con FEIJOO cuando afirma que los distintos planteamientos teóricos que se han formulado acerca de la reacción penal son fruto de determinados contexto históricos y culturales, es decir, son expresión del espíritu de su tiempo¹¹. En términos muy generales, y asumiendo el riesgo de pecar de simplistas considerando que no es el objetivo de nuestro trabajo, puede decirse que la pena debe entenderse como un mal que se impone por la comisión de un determinado hecho calificado como delito y que impone determinadas cargas, que implican privaciones o restricciones de ciertos derechos¹². Supone infligir dolor por lo que se ha causado y la comunicación de un reproche¹³.

En este sentido, surge la pregunta acerca de qué esperamos con la imposición de la pena, desarrollándose frente a esta interrogante diversos planteamientos teóricos¹⁴. Al respecto, y como ya se enunció precedentemente, nuestra atención se centrará en las tesis de prevención especial, pues son aquellas las que se dirigen a la idea de reinserción, por lo que sus argumentaciones nos sirven de referencia para valorar qué podemos aguardar de las respuestas que ofrece la Justicia Restaurativa.

Dentro de los enfoques preventivos especiales se plantea la resocialización, considerándosela desde una perspectiva positiva, a fin de distinguirla de aquella negativa, donde el énfasis está en la inocuización del delincuente. Pues bien, desde tal óptica, el Derecho penal y la pena deben procurar entregar los medios que permitan a quien ha delinquido no volver a hacerlo. Aun cuando el periodo de gloria de estos planteamientos, inspirados en un propósito humanitario con que

¹⁰ WARD/LANGLANDS, *Aggression and Violent Behavior*, (14-3), 2009, pp. 213-214; WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, 2008, p. 109.

¹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, 2007, p. 2.

¹² FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, 2007, p. 44.

¹³ Para VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, pp. 36-37 y SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 116, la pena debe ser entendida en una doble dimensión: expresión de reproche y causación de dolor. La pena se justifica, tanto retrospectivamente por el reproche, como prospectivamente, entendido el dolor como lo necesario para la prevención.

¹⁴ Acerca de las tesis retributivas y preventivas existe una amplísima literatura. Al respecto, por todos, ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho penal*, 2017, p. 1 ss.

se entendía debía actuarse dentro del ámbito penal, -sobre todo tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial y los abusos de los instrumentos punitivos-, han quedado atrás, no por ello el sistema punitivo debe dejar de tener en consideración la reinserción, al menos procurando adoptar medidas que permitan aspirar a una menor desocialización, particularmente respecto de las penas privativas de libertad¹⁵.

Es así que hoy la ideología del tratamiento que descansaba sobre la idea de sentencias privativas de libertad indeterminadas está superada, particularmente en el Derecho norteamericano, donde se dejaba a criterio de expertos el determinar cuándo al sujeto podía considerársele resocializado¹⁶. Por otro lado, también se plantea que la institución carcelaria difícilmente puede estimarse como un espacio que brinde los estímulos necesarios para educar y pretender que el interno se resocialice. Enseñar cómo se debe vivir en libertad privada de ésta, sobre todo respecto de personas que, en su mayoría han vivido con menores posibilidades de acceder a medios educativos y económicos, resulta difícil de comprender. Unido a ello, la cárcel como experiencia de vida más que constituirse en un factor de reflexión para una vida futura -una especie de penitencia como lo pensaban, entre otros, BENTHAM¹⁷- tiene un carácter estigmatizador y con efectos criminógenos¹⁸.

Todo ello hace pensar que, aun cuando la mayoría de los postulados preventivo especiales se han predicado respecto de la prisión, dentro de la esfera penitenciaria, los esfuerzos resocializadores o de desistimiento futuro hacia el delito también podrían lograrse, incluso con mayor éxito, a través de respuestas que supongan evitar la pena privativa de libertad, en la medida, claro está, que ello sea posible¹⁹. En este sentido, se pueden comprender aquellas salidas propias de la Justicia Restaurativa, que al establecer como una de sus premisas la asunción de responsabilidad por parte del ofensor, permitirían impactar en su conducta futura²⁰.

El derecho penal también actúa cuando no se imponen ni penas ni medidas de seguridad, por lo que también le cabe determinar cuándo su intervención puede tener lugar a través de otros mecanismos que no supongan la imposición de una pena. Así, en el marco del ejercicio de su *ius*

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación del Derecho penal contemporáneo*, 2^a ed., 2012, p. 28, particularmente, p. 419 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, 1985, pp. 89 ss.

¹⁶ BRAITHWAITE/PETTIT, *Not just desert. A republican Theory of Criminal Justice*, 1990, pp. 125 ss.; ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, 1997, p. 88; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, p. 54; MAPELLI CAFFARENA, «Desviación social y tratamiento», *Cuadernos de Política Criminal*, (23), 1984, pp. 313 ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *ADPCP*, (32-3), 1979, pp. 645 ss.; DURÁN MIGLIARDI, «Prevención especial e ideal resocializador. concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena», *Revista Estudios criminológicos y penitenciarios*, (8-13), 2008, p. 70.

¹⁷ Como lo afirman VAN NESS/STRONG, *Restoring Justice*, 5^a ed., 2015, p. 8, en los Estados Unidos, los reformistas convencieron a los responsables políticos de aplicar este modelo de rehabilitación de las penas a través de la prisión. Antes de 1790, las prisiones se utilizaban casi exclusivamente para retener a los delincuentes hasta el juicio o para imponer el trabajo mientras una persona saldaba sus deudas. Los reformistas de Filadelfia horrorizados por la残酷 de los castigos y las condiciones de las cárceles, y movidos de la creencia de que los delincuentes eran el producto de un entorno de mala moral, lograron convertir la cárcel de Walnut Street en lo que llamaron una "penitenciaría" o lugar de penitencia.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, pp. 99 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación del Derecho penal contemporáneo*, 2^a ed., 2012 pp. 32, 420; KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, *Culpabilidad y pena*, 2^a ed., 2016, p. 117.

¹⁹ RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal*, 2016, p. 281.

²⁰ CARNEVALI RODRÍGUEZ, «Justicia restaurativa y sus respuestas frente al conflicto penal. Responsabilidad y reparación», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, (35-1), 2022, pp. 312 ss.

puniendi es posible precisar cuáles instrumentos pueden resultar más eficaces para la consecución de sus fines, pudiendo hallarse entre ellos los propios de la Justicia Restaurativa²¹.

En este orden de ideas, el sistema procesal penal de corte acusatorio, desde el momento que ha incorporado salidas al conflicto penal diversas a la pena, como pueden ser el principio de oportunidad, la conciliación, los acuerdos reparatorios o la suspensión del proceso está dando a entender que los fines del Derecho penal también pueden alcanzarse con la aplicación de estos²². Es decir, y en lo que aquí nos interesa, aspirar como un propósito deseable de que estas salidas, a las que se les puede brindar un componente restaurativo integrado al sistema penal -por medio de la mediación, conferencias o círculos, entre otros- puedan tener un carácter preventivo especial, desde su vertiente resocializadora, está perfectamente justificado²³.

El que la Justicia Restaurativa se centre en la comunicación y el proceso voluntario entre la víctima y el ofensor, facilita que este último pueda apreciar directamente las consecuencias de su acto, permitiendo de este modo que se fortalezcan procesos de resocialización²⁴. El que los procesos restaurativos supongan para el ofensor la asunción de responsabilidad por sus hechos delictivos, pero sin que recaiga una pena, evita que experimente las consecuencias negativas de éstas²⁵.

Con todo y sin perjuicio de lo expuesto, debería seguir sosteniéndose la idea de que los planteamientos preventivos especiales cumplen un papel orientador en el diseño de las respuestas que deben brindarse frente al delito y que puede contribuir en la protección de bienes jurídicos. Si bien es cierto, tal como afirma RODRÍGUEZ HORCAJO, no puede ser estimada como la misión principal de la pena sí puede asumir una función relevante en la etapa de ejecución de la pena, particularmente, en la esfera penitenciaria²⁶. Considerando lo anterior, empero, no puede negarse que los mejores esfuerzos resocializadores que se pueden desplegar implican, de uno y otro modo, distanciarse de la ejecución de las penas privativas de libertad. Siendo así, y tal como se afirmado precedentemente, la Justicia Restaurativa podría sí tener un impacto positivo en este sentido, cumpliéndose las exigencias que tiene el Estado en su función de ofrecer respuestas frente al delito.

²¹ CARNEVALI RODRÍGUEZ, «Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional», *Revista Ius et Praxis*, (14-1), 2008, pp. 19-20; Como afirma SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación del Derecho penal contemporáneo*, 2^a ed., 2012, p. 305, citando a SCHÜNEMANN, en su libro *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, 1971, p. 365, la función del Derecho penal no consiste sólo y únicamente en la protección de bienes jurídicos, sino, además, en un complejo entramado que comprende el interés de la víctima y su protección, el interés del autor en su libertad y el interés de la comunidad en la prevención y seguridad jurídica.

²² Ya lo manifestaba MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, 1985, p. 123.

²³ AGUILAR CÁRCELES, «La cara opuesta al retribucionismo penal: la Justicia restaurativa y la especial protección de los menores de edad», *Revista de Derecho penal y criminología*, 3^a época, (21), 2019, pp. 15 ss.; MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, «Algunas consideraciones para mejorar la situación de las víctimas en el proceso penal chileno. Una aproximación restaurativa», en COUSO/HERNÁNDEZ/LONDOÑO (eds.), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los Derechos Humanos. Estudios en Homenaje a Jorge Mera Figueroa*, 2021, pp. 689 ss.

²⁴ CARNEVALI RODRÍGUEZ, «La Justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal», *Justicia Juris*, (13-1), 2017, p. 131.

²⁵ CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, (35-1), 2022, pp. 305 ss.

²⁶ RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal*, 2016, p. 279-280, quien ofrece abundante bibliografía sobre este punto. Respecto del tratamiento penitenciario en Chile y cómo se orienta desde una perspectiva preventivo especial, CARNEVALI RODRÍGUEZ/MALDONADO FUENTES, «El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad», *Ius et Praxis*, (19-2), 2013, pp. 385 ss.

A continuación, abordaremos cómo desde la Justicia Restaurativa se ha tratado y reflexionado acerca de la rehabilitación y la reincidencia y de qué forma se ha comenzado a desarrollar la noción del desistimiento delictivo.

3. Justicia Restaurativa, reincidencia y desistimiento

3.1. ¿Qué es la Justicia Restaurativa?

La Justicia Restaurativa representa en la actualidad una realidad cada vez más común en los debates sobre criminología y sistema penal, proporcionando un enfoque innovador en relación a los tradicionales paradigmas de control social del delito, orientados esencialmente a la rehabilitación del delincuente y a la reducción de la reincidencia²⁷. En este marco, la Justicia Restaurativa ofrece una relectura de lo que se suele entender como un delito, considerando a los mismos hechos como una situación en que se ha ocasionado un daño a las personas, las relaciones o la propiedad, y que debería ser reparado a través de mecanismos participativos.

Existe una multiplicidad de formas en que se ha conceptualizado la Justicia Restaurativa y actualmente no existe un único concepto que sea aplicado unánimemente. Sin embargo, una definición que responde a un desarrollo progresivo y ascendente desde fines del siglo pasado en el ámbito europeo, es el que ofrece la Recomendación CM/Rec (2018)8 del Consejo de Europa sobre Justicia Restaurativa en asuntos penales, la cual en su regla 3, señala lo siguiente:

«La “Justicia Restaurativa” hace referencia a cualquier proceso que permita a aquellas personas dañadas por el delito y a las personas responsables del daño a participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la resolución de las consecuencias resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente y cualificado (en lo sucesivo, el ‘facilitador’)»²⁸.

En cuanto al surgimiento de la Justicia Restaurativa en el ámbito penal, se trata de un movimiento internacional que tiene diferentes afluentes y no ha sido creado o concebido por una sola persona o grupo. Así, por ejemplo, se reconocen como agendas o corrientes que han influido la conformación de lo que podríamos caracterizar como teorías o paradigmas de Justicia Restaurativa en el contexto del sistema penal, los movimientos a favor de los derechos de las personas sometidas a sanciones privativas o no privativas de la libertad, los movimientos a favor de los derechos de las víctimas, los movimientos a favor de la resolución alternativa de conflictos, el abolicionismo, la criminología republicana e iniciativas institucionales -nacionales e internacionales-²⁹. Ahora bien, considerando que diversos pueblos originarios aplican prácticas restaurativas para gestionar sus disputas, de modo más específico en épocas recientes, se suele situar el inicio de su aplicación más formal y estructurada en Canadá, en el año 1974, cuando en

²⁷ BARONA, «Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la securitización», en SOLETO/CARRASCOSA (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, 2019, pp. 58 ss.

²⁸ Disponible en: <https://rm.coe.int/09000016808e35f3> (última visita: 22 de mayo de 2022). En sentido similar se expresa la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32012L0029> (última visita: 22 de mayo de 2022). Adicionalmente, un concepto de doctrina, ZEHR, «Restorative Justice Beyond Crime: a vision to guide and sustain our lives», en GRANDI/GRIGOLETTO (eds.), *Restorative Approach and Social Innovation. From theoretical grounds to sustainable practices*, 2019, p. 25.

²⁹ VARONA, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, 1998, pp. 138 ss; MIGUEL, *Justicia restaurativa y Justicia Penal*, 2019, pp. 40-41.

la ciudad de Kitchener, Ontario, un juez del foro penal juvenil propuso la participación de unos infractores en un proceso de diálogo con las víctimas por el daño ocasionado a unos automóviles³⁰. A partir de dicha experiencia, luego se comenzó a expandir rápidamente la aplicación de prácticas restaurativas, tanto en Norteamérica como Oceanía y algunos sectores de Europa, debido a los interesantes resultados que fue proporcionando. En la actualidad, la Justicia Restaurativa se encuentra reconocida en diversos sistemas penales nacionales e incluso plasmada en instrumentos internacionales elaborados por organismos como las Naciones Unidas, el Parlamento Europeo, el Consejo de Europa o la Cumbre Judicial Iberoamericana.

Como se indicó previamente a propósito de los conceptos de Justicia Restaurativa, al centro de este enfoque o paradigma de justicia se encuentran la voluntariedad, la confidencialidad, el daño y la reparación, a través de la promoción de una participación activa de los actores implicados³¹. Y es que la Justicia Restaurativa promueve el que sean las personas directamente involucradas en los hechos, quienes tengan un rol central en la gestión del conflicto y la reparación del daño. Es decir, que tanto el infractor como la víctima -y eventualmente algunos representantes de la comunidad, con un interés relevante en el caso-, sean los llamados a definir la mejor forma de reparar el daño y concretarla de acuerdo a sus expectativas y posibilidades reales, y no de acuerdo a los parámetros judiciales tradicionales³². Como se verá más adelante, lo que se viene comentando es probablemente una de las principales diferencias con el modelo retributivo más característico de los sistemas penales occidentales en la actualidad, pero, a la vez, uno de los elementos que produce mayor satisfacción en las personas participantes de la Justicia Restaurativa. En tal sentido, una expresión del reconocimiento que se ha dado al enfoque restaurativo desde el punto de vista de la participación directa de las personas implicadas en un delito, es su incorporación en la precitada Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, que promueve el derecho de las víctimas para acceder a programas de Justicia Restaurativa o «Reparadora», cuando estén disponibles en los Estados miembros³³.

En cuanto al desarrollo práctico, la Justicia Restaurativa se implementa por medio de las denominadas «prácticas restaurativas», que son ciertas metodologías o modelos de trabajo que permiten concretar los postulados conceptuales descritos anteriormente, bajo la guía de un tercero imparcial llamado facilitador. Si bien existe en la actualidad un catálogo bastante dinámico y extenso de prácticas restaurativas, conforme lo reconocido por la propia Recomendación CM/Rec (2018)8 del Consejo de Europa, las más ampliamente difundidas y aplicadas a nivel internacional son la mediación víctima-ofensor, las conferencias y los círculos³⁴. La diferencia principal entre estos modelos radica básicamente en la cantidad de personas convocadas en uno u otro, donde en los extremos está la mediación, pues generalmente sólo participan la víctima y el infractor, mientras que en los círculos existirá una amplia presencia de miembros de la comunidad junto a esos dos actores mencionados³⁵.

³⁰ MIGUEL, *Justicia restaurativa y Justicia Penal*, pp. 38-39; MCCOLD, «La historia reciente de la Justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias», *Delito y Sociedad* 35, (22-2), 2013, pp. 10-11.

³¹ UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, 2^a ed., 2020, p. 4.

³² UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, 2^a ed., 2020 pp. 4-5.

³³ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. En particular, artículos 2.1.d y 12.

³⁴ Recomendación CM/Rec (2018)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de Justicia Restaurativa penal. Regla nº 5 en relación a la nº 59. Además, UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, 2^a ed., 2020.

³⁵ MCCOLD/WATCHEL, «In Pursuit of paradigm: a theory of restorative justice», *International Institute for Restorative Justice*, 2003, p. 3.

La participación en las prácticas restaurativas permite que las personas implicadas en un delito puedan tener voz y decisión, como protagonistas de un proceso personalizado y flexible, pero que cuenta con objetivos metodológicos muy específicos. Además, se trata de un proceso comunicacional con fases progresivas que se organizan según unos lineamientos técnicos orientados a disponer de un espacio seguro y confidencial, que permita lograr una responsabilización activa de la persona que ha ocasionado un daño y una reparación real o simbólica que sea significativa para la víctima. En esta línea, el rol de la persona facilitadora es crucial, porque permite resguardar el cumplimiento de los principios restaurativos, como asimismo mantener un rol imparcial y neutral respecto de las partes y el conflicto³⁶.

3.2. ¿Cómo se integra la Justicia Restaurativa al sistema penal?

Desde el surgimiento de la Justicia Restaurativa en los sistemas penales durante la segunda mitad del siglo XX, se han establecido distintas maneras de desarrollar las prácticas restaurativas. Así, con el transcurso del tiempo y las múltiples iniciativas desarrolladas, se han identificado tres grandes formas de aplicación: (i) como alternatividad, lo que implica aplicar la Justicia Restaurativa en fase investigativa y con el efecto de diversificación o cierre del caso en sede judicial, si es que el resultado ha sido un acuerdo restaurativo cumplido; (ii) como complementariedad, desde fase investigativa y hasta la de ejecución de sanciones, con el potencial efecto de ser considerado como una atenuante de responsabilidad o asociado a un beneficio penitenciario, aunque para casos más serios suele no tener dichos efectos asociados en caso de un resultado exitoso; (iii) como un dispositivo totalmente independiente y autónomo del proceso penal, sin injerencia directa ni regulada respecto de la gestión judicial del caso³⁷.

Los modelos de relación mencionados han recibido aplicación, tanto en sistemas en que se les ha regulado expresamente, como asimismo en otras ocasiones se han aplicado sin que exista una norma que lo trate expresamente, sino que se desarrollan a partir de la práctica judicial. En tal sentido, en la actualidad se ha sostenido que no existe una única fórmula de éxito, sino que más bien la determinación del modelo más idóneo dependerá en último término de cada contexto jurídico, social y cultural en que se vaya a aplicar. Y como resultado de lo anterior, es posible encontrar múltiples formas distintas de aplicar prácticas restaurativas en el marco del sistema penal y penitenciario, desde que un caso es denunciado hasta la fase de ejecución de sanciones - e incluso últimamente en etapa de post sanción o *resettlement*³⁸. Por otro lado, en cuanto a los tipos de penales, en la actualidad existe evidencia de aplicación de prácticas restaurativas de casos leves o menos graves, especialmente en fases tempranas del proceso penal, pero también de casos serios o más graves, generalmente en etapas más avanzadas, de sentencia o de ejecución de sanciones³⁹. En el contexto descrito, es posible evidenciar que la integración de la Justicia Restaurativa en los sistemas penales se intensifica cada vez más, tanto en un sentido horizontal -a lo largo del proceso penal, en sus distintas fases-, como en uno vertical -en cuanto a la gravedad o seriedad de las ofensas que son gestionadas a través de este enfoque-.

³⁶ GUILARTE, «El facilitador en la Justicia restaurativa: sobre el rol del mediador penal», en SOLETO/CARRASCOSA (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, 2019, pp. 263-267.

³⁷ SOLETO, *Justicia restaurativa en Europa: sus orígenes, evolución y la Directiva de la UE 2012/29 sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos. Acesso a justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação*, 2013, pp. 122-124.

³⁸ CARNEVALI RODRÍGUEZ, «Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta de lege ferenda», *Revista Ius et Praxis*, (25-1), 2019, pp. 429 ss.

³⁹ UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, 2^a ed., 2020, pp. 41-47.

Sin embargo, en este camino de progresivo desarrollo han ido surgiendo ciertas tensiones debido a la novedad que representa y las inquietudes propias de un verdadero cambio cultural en el ámbito jurídico y judicial. Y es que la experiencia disponible evidencia que no se trata solamente de introducir una nueva herramienta jurídica, sino que la aplicación exitosa de la Justicia Restaurativa implica desarrollar lo que se ha denominado como mecanismos innovadores de justicia⁴⁰, que requieren una adecuada sensibilización de los operadores jurídicos, una toma de conciencia sobre la precaria posición de las víctimas y una reflexión más profunda sobre el paradigma subyacente de justicia. Es decir, la comprensión e integración de prácticas restaurativas representa un verdadero cambio cultural al interior de los ordenamientos jurídicos y las tradiciones legales de los países⁴¹. En otras palabras, lo que se viene comentando, implica un traslado desde una consideración homogénea de los conflictos de relevancia jurídico penal, como tipos penales, hacia una consideración heterogénea de los mismos⁴², así como también una radical consideración por los intereses y necesidades de las víctimas de delito⁴³.

De esta manera, han surgido ciertos debates sobre la integración de prácticas restaurativas en los sistemas penales, sea cual sea el modelo de los mencionados que se vaya a elegir, o con independencia de si se trata de casos penales de infractores adultos o adolescentes. Y es que la emergencia de la Justicia Restaurativa en la gestión estatal de los conflictos penales ha ido produciendo cada vez con más fuerza un cuestionamiento respecto de ciertas bases sobre las cuales se cimienta el modelo retributivo en la forma de concebir la reacción social ante un delito y la precaria posición otorgada a la víctima, promoviendo una mayor conciencia sobre el valor del diálogo, la voluntariedad y la reparación del daño en unas dimensiones más amplias y complejas que la estrictamente jurídico-penal⁴⁴.

Dentro de las referidas tensiones, se suele reconocer primeramente aquellas referidas a la relación entre los principios del debido proceso penal y los de la Justicia Restaurativa. Así por ejemplo, se ha argüido una supuesta afectación del derecho a un tribunal imparcial, la presunción de inocencia o la asistencia letrada, para aquellos infractores cuyos casos sean derivados a programas de Justicia Restaurativa. Sin embargo, ya iniciando la segunda década del siglo XXI, este tipo de disyuntivas se encuentran bastante resueltas, tanto por la vertiente doctrinaria como por fórmulas normativas que se han ido estableciendo a nivel legal o administrativo en los ordenamientos jurídicos que acogen prácticas restaurativas.⁴⁵

⁴⁰ DALY, «What is Restorative Justice? Fresh Answers to a Vexed Question», *Victims & Offenders*, (11-1), 2016, pp. 6-8; VARONA, «Justicia restaurativa y Justicia Terapéutica: hacia una praxis reflexiva de transgresiones disciplinares», en PILLADO (dir.), *Hacia un Proceso Penal más reparador y socializador: avances desde la justicia terapéutica*, 2019, p. 48.

⁴¹ DÍAZ/NAVARRO, «Restorative justice and legal culture», *Criminology & Criminal Justice*, (20-1), 2020, pp. 70-71.

⁴² VARONA, en *Hacia un Proceso Penal más reparador y socializador*, 2019, pp. 49-51; CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, (35-1), 2022, pp. 307 ss.

⁴³ VANFRAECHEM/BOLÍVAR, *Restorative Justice and victims of crime. Victims and Restorative Justice*, 2015, pp. 49-52; AERTSEN *et al.*, «Restorative justice and the active victim: Exploring the concept of empowerment», *Temida*, (14-1), 2011, pp. 5-19.

⁴⁴ FRANCÉS/SANTOS, «La mediación penal, ¿un modelo de Justicia restaurativa en el sistema de justicia penal», *Revista Nuevo Foro Penal*, (6-75), 2010, pp. 53-93; ZAFFARONI, *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, 2007, pp. 20-23.

⁴⁵ MERA, «Justicia restaurativa y proceso penal, garantías procesales. Límites y posibilidades», *Ius et Praxis*, (15-2), 2009, pp. 185-194; CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, (35-1), 2022, p. 307. Además, desde el plano internacional, resulta muy ilustrativo el contenido de la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, sobre Principios para la aplicación de programas de Justicia Restaurativa, que ofrece una serie de orientaciones para establecer reglas claras que resguarden la coherencia entre el debido proceso y la Justicia Restaurativa.

3.3. ¿Es razonable exigir a la Justicia Restaurativa un impacto en la reducción de la reincidencia?

Otra de las tensiones que ha sido objeto de cierto debate, pero que aún se mantiene vigente y sin conclusiones absolutas, dice relación con determinar hasta qué punto se podría vincular la aplicación exitosa de prácticas restaurativas en el sistema penal, con la rehabilitación de los infractores y la reducción de la reincidencia, entendida en este trabajo como el reingreso de una persona al sistema penal por una nueva sanción.⁴⁶ Es decir, qué impacto podría tener la experiencia de participación en prácticas restaurativas para cumplir el compromiso de no volver a cometer una acción similar, que produzca un daño de relevancia penal. Este debate es de gran importancia, debido a que el sentido de la reincidencia como política estatal, puede constituir un índice sobre la eficacia del sistema de sanciones y, por tanto, de la efectividad del orden jurídico-penal. En este contexto, las reflexiones sobre la Justicia Restaurativa y la reincidencia, han surgido principalmente porque los motivos por los cuales se ha integrado la Justicia Restaurativa en sistemas penales han sido muy diversos, como, por ejemplo, mejorar la participación de las víctimas, exigir rendición de cuentas a los infractores, mejorar el acceso a la justicia, o simplemente por economía procesal. En tal sentido, la interrogante sobre la efectividad de la Justicia Restaurativa como mecanismo para reducir la comisión de nuevas infracciones ha surgido casi espontáneamente, si bien con especial énfasis durante la fase de ejecución de sanciones, es decir, cuando la culpabilidad del ofensor ya se encuentra debidamente acreditada a través de una sentencia judicial, también se ha discutido para fases anteriores. En lo sucesivo, intentaremos ilustrar algunos de los principales elementos y perspectivas de este debate, proporcionando antecedentes doctrinales y fijando nuestra postura.

Como ha quedado de manifiesto, la Justicia Restaurativa es un enfoque de abordaje de los conflictos penales que intenta superar la visión exclusivamente centrada en la persecución o responsabilización del infractor. La Justicia Restaurativa visibiliza y reivindica las necesidades de las personas ofendidas por la infracción, para que sean reconocidas por el Estado en sus legítimos intereses de justicia durante el proceso, y no solamente limitado a una eventual indemnización civil o ser testigos de la aplicación de una sanción. Si bien en la actualidad la situación de las víctimas en los sistemas penales occidentales se halla en mejor pie que respecto de aquella en que se encontraban hasta ya bien avanzada la segunda parte del siglo XX, se sigue manteniendo fijo el eje estructural del modelo de investigación-juicio-sanción en hacer efectiva la responsabilidad del infractor por medio de un pleito con el Estado. Y, como extensión de lo anterior -tal como se ha expuesto precedentemente-, los modelos de intervención que se aplican durante la fase de ejecución de sanciones están focalizados exclusivamente en el mismo sujeto.⁴⁷

En este orden de ideas, al menos desde inicios de los años 2000, se ha presentado un intenso y complejo debate donde han habido diferentes posturas sobre la compatibilidad de la Justicia Restaurativa con la tradicional finalidad de los sistemas penales para intentar contribuir a la

⁴⁶ En este trabajo no nos ocuparemos de la problemática asociada a la agravante de reincidencia, que ha llenado un espacio relevante en la literatura dogmático-penal moderna. En tal sentido, se puede consultar, entre otros, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, 1999, pp. 171 ss.

⁴⁷ UNODC, *Introductory Handbook on the prevention of recidivism and the social reintegration of offenders*, 2018, pp. 19-65.

rehabilitación y reducir la reincidencia⁴⁸. Así, en primer lugar, es posible identificar una postura más restrictiva y que limita la posible vinculación, básicamente porque considera que la reincidencia sería incompatible con la incorporación y atención por las víctimas, ya que se centra exclusivamente en la situación de los infractores, como asimismo, porque la Justicia Restaurativa estaría determinada por otros fines diversos, asociados esencialmente a la reparación del daño ocasionado. Por otro lado, bajo esta postura se ha señalado que la Justicia Restaurativa no se ejecuta por medio de una fórmula, coreografía o guion predeterminado, sino que cada proceso está condicionado por el conflicto y, sobre todo, por las características e intereses de las partes implicadas. Por tanto, cada caso es diferente y no se podría pretender esperar un único resultado, que sirva para verificar estandarizadamente el impacto en una medición como las realizadas usualmente a propósito de la reincidencia⁴⁹.

Luego, existe otra postura más favorable, la cual sostiene que sí sería compatible porque la participación en prácticas restaurativas como mecanismo de control social, sí puede llegar a tener un impacto en la reincidencia debido a las características de los procesos restaurativos y la enorme intensidad emocional a la que se ven enfrentados los ofensores debido al encuentro con las víctimas⁵⁰. Además, sobre la base de evaluaciones aplicadas a programas de Justicia Restaurativa, se ha identificado que no existiría necesariamente una incompatibilidad entre el alejamiento de la carrera delictiva y ciertos intereses de las víctimas, asociados a la exigencia de un compromiso de no repetición y modificación en las conductas⁵¹. Esto implica, en la práctica, que la reincidencia sería efectivamente una preocupación de algunas víctimas que participan en Justicia Restaurativa, lo cual podría tener un impacto en la reducción de la reincidencia de esos ofensores dado que se ha trabajado explícitamente el tema durante el proceso. Y, además de lo señalado, podríamos agregar que en la práctica existen marcos institucionales de implementación de prácticas restaurativas que efectivamente incluyen la reducción de la reincidencia dentro sus objetivos, como es el caso del Manual de las Naciones Unidas sobre Programas de Justicia Restaurativa⁵².

Ahora bien, complementando lo señalado en el párrafo anterior, ciertas investigaciones se han ocupado de medir la reincidencia a través de metodologías cuantitativas. Así, la Generalitat de Cataluña, referente prácticamente obligado en el desarrollo de prácticas restaurativas en el mundo de habla hispana, ha estado ocupándose de esta temática desde hace un tiempo. En el estudio realizado por AYORA y CASADO, sobre la base de datos proporcionados por el Programa de

⁴⁸ WARD/LANGLANDS, *Aggression and Violent Behavior*, (14-3), 2009, pp. 206-207; ROBINSON/SHAPLAND, «Reducing recidivism is a task for RJ?», *British Journal of Criminology*, (48-3), 2008, pp. 337-339; CLAES/ SHAPLAND, «Desistance from crime and restorative justice», *Restorative Justice*, (4-3), 2016, pp. 304-305.

⁴⁹ HAYES, «Assessing reoffending in restorative justice conferences», *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, (38-1), 2005, pp. 78-80. En sentido similar, SHAPLAND *et al.*, «Situating restorative justice within criminal justice», *Theoretical Criminology*, (10-4), 2006, quienes señalan (p. 507): «Dado que los eventos de Justicia Restaurativa son, por definición, únicos, por su carácter participativo, la capacidad de hacer generalizaciones entre culturas es problemático, ya que los participantes aportan suposiciones normativas sobre la justicia al evento. (...) Cada evento de Justicia Restaurativa es único, porque cada ofensa y la consecuente participación es única también. La Justicia Restaurativa, por definición, es creada cada vez que nuevos participantes se reúnen para considerar la ofensa y que podría suceder como resultado. No es por tanto un paquete predefinido de roles, acciones y resultados que puede ser presentado» (traducción propia).

⁵⁰ WARD/LANGLANDS, *Aggression and Violent Behavior*, (14-3), 2009, pp. 213-214; WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, p. 109.

⁵¹ ROBINSON/SHAPLAND, *British Journal of Criminology*, (48-3), 2008, p. 340. Además, UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, 2^a ed., 2020, hace referencia a una serie de trabajos empíricos que sustentan esta afirmación, p. 8.

⁵² UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, 2^a ed., 2020, p. 8.

Mediación y Reparación, afirman que la tasa de reincidencia de los menores que participaron de mediaciones está en la franja más baja de medidas judiciales y no judiciales aplicadas. Luego, tomando como referencia una serie de estudios internacionales sobre reincidencia y Justicia Restaurativa, las autoras concluyen que los resultados del programa son positivos en cuanto al impacto sobre nuevas infracciones y similares a programas de prácticas restaurativas de otros países -e incluso tradiciones legales-, aunque previenen sobre la importancia de atender a los perfiles de riesgo específicos de los infractores participantes, ya que podrían afectar los resultados y comparaciones⁵³. En otro trabajo, VILLANUEVA y otros, presentan los resultados de una investigación realizada sobre una muestra de menores infractores del sistema de justicia de Castellón, en relación a la medida de conciliación.⁵⁴ Los autores concluyen que no existe una diferencia significativa entre la reincidencia de aquellos sujetos que participaron de una práctica restaurativa y quienes no lo hicieron. Dentro de las posibles explicaciones, reflexionan igualmente sobre los perfiles de riesgo y si en la comparación se trata de medidas judiciales o extrajudiciales, asociadas al nivel de riesgo de reincidencia en diferentes franjas de tiempo -a diferencia del estudio anterior-. Así, terminan afirmando que «es posible que el efecto de la conciliación actúe de modo efectivo a corto plazo pero que su efecto se diluya con el paso del tiempo. En los niveles de riesgo más elevados, a pesar de la intervención educativa que supone la conciliación, la reincidencia continuaba incrementándose»⁵⁵. Estas dos referencias confirman lo que se ha venido comentando, en el sentido que la reincidencia sigue siendo un campo por explorar en el ámbito de las prácticas restaurativas, sin que existan todavía afirmaciones concluyentes.

En el contexto del debate descrito, es importante dedicar un espacio a la «Teoría de la Vergüenza Reintegradora», planteada por BRAITHWAITE, debido a que ha sido probablemente la principal y más influyente teoría sobre control del delito que ha intentado explicar la relación entre la Justicia Restaurativa y la prevención de la reincidencia⁵⁶. Esta teoría destaca la necesidad de diferenciar la vergüenza estigmatizadora -propia de los tribunales penales y modelos de rehabilitación tradicionales- y la vergüenza reintegradora asociada a inducir la culpa y el remordimiento, pero vinculados al perdón, la aceptación del entorno significativo y la reintegración en la comunidad. En este contexto, a diferencia de la vergüenza estigmatizadora, que es promovida por un juez que no tiene ninguna relación con el infractor más allá del caso puntual que los vincula en el juicio, la vergüenza reintegradora incluye a la comunidad de cuidado del infractor. Su involucramiento y desaprobación seguramente tendrá un significado mucho más importante para el infractor, en comparación con la reprimenda judicial en el estrado. Y luego, aunque en la versión original de BRAITHWAITE no estaba incluida la víctima, en

⁵³ AYORA/CASADO, *La mediación penal en Cataluña en el ámbito de adultos y de menores: el análisis de la situación y propuestas de mejora*, 2017, pp. 55-66.

⁵⁴ En España, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, regula la conciliación en el artículo 19 -Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima-, «cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas».

⁵⁵ VILLANUEVA/GARCÍA-GORNÍS/JARA/LÓPEZ, «Reincidencia delictiva juvenil en la medida de conciliación víctima infractor», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, (12), 2017, pp. 59-60.

⁵⁶ BRAITHWAITE, *Crime, shame and reintegration*, 1989, pp. 54-61; STRANG *et al.*, «Restorative Justice Conferencing (RJC) Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction», *Campbell Systematic Reviews*, (9-1), 2013, p. 9, señalan que no existe una teoría causal que describa completamente la relación entre reincidencia y Justicia Restaurativa, aunque igualmente se podría considerar la teoría de COLLINS sobre un modelo causal basado en emociones intensas que surgen en ciertos eventos, como podrían ser los encuentros restaurativos entre infractores y víctimas, expuesta en COLLINS, *Interaction ritual chains*, 2004, *passim*. Acerca de la Teoría de las cadenas de interacción de COLLINS, ver RIZO GARCÍA, «Interacción y emociones. La microsociología de Randall Collins y la dimensión emocional de la interacción social», *Revista Psicoperspectivas, Individuos y Sociedad*, (14-2), 2015, pp. 51-61.

versiones posteriores sí se le atribuyó un rol más central, contribuyendo a disponer de un menor margen para relativizar lo sucedido y el daño ocasionado. Esta teoría se llevó a la práctica por medio de las conferencias juveniles, en que no solamente participan el infractor y la víctima - como en la mediación-, sino que igualmente son convocados miembros de la familia y de la comunidad. En consecuencia, es posible considerar que se desarrolle un diálogo amplio sobre lo ocurrido y que sea posible verificar un ambiente más reintegrador en comparación con el escenario judicial tradicional⁵⁷.

Esta teoría fue ampliamente difundida a nivel internacional, en una fase de pleno auge y promoción de la Justicia Restaurativa durante fines de la década de 1990 e inicios de 2000, como alternativa a los sistemas retributivos debido a sus problemas estructurales, entre los cuales destacaba -y lamentablemente lo sigue haciendo-, la escasa efectividad de la sanción penal privativa de la libertad. Como resultado de lo anterior, la teoría de BRAITHWAITE influyó en diversas iniciativas nacionales sobre conferencias restaurativas, aplicadas principalmente en casos de justicia juvenil, especialmente en Australia, Nueva Zelanda, Reino Unido y Estados Unidos, países que han sido históricamente referentes a nivel global tanto en los desarrollos académicos como prácticos sobre Justicia Restaurativa. Ahora bien, no obstante el gran impacto que produjeron los postulados de la vergüenza reintegradora, en los debates sobre reincidencia y Justicia Restaurativa que han sido referidos, se ha sostenido que dicha teoría tendría un alcance limitado. En primer lugar, esto se debería a que la vergüenza reintegradora no se presentaría necesariamente en todos los procesos restaurativos, toda vez que, como fue referido anteriormente, cada persona participante es distinta y en ciertos individuos probablemente no ocurriría la situación prevista. En segundo lugar, las víctimas no siempre tendrían un nivel tan elevado de daño o vulnerabilidad, por lo que el encuentro no llegaría a ser tan intenso. Y, en tercer lugar, hay ofensores que se han avergonzado antes del encuentro con la víctima, o incluso antes del inicio del proceso restaurativo. Por ejemplo, con ocasión de haber participado en otro tipo de intervención o porque el caso ocurrió en un contexto familiar o escolar. De esta manera, el contraste de la teoría con la praxis de la Justicia Restaurativa reduciría las posibilidades de la teoría de la vergüenza reintegradora para llegar a explicar a cabalidad la relación entre prevención de la reincidencia por medio de la Justicia Restaurativa⁵⁸.

Por otra parte, focalizado en la relación entre rehabilitación y Justicia Restaurativa, WARD y LANGLANDS reconocen que en la práctica se puede superponer, especialmente cuando hablamos en el contexto de la fase de ejecución de sanciones en el sistema penal⁵⁹. Para abordar esta tensión y buscar espacios de compatibilidad, los autores proponen centrar la atención en el *Good Lives Model* (GLM) -descartando de paso el *Risk-Need-Responsivity Model* (RNR)-, que está basado en un enfoque ecológico que busca reducir el riesgo del infractor, destacando las fortalezas individuales e intentando aumentar el bienestar. De esta forma, si bien la Justicia Restaurativa y el GLM abordan problemas diferentes -esencialmente reparar el daño versus reducir riesgo-, serían potencialmente complementarios porque ambos están orientados por ciertos «valores prudenciales». Es decir, la Justicia Restaurativa es un modelo ético de respuesta al crimen mediante el modulamiento de una respuesta en base a ciertos valores, mientras que el GLM tendría unos valores determinados en base a consideraciones éticas para la formulación de los planes individuales de intervención para la rehabilitación. Finalmente, WARD y LANGLANDS

⁵⁷ ROBINSON/SHAPLAND, *British Journal of Criminology*, (48-3), 2008, pp. 342-344; LANGON, «La teoría de la vergüenza reintegradora de John Braithwaite», *Revista de la Facultad de Derecho*, (18), 2000, pp. 64-66.

⁵⁸ ROBINSON/SHAPLAND, *British Journal of Criminology*, (48-3), 2008, pp. 346-347.

⁵⁹ WARD/LANGLANDS, *Aggression and Violent Behavior*, (14-3), 2009, p. 207.

reconocen que sería un error intentar simplemente mezclar principios o prácticas de uno y otro modelo -a riesgo de desnaturalizar sus beneficios ya descritos-, aunque propone una articulación a nivel programático⁶⁰. Esto es, luego de aplicar satisfactoriamente la Justicia Restaurativa, se podría proyectar dicho resultado para la intervención rehabilitadora sobre los riesgos y el proyecto de vida, que de todos modos podría llegar a coincidir con intereses relevados durante el proceso restaurativo, sea por el lado de la víctima o por el de la comunidad.

Como hemos podido revisar, las reflexiones sobre la relación entre reincidencia y Justicia Restaurativa representan un debate aún abierto y que seguramente continuará motivando nuevos trabajos de investigación. La Justicia Restaurativa es un movimiento dinámico y en continua expansión, por lo que su desarrollo podría contribuir a proporcionar nuevos fundamentos. Así, un estudio de metaanálisis realizado en el Reino Unido encontró que, «en promedio, las conferencias de Justicia Restaurativa provocan una reducción modesta pero altamente rentable en la frecuencia de reincidencia por parte de los delincuentes que consienten ser asignados aleatoriamente para participar en dicha conferencia. Una estimación de costo-efectividad para los siete experimentos del Reino Unido encontró una relación de 3,7-8,1 veces más beneficio en el costo de los delitos prevenidos que el costo de realizar las conferencias restaurativas»⁶¹.

En todo caso, si bien esta evaluación permitiría afirmar que las intervenciones restaurativas serían rentables, la literatura especializada -incluida la Organización de las Naciones Unidas, por medio del Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa⁶²- ha sido muy clara en señalar que la efectividad de ciertos programas no debería ser extrapolada a la generalidad del enfoque restaurativo, dadas las especiales características que diferencian a unos u otros modelos y porque existen formas muy diversas de medir la reincidencia, como fue señalado previamente en este trabajo. En tal sentido, SHERMAN, MAYO-WILSON y WOOD señalan en su estudio que sus resultados deben ser tomados con precaución, debido a las escasas y limitadas evaluaciones de programas restaurativos que se han podido realizar. Así, por ejemplo, señalan que «Las evaluaciones rigurosas de impacto de la Justicia Restaurativa se han relacionado en gran medida con un subconjunto particular de programas, un subconjunto que llamamos Conferencias de Justicia Restaurativa»⁶³.

3.4. ¿Qué aporte puede tener la Justicia Restaurativa en el marco del desistimiento delictivo?

Como parte del desarrollo de los debates sobre la contribución de la Justicia Restaurativa a la rehabilitación y la reincidencia, desde hace algunos años se empezó a introducir reflexiones sobre el desistimiento delictivo. Es decir, la doctrina comenzó a elaborar argumentaciones sobre la compatibilidad entre los enfoques restaurativo y de desistimiento, entendido este último como un proceso progresivo antes que una decisión o hecho repentino o único de no volver a delinquir⁶⁴. En tal sentido, el desistimiento propone dicha variación sobre la base de un cambio cognitivo y social, identificando factores asociados con el retardo y término de las carreras

⁶⁰ WARD/LANGLANDS, *Aggression and Violent Behavior*, (14-3), 2009, pp. 212 ss.

⁶¹ SHERMAN *et al.*, «Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Repeat Offending? Findings from a Campbell Systematic Review», *Journal of Quantitative Criminology*, (31-1), 2015, p. 1.

⁶² UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, 2^a ed., 2020, pp. 107-108.

⁶³ SHERMAN *et al.*, *Journal of Quantitative Criminology*, (31-1), 2015, p. 3.

⁶⁴ ROBINSON/SHAPLAND, *British Journal of Criminology*, (48-3), 2008, p. 347.

delictivas y la decisión de ser capaz de liderar un estilo de vida pro social⁶⁵. Es decir, que existirían elementos que favorecerían u obstaculizarían las rutas de alejamiento de las carreras delictivas, presentes en el ámbito individual, familiar, laboral y educacional, entre otros.

En este contexto, han existido importantes esfuerzos para fundamentar la relación virtuosa que podría existir entre la Justicia Restaurativa y el desistimiento, proporcionando argumentos teóricos, otros sustentados sobre la práctica y experiencias internacionales⁶⁶. Si bien el debate abre un abanico que contempla posturas más optimistas que otras, se trata de una corriente aún reciente que requerirá más estudios de cara al futuro para sentar bases concluyentes. En primer lugar, desde la teoría, se ha valorado el enfoque restaurativo como uno de acceso voluntario o *bottom up*, a diferencia de las intervenciones rehabilitadoras tradicionales que buscan reducir la reincidencia en base a una sentencia judicial o una decisión en fase de ejecución, es decir, en una lógica de *top down*, en que al ofensor se somete obligatoriamente⁶⁷. El acceso voluntario a las prácticas restaurativas surge entonces como una clave esencial para vincular ambos modelos conceptuales, destacando el trabajo individual y la motivación para desarrollar un nuevo proyecto de vida, alejado de la comisión de nuevos delitos. Así, la construcción de nuevas narrativas orientadas a una vida no criminal, la promoción de agencia, la alteración de lo cognitivo y la creación de una nueva identidad, son aspectos fundamentales de la teoría del desistimiento que pueden ser trabajadas en los procesos restaurativos⁶⁸. Además de lo señalado, se identifica igualmente el riesgo ya mencionado a propósito de la reincidencia, de orientar el potencial restaurativo sobre el desistimiento solamente considerando la perspectiva de los ofensores, por lo que en este ámbito resulta indispensable recordar que los intereses de las víctimas suelen incluir el desistimiento del ofensor.

En el marco descrito, MARUNA identifica al menos seis puntos en común entre el desistimiento y la Justicia Restaurativa: (i) desafían el lente tradicionalmente individualista del sistema de justicia, basado en una lógica de riesgo, oteridad y vergüenza estigmatizadora; (ii) desafían el enfoque *top down* de la rehabilitación, proponiendo la agencia asociada a comunidades, redes sociales y trabajo; (iii) ambos asignan un rol central a las narrativas, la identidad y la gestión emocional; (iv) ambos destacan el hacer el bien y ayudar a otros, a través de un rol activo y no pasivo, como ocurre usualmente en el sistema tradicional de rehabilitación; (v) ambos se sustentan en la redención, es decir, básicamente que el carácter moral de las personas no es fijo y puede cambiar; (vi) conciben el delito como una actividad humana envuelta en redes sociales y relaciones, no como resultado de malas decisiones de individuos atomizados⁶⁹.

Los elementos mencionados resultan sumamente sugerentes sobre la compatibilidad de ambos modelos, especialmente por la concepción de las infracciones penales no ya como un fenómeno unidireccional y de responsabilización pasiva, sino que como uno más complejo y con dimensiones extrajurídicas que deberían ser consideradas en su gestión y resolución. Se trata de apoyar un proceso de reflexión y acción sobre lo ocurrido, con un acompañamiento profesional

⁶⁵ CLAES/SHAPLAND, «Desistance from crime and restorative justice», *Restorative Justice*, (4-3), 2016, p. 306.

⁶⁶ UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, 2^a ed., 2020, pp. 8-9.

⁶⁷ CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, (35-1), 2022, p. 313.

⁶⁸ CLAES/SHAPLAND, *Restorative Justice*, (4-3), 2016, pp. 311-314; WALGRAVE *et al.*, «When restorative justice meets the Good Lives Model: Contributing to a criminology of trust», *European Journal of Criminology*, (18-3), 2021, pp. 450-451.

⁶⁹ MARUNA, «Desistance and restorative justice: it's now or never», *Restorative Justice an International Journal*, (4-3), 2016, pp. 290-296.

que cuente con las herramientas para promover la agencia adecuadamente y, en caso de la Justicia Restaurativa, se oriente primariamente a la reparación del daño.

Luego, en segundo lugar, desde un plano más práctico, se ha analizado igualmente los factores de la Justicia Restaurativa que podrían apoyar un cambio subjetivo y social para desistir. Así, tomando como referencia principal un estudio realizado por LAUWAERT y AERTSEN para el Foro Europeo de Justicia Restaurativa en tres países de Europa, es importante señalar que destaca un enfoque cualitativo de investigación, a diferencia de los cuantitativos que usualmente caracterizan los estudios de reincidencia⁷⁰. Los hallazgos principales confirmar que las prácticas restaurativas tienen efectivamente el potencial de influir en el desistimiento, sea activando la decisión inicial o bien -y mayoritariamente- apoyando un proceso ya iniciado. En tal sentido, destacan ciertos factores o dinámicas características de los procesos restaurativos, que serían especialmente valorables para contribuir al desistimiento. Primero, la labor de la persona facilitadora o mediadora de los procesos restaurativos crea una atmósfera adecuada de apertura y respeto, acompañando con una actitud no juzgadora, de escucha activa y sin etiquetas en base a categorías judiciales. Segundo, la flexibilidad del proceso restaurativo, que permite ajustar su organización a las necesidades e intereses de las personas participantes. Tercero, la comunicación del ofensor con la víctima termina siendo el elemento más preponderante de impacto al cambio; la posibilidad del encuentro cara a cara -o de la comunicación directa-, experimentar una actitud constructiva y no antagonista, tiempo para dar una explicación y ofrecer una disculpa, expresar arrepentimiento y mostrar cambios concretos en la vida personal y social⁷¹.

Por otra parte, en base a una investigación cualitativa aplicada al programa de mediación penal de la Generalitat de Cataluña (España), MELÉNDEZ PERETÓ reconoce las siguientes aportaciones de las prácticas restaurativas, adicionales a las señaladas en el estudio anterior: (i) promueve metodologías basadas en estrategias de resolución de conflictos como la voluntariedad para decidir participar y mantenerse, la secuencia de fases organizadas como un proceso y la orientación hacia ciertos resultados concretos; (ii) la mediación brinda un espacio idóneo para reflexionar y tomar decisiones de cara al futuro; (iii) el desistimiento es un proceso que requiere apoyos externos si se quieren evitar las recaídas y en la mediación existen tanto personales (mediadores) como institucionales (programas)⁷².

Estas investigaciones resultan muy interesantes, además, porque la distinta concepción subyacente entre la reincidencia y el desistimiento conecta también con la forma de observarlos científicamente. Así, la primera se vincula esencialmente con verificar si hay o no un nuevo contacto con el sistema penal, mientras que el segundo consiste en un proceso activo, un deseo de lograr una mejor vida y mantener un comportamiento sin ofensas. Sin perjuicio de lo señalado, y que los elementos mencionados son efectivamente características centrales de las prácticas restaurativas, es importante precisar que no es posible generalizar los encuentros directos en los programas restaurativos, ya que muchas veces se usan formatos indirectos de comunicación, a través de cartas, grabaciones o derechamente la entrega de mensajes a través de la persona facilitadora. Sin embargo, en aquellos procesos restaurativos en que se puede reconocer la

⁷⁰ LAUWAERT/AERTSEN, *Desistance and restorative justice. Mechanisms for desisting from crime within restorative justice practices*, 2015, pp. 15-18.

⁷¹ LAUWAERT/AERTSEN, *Desistance and restorative justice*, 2015, pp. 181-183.

⁷² MELÉNDEZ, *Restorative Justice and Desistance. The impact of victim-offender mediation on desistance of crime*, 2015, pp. 293-298.

presencia de estos factores, efectivamente tendrían el potencial de contribuir al desistimiento, por medio de la gestión emocional y la valorización por parte de las víctimas sobre las decisiones de adoptar una vida prosocial. O bien, como señalan ROCQUE y SLIVKEN, transformarse en un impulso eficaz para «empujar» a los infractores a facilitar el desistimiento, es decir, concretar ciertas decisiones que puedan llegar a representar un punto de quiebre favorable en sus trayectorias vitales⁷³.

4. Conclusiones

El problema de la reincidencia y su disminución ha sido una constante preocupación en el Derecho penal. En este sentido, se han elaborado diversas teorías dirigidas a explicar qué se espera de la pena, particularmente de la privativa de libertad, considerando que es una de las reacciones más intensas del arsenal punitivo. Dentro de ellas, se encuentran las tesis preventivo especiales que se dirigen en diversas direcciones, siendo una de ellas las resocializadoras. En este sentido, a pesar de su entusiasta desarrollo han sido fuertemente criticadas, sobre todo por los serios cuestionamientos de que la privación de libertad pueda ser eficaz en la rehabilitación del autor de un delito. Es por ello, que los estudios se han dirigido más bien a precisar qué medidas se pueden adoptar para evitar una mayor desocialización. Con todo, aquello no es óbice para que estas tesis puedan servir de orientación respecto de cómo aplicar los instrumentos punitivos. Dicho en otros términos, de qué forma podríamos aspirar a brindarles un enfoque que facilite la reinserción o el desistimiento futuro hacia la comisión de nuevos delitos.

Dentro de este marco, se puede inscribir la Justicia Restaurativa, un movimiento surgido en Occidente durante la segunda mitad del siglo XX, cuyo enfoque innovador de justicia incluye una atención preferente por la responsabilización del ofensor y la reparación del daño, por lo que su intervención podría incidir, ciertamente, en su conducta futura.

No obstante, sería injusto exigirles a las prácticas restaurativas que tengan como misión la disminución de la reincidencia, en circunstancias de que la pena, aplicada por siglos, tampoco ha podido lograrlo de un modo acorde a las expectativas creadas. Si bien no sería realista tal imposición, no es posible negar que sí constituye una oportunidad que no se puede ignorar. En efecto, obra en favor de la Justicia Restaurativa que a través de ella pueden disminuirse ciertos factores negativos que llevan consigo las penas, en especial las privativas de libertad, a saber, su carácter estigmatizador y de segregación.

Ahora bien, dentro del marco de la Justicia Restaurativa esta materia está aún en desarrollo, por lo que resulta prematuro exponer teorías concluyentes. Sin embargo, es posible apreciar un marcado interés por explorar con mayor detalle el alcance de la participación en prácticas restaurativas, lo que permite apreciar que la Justicia Restaurativa tiene mucho que aportar acerca de sus efectos positivos. De esta manera, el impacto potencial de una experiencia de justicia cualitativamente distinta -la del proceso restaurativo-, podría estar determinado por unos resultados más eficaces con relación a la responsabilización y la reparación, contribuyendo indirectamente a la evitación de nuevos delitos por parte de quien ha intervenido en estos procesos.

Es así, que se viene hablando del desistimiento delictivo, en cuanto a entender que los procesos restaurativos pueden favorecer la adopción por parte del ofensor de decisiones futuras de respeto

⁷³ ROCQUE/SLIVKEN, *Desistance from Crime: Past to Present. Handbook on Crime and Deviance*, 2^a ed., 2019, p. 389.

por las normas sociales. Entendiendo esto último, en que su resolución se ve fortalecida por su participación voluntaria y no por medios coercitivos como los que se pueden apreciar en la Justicia Retributiva.

En definitiva, queda aún mucho por hacer, por lo que hay que ser cautos en las conclusiones, lo que exige mayores estudios, pero ello no impide mirar con optimismo lo que pueden aportar las prácticas restaurativas.

5. Bibliografía

AERTSEN/BOLÍVAR/DE MESMAECKER/LAUWERS, «Restorative justice and the active victim: Exploring the concept of empowerment», *Temida*, (14-1), 2011, pp. 5-19.

AGUILAR CÁRCELES, «La cara opuesta al retribucionismo penal: la Justicia restaurativa y la especial protección de los menores de edad», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3^a época, (21), 2019, pp. 13-58.

AYORA/CASADO, *La mediación penal en Cataluña en el ámbito de adultos y de menores: el análisis de la situación y propuestas de mejora*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia, Generalitat de Cataluña, 2017.

BARONA, «Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la securitización», en SOLETO/CARRASCOSA (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 55-94.

BRAITHWAITE/PETTIT, *Not just desert. A republican Theory of Criminal Justice*, Oxford University Press, New York, 1990.

BRAITHWAITE, *Crime, shame and reintegration*, Cambridge University Press, New York, 1989.

CARLEN, «Contra la rehabilitación: en defensa de una Justicia restaurativa», trad. por Aida Pérez Cruz, *Revista Crítica Penal y Poder*, (9), 2015, pp. 91-101.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, «Justicia restaurativa y sus respuestas frente al conflicto penal. Responsabilidad y reparación», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, (35-1), 2022, pp. 303-322.

_____, «Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta de lege ferenda», *Revista Ius et Praxis*, (25-1), 2019, pp. 415-438.

_____, «La Justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal», *Justicia Juris*, (13-1), 2017, pp. 122-132.

_____, «Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional», *Revista Ius et Praxis*, (14-1), 2008, pp. 13-48.

CARNEVALI RODRÍGUEZ/MALDONADO FUENTES, «El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad», *Ius et Praxis*, (19-2), 2013, pp. 385-418.

CLAES/SHAPLAND, «Desistance from crime and restorative justice», *Restorative Justice*, (4-3), 2016, pp. 302-322.

COLLINS, *Interaction ritual chains*, Princeton University Press, Princeton, 2004.

DALY, «What is Restorative Justice? Fresh Answers to a Vexed Question», *Victims & Offenders*, (11-1), 2016, pp. 9-29.

DÍAZ/NAVARRO, «Restorative justice and legal culture», *Criminology & Criminal Justice*, (20-1), 2020, pp. 57-75.

DURÁN MIGLIARDI, «Prevención especial e ideal resocializador. concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena», *Revista Estudios criminológicos y penitenciarios*, (8-13), 2008, pp. 57-80.

FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

FRANCÉS/SANTOS, «La mediación penal, ¿un modelo de Justicia restaurativa en el sistema de justicia penal», *Revista Nuevo Foro Penal*, (6-75), 2010, pp. 53-93.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, (32-3), 1979, pp. 645-700.

GUILARTE, «El facilitador en la Justicia restaurativa: sobre el rol del mediador penal», en SOLETO/CARRASCOSA (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 255-272.

HAYES, «Assessing reoffending in restorative justice conferences», *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, (38-1), 2005, pp. 77-101.

HAYES/DALY, «Conferencing and Re-Offending in Queensland», *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, (37-2), 2004, pp. 67-91.

HWANG, «Restorative Justice: A Better Alternative for Reducing Recidivism?», *Sociological Imagination: Western's Undergraduate Sociology Student Journal*, (6), 2020, pp. 1-9.

KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, *Culpabilidad y pena*, 2^a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2016.

LANGON, «La teoría de la vergüenza reintegradora de John Braithwaite», *Revista de la Facultad de Derecho*, (18), 2000, pp. 63-68.

LAUWAERT/AERTSEN, *Desistance and restorative justice. Mechanisms for desisting from crime within restorative justice practices*, European Forum for Restorative Justice, Leuven, 2015.

LEVRANT/CULLEN/FULTON/WOZNIAK, «Reconsidering restorative justice: The corruption of benevolence revisited?», *Crime & Delinquency*, (45-1), 1999, pp. 3-27.

MAPELLI CAFFARENA, «Desviación social y tratamiento», *Cuadernos de Política Criminal*, (23), 1984, pp. 311-388.

MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Editorial Comares, Granada, 1999.

MARTINSON, «What works? Questions and answers about prison reform», *The public interest*, (35), 1974, pp. 22-54.

MARUNA, «Desistance and restorative justice: it's now or never», *Restorative Justice an International Journal*, (4-3), 2016, pp. 289-301.

MCCOLD, «La historia reciente de la Justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias», *Delito y Sociedad* 35, (22-2), 2013, pp. 9-44.

MCCOLD/WATCHEL, «In Pursuit of paradigm: a theory of restorative justice», *International Institute for Restorative Justice*, 2003.

MELÉNDEZ, *Restorative Justice and Desistance. The impact of victim-offender mediation on desistance of crime*, tesis doctoral UAB, 2015.

MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, «Algunas consideraciones para mejorar la situación de las víctimas en el proceso penal chileno. Una aproximación restaurativa», en COUSO/HERNÁNDEZ/LONDOÑO (eds.), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los Derechos Humanos. Estudios en Homenaje a Jorge Mera Figueroa*, Thomson Reuters, Santiago, 2021, pp. 689-714.

_____, «Justicia restaurativa y proceso penal, garantías procesales. Límites y posibilidades», *Ius et Praxis*, (15-2), 2009, pp. 165-195.

MIGUEL, *Justicia restaurativa y Justicia Penal*, Atelier, Barcelona, 2019.

MORRIS, «Critiquing the critics: a brief response to critics of restorative Justice», *British Journal of Criminology*, (42-3), 2002, pp. 596-615.

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985.

PRESSER/GAARDER/HESSELTON, «Imagining Restorative Justice Beyond Recidivism», *Journal of Offender Rehabilitation*, (46-1/2), 2007, pp. 163-176.

RIZO GARCÍA, «Interacción y emociones. La microsociología de Randall Collins y la dimensión emocional de la interacción social», *Revista Psicoperspectivas, Individuo y Sociedad*, (14-2), 2015, pp. 51-61.

ROBINSON/SHAPLAND, «Reducing recidivism is a task for RJ?», *British Journal of Criminology*, (48-3), 2008, pp. 337-358.

ROCQUE/SLIVKEN, *Desistance from Crime: Past to Present. Handbook on Crime and Deviance*, 2^a ed., Springer, 2019, pp. 377-394.

RODRÍGUEZ MOURULLO, «El Derecho penal en el siglo XX», en LÓPEZ GUERRA *et al.*, *El Derecho español en el siglo XX*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 73-93.

RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017.

_____, *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

SHAPLAND/ATKINSON/ATKINSON *et al.*, «Situating restorative justice within criminal justice», *Theoretical Criminology*, (10-4), 2006, pp. 505-532.

SHERMAN/MAYO-WILSON/WOODS, «Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Repeat Offending? Findings from a Campbell Systematic Review», *Journal of Quantitative Criminology*, (31-1), 2015, pp. 1-24.

SHERMAN/STRANG, *Restorative justice: the evidence*, The Smith Institute, London, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

_____, *Aproximación del Derecho penal contemporáneo*, 2^a ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

SOLETO, *Justicia restaurativa en Europa: sus orígenes, evolución y la Directiva de la UE 2012/29 sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos. Acesso a justiça, jurisdiçao (in)eficaz e mediaçao*, Editorial Multideia, Curitiba, 2013.

STRANG/SHERMAN/MAYO-WILSON *et al.*, «Restorative Justice Conferencing (RJC) Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction», *Campbell Systematic Reviews*, (9-1), 2013, pp. 1-63.

TAMARIT SUMALLA, «La Justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico», en EL MISMO (coord.), *La Justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012, pp. 3-60.

UNODC (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME), *Introductory Handbook on the prevention of recidivism and the social reintegration of offenders*, Publishing and Library Section, United Nations Office, 2018.

UNODC (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME), *Handbook on Restorative Justice Programmes*, 2^a ed., Publishing and Library Section, United Nations Office, 2020.

VAN NESS/STRONG, *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*, 5^a ed., Anderson Publishing, Elsevier, 2015.

VANFRAECHEM/BOLÍVAR, *Restorative Justice and victims of crime. Victims and Restorative Justice*, Routledge, 2015.

VARONA, «Justicia restaurativa y Justicia Terapéutica: hacia una praxis reflexiva de transgresiones disciplinares», en PILLADO (dir.), *Hacia un Proceso Penal más reparador y socializador: avances desde la justicia terapéutica*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 25-56.

_____, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Editorial Comares, Granada, 1998.

VILLANUEVA/GARCÍA-GORNÍS/JARA/LÓPEZ, «Reincidencia delictiva juvenil en la medida de conciliación víctima infractor», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, (12), 2017, pp. 51-63.

VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, trad. por Elena Larrauri Pijoan, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

WALGRAVE/WARD/ZINSSTAG, «When restorative justice meets the Good Lives Model: Contributing to a criminology of trust», *European Journal of Criminology*, (18-3), 2021, pp. 444-460.

WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Willan Publishing, Cullompton, 2008.

WARD/FOX/GARBER, «Restorative justice, offender rehabilitation and desistance», *Restorative Justice*, (2-1), 2014, pp. 24-42.

WARD/LANGLANDS, «Repairing the rupture: Restorative justice and the rehabilitation of offenders», *Aggression and Violent Behavior*, (14-3), 2009, pp. 205-214.

ZAFFARONI, *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

ZEHR, «Restorative Justice Beyond Crime: a vision to guide and sustain our lives», en GRANDI/GRIGOLETTO (eds.), *Restorative Approach and Social Innovation. From theoretical grounds to sustainable practices*, Padova University Press, 2019, pp. 21-28.

Pablo Muyo Bussac
Universidad Complutense de
Madrid

La conformidad del acusado con discapacidad intelectual

Sumario

Este artículo analiza las vicisitudes y antinomias de la conformidad prestada por un acusado con discapacidad intelectual: así, en primer lugar, se argumenta y defiende que la discapacidad no es una razón suficiente para privar a nadie de su capacidad para prestar su conformidad válidamente, máxime a raíz de la reforma operada por la Ley 8/2021. En segundo lugar, se explora en detalle las especialidades que debe presentar la conformidad, prestando especial atención al consentimiento libre e informado y al contenido del control judicial del mismo. Por último, se estudia el tratamiento procesal de oficio y a instancia de parte que debe darse a las conformidades prestadas sin conocimiento jurídico de las consecuencias del acto o sin reunir la libertad material exigida por la naturaleza del acto procesal.

Abstract

This article analyses the vicissitudes and antinomies of the consent given by a defendant with intellectual disability during plea bargaining: thus, firstly, it argues and defends that disability is not a sufficient reason to deprive anyone of their ability to give their consent validly, especially as a result of the reform operated by Law 8/2021. Secondly, it explores in detail the special features of consent, paying special attention to free and informed consent and the content of its judicial control. Finally, we study the procedural treatment, *ex officio* and at the request of a party, that must be given to consents given without knowledge of the legal consequences of the act or without meeting the material freedom required by the nature of the procedural act.

Zusammenfassung

In diesem Artikel werden die Wechselseitigkeit und Antinomien der Verständigung eines Angeklagten mit einer geistigen Behinderung analysiert: Zunächst wird argumentiert und verteidigt, dass eine Behinderung kein ausreichender Grund ist, um jemandem die Fähigkeit zu nehmen, eine gültige Verständigung zu erteilen, insbesondere nach der durch das Gesetz 8/2021 eingeführten Reform. Zweitens werden die besonderen Merkmale, die eine solche Verständigung aufweisen muss, eingehend untersucht, wobei der freien und informierten Einwilligung und dem Inhalt ihrer gerichtlichen Kontrolle besondere Aufmerksamkeit gewidmet wird. Schließlich wird die verfahrensrechtliche Behandlung untersucht, die von Amts wegen und auf Antrag der Partei bei einer Verständigung erfolgen muss, die ohne rechtliche Kenntnis der Folgen der Handlung oder ohne die nach der Art der Verfahrenshandlung erforderliche materielle Freiheit erteilt wird.

Title: Guilty plea given by defendants with intellectual disability.

Titel: Die Verständigung des Angeklagten mit einer geistigen Behinderung

Palabras clave: Conformidad, discapacidad intelectual, autonomía de la voluntad material, capacidad jurídica, conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto.

Keywords: Guilty pleas and plea bargaining, intellectual disability, material autonomy of the will, legal capacity, knowledge of the legal consequences of the act.

Stichwörter: *Verständigung, Absprachen im Strafprozess, geistige Behinderung, Autonomie des materiellen Willens, Geschäftsfähigkeit, Kenntnis der Rechtsfolgen einer Handlung.*

DOI: 10.31009/InDret.2023.i1.06

InDret

1.2023

Recepción
12/07/2022

Aceptación
15/09/2022

Índice

-
- 1. La generalización de la condena sin juicio y sus riesgos**
- 2. La capacidad del acusado con DI para conformarse**
 - 2.1. Los términos del problema
 - a. ¿Son las personas con DI inimputables?
 - b. La plena capacidad jurídica y procesal de las personas con DI
 - 2.2. Los acusados con DI no pueden ser privados de la facultad de conformarse en igualdad de condiciones
 - a. ¿Pueden conformarse los inimputables?
 - b. La demencia sobrevenida (artículo 383 LECrim)
- 3. Especialidades de la conformidad de las personas con DI**
 - 3.1. Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la conformidad
 - a. La renuncia al ejercicio de derechos fundamentales de los acusados especialmente vulnerables
 - b. El conocimiento de las alternativas razonables por el acusado con DI
 - c. Los vicios de debilidad producto de la concreta discapacidad padecida y el riesgo de «influencias indebidas»
 - d. El objeto de la conformidad y el problema del conocimiento reforzado
 - e. Otras consideraciones de interés sobre las conformidades de personas con DI
 - 3.2. El control judicial de la autonomía de la voluntad material de las conformidades prestadas por acusados con DI
 - a. Planteamiento del problema
 - b. El paradigma del juicio notarial de capacidad de las personas: ¿un modelo a seguir?
 - c. Propuesta de un modelo de control
- 4. Tratamiento procesal de la conformidad prestada sin conocimiento o sin libertad reforzada**
 - 4.1. Tratamiento procesal antes del dictado de la sentencia de conformidad
 - a. De oficio
 - b. A instancia de parte
 - 4.2. Tratamiento procesal a instancia de parte tras el dictado de la sentencia
 - a. Impugnación de la sentencia de conformidad no firme
 - b. Impugnación de la sentencia firme
- 5. Conclusiones: las tres paradojas de la conformidad del acusado con DI**
- 6. Bibliografía**

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

1. La generalización de la condena sin juicio y sus riesgos*

El paradigma ilustrado y garantista del proceso penal está viviendo un ocaso crítico en nuestro país. Dos de sus axiomas máspreciados se encuentran, de facto, aunque todavía de forma parcial, derogados en nuestro sistema por la vigencia del instituto de la conformidad. No se puede predicar que rijan las fórmulas del *nulla poena et nulla culpa sine iudicio* y *nullum iudicium sine probatione* cuando, por ejemplo, el 64% de las sentencias condenatorias dictadas por los Juzgados de lo Penal en 2020 lo fueron por conformidad del acusado y, en el caso de las sentencias condenatorias dictadas por Audiencias Provinciales, el 55%¹. El legislador parece decidido en su apuesta por extender y ampliar el número de condenas penales sin juicio bajo la bandera de la eficiencia procesal y la descarga de la presión y sobrecarga de trabajo de nuestros Jueces y Tribunales. En el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, actualmente en tramitación parlamentaria², se prevé la reforma del régimen de la conformidad, contemplando la posibilidad de que cualquier pena, independientemente de su naturaleza, gravedad o extensión, sea susceptible de conformidad en los procedimientos ordinario y abreviado³. En este sentido, el instituto de la conformidad vuelve a estar en el epicentro de los debates sobre la Justicia penal y, por ello, no podemos dejar de advertir que esta tendencia legislativa puede traer consigo una completa desnaturalización de nuestro proceso penal, centrado en el juicio oral y la práctica de la prueba ante el órgano sentenciador con inmediación y contradicción. Lo que debería ser un régimen excepcional, la condena sin prueba, puede pasar a constituir la inmensa mayoría de los casos. A través de su generalización, se agravaría significativamente el riesgo de que inocentes⁴ acaben siendo condenados por un mero ejercicio de cálculo de riesgos, beneficios y costes. La Justicia penal podría transformarse en una fría administración de sentencias condenatorias ágiles, alejadas de las solemnidades del juicio y de los graves incordios que suponen las reglas de la carga de la prueba y el derecho a la presunción de inocencia para las acusaciones.

* Pablo Muyo Bussac (pmuyo@ucm.es). Este artículo se incardina dentro del proyecto de investigación con referencia PID2021-122647NB-I00 y se ha podido realizar gracias a disfrutar de un contrato predoctoral FPU otorgado por el Ministerio de Universidades (convocatoria 2020).

¹ Datos extraídos de la *Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado* del año 2020. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgj/es/Temas/Estadística-Judicial/Estadística-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Actividad-del-Ministerio-Fiscal/> (última consulta el 05/07/2022). Si tomásemos como referencia el total de sentencias dictadas (absolutorias y condenatorias), la proporción arrojada sería la siguiente: en el caso de los Juzgados de lo Penal un 51% y en el caso de las Audiencias Provinciales el 47%. Es decir, se puede afirmar que, aproximadamente, la mitad de los asuntos penales calificados por las acusaciones nunca llegan a juzgarse.

² Se puede consultar el texto del Proyecto de Ley en este enlace: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF (última consulta el 05/07/2022). Es importante que los juristas nos hagamos las siguientes preguntas: ¿para qué son eficientes las sentencias de conformidad? ¿Realmente hay algo positivo en obtener condenas sin juicio? ¿Se satisfacen así mejor las exigencias del ejercicio del *ius puniendi* en un Estado de Derecho? Para un análisis completo del proyecto de reforma véase BANACLOCHE PALAO, «El proyecto de ley de eficiencia procesal y el proceso penal: una reflexión crítica sobre las innovaciones propuestas», *Diario La Ley*, (10103), 2022, pp. 1 ss.

³ El proyecto no pretende reformar el artículo 50 de la Ley Orgánica de Tribunal de Jurado, por lo que la pena concreta máxima conformable seguirá siendo de seis años.

⁴ GASCÓN INCHAUSTI y LASCURÁIN ofrecen la siguiente tipología del «inocente»: en primer lugar estaría el «inocente fáctico», aquel que no ha realizado el hecho imputado; en segundo lugar, el «inocente jurídico», aquel que ha cometido un hecho pero que no es subsumible bajo la norma penal; en tercer lugar, el «inocente objetivo», aquel que efectivamente no ha cometido un hecho típico, antijurídico y culpable; en cuarto, el «inocente subjetivo», aquel que se cree inocente; por último, el «inocente procesal», es decir aquel del que no se pudo demostrar su culpabilidad en el proceso («¿Por qué se conforman los inocentes», *InDret*, (3), 2018, p. 12).

En este contexto, acompañado por la práctica cada vez más extendida de las conformidades encubiertas y las conformidades parciales⁵, creemos interesante explorar las costuras de este instituto y las posibles antinomias o efectos indeseados que arroja, a través del estudio de las conformidades que pueda prestar un acusado especialmente vulnerable, como es aquel que padece de una discapacidad intelectual (en adelante DI) o una enfermedad mental grave. Nuestras prisiones cuentan con más presos con DI de lo que uno pudiera imaginarse y muchas de esas condenas son fruto de una conformidad⁶. De acuerdo con el Observatorio estatal de la Discapacidad, la proporción de población reclusa con discapacidad (al menos identificada) ha aumentado significativamente desde el año 2002. Mientras que en ese año sólo el 1,5% de la población reclusa presentaba algún tipo de discapacidad, en el año 2018 esta cifra aumentó hasta el 9,9%, o sea, 4997 presos⁷. De esos casi cinco mil presos, 344 tenían una DI, 1736 una discapacidad psíquica (enfermedad mental) y 1446 una discapacidad mixta⁸. Este dato debiera impresionar a quien lo lee e invita automáticamente a hacerse la siguiente batería de preguntas: ¿cuántas personas con una capacidad intelectual y comunicativa disminuida por una discapacidad o un trastorno mental han sido condenadas en nuestro país a través de conformidades? ¿Se verificó en cada caso la capacidad concreta para prestar su conformidad de forma libre y con conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto? ¿Se condenó a una pena a quien era merecedor, a lo sumo, de una medida de seguridad? ¿El letrado de la defensa asesoró correctamente a su cliente y logró establecer un auténtico canal de comunicación fiable y seguro adecuado a su condición? Sin duda, hay diseños procedimentales que elevan el riesgo de que, de forma indeseada, sean condenadas personas con DI que, siendo inocentes, fueron arrastradas o manipuladas para prestar su conformidad, o que, siendo las responsables del hecho típico y antijurídico, debieran haber sido consideradas inimputables o semiimputables, y que, no obstante, terminaron por conformarse con una pena. Pensamos evidentemente en las conformidades celebradas ante el Juzgado de guardia en el transcurso de unas diligencias urgentes: el peligro de que pase desapercibida la DI es mayor debido al carácter «expeditivo» que presenta este procedimiento y al escaso conocimiento del letrado de su cliente. Sin perjuicio de lo anterior, lo que queda en entredicho aquí es el instituto de la conformidad en sí mismo: es un factor de riesgo importante para que sujetos especialmente vulnerables reciban una respuesta inadecuada o manifiestamente injusta por parte de los poderes públicos en el ejercicio de su *ius puniendi*. Ahora bien, este trabajo no pretende ser una crítica destructiva, sino que propondrá una interpretación de la legalidad vigente que permita abordar la conformidad desde un paradigma lo más garantista posible. Creemos que existe la posibilidad, limitada sin duda, de alejar la conformidad de una forma fría y burocratizada de poner fin al proceso penal y buscar formas de aminorar el riesgo de que sujetos con DI presten su conformidad bajo coerción, influencias indebidas o sin conocimiento del objeto y las consecuencias jurídicas de sus actos. Esto pasa inevitablemente por el control judicial de la prestación de la conformidad.

En este sentido, este estudio abordará las siguientes cuestiones:

⁵ Para una revisión crítica de estas prácticas, véase, AGUILERA MORALES, «La deriva del “principio” del consenso», *Revista ítalo-española de Derecho Procesal*, (2), 2019, pp. 37 ss.

⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO, *La persona con discapacidad intelectual en prisión. Estudio. Separata del volumen II del Informe anual 2019*, 2019, p. 15.

⁷ OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD, *La situación de la población reclusa con discapacidad en España*, 2018, p. 31.

⁸ OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD, *La situación de la población reclusa con discapacidad en España*, 2018, p. 33.

— ¿Pueden prestar su conformidad con la pretensión punitiva de las acusaciones las personas con DI? Para resolver este interrogante, habrá que partir del estudio del cambio de paradigma operado por la Ley 8/2021, así como deconstruir el falso lugar común de que las personas con DI son inimputables de forma sistemática.

— Demostrado el hecho de que las personas con DI no pueden ser privadas de su facultad de conformarse, habrá que adentrarse en el estudio de sus especialidades. Nos limitaremos a las conformidades legalmente previstas -dejando de lado las llamadas conformidades encubiertas- y nos centraremos única y exclusivamente en el requisito de que la conformidad se preste con una libertad reforzada y con un conocimiento informado de las consecuencias jurídicas del acto. De este análisis se extraerán conclusiones y propuestas interpretativas que no se restringen a las personas con DI, sino también a la conformidad de cualquier acusado.

— Por último, se analizará el tratamiento procesal de las conformidades prestadas sin un consentimiento libre e informado, poniendo de manifiesto las lagunas y antinomias legales al respecto, producto de una regulación que contempla de forma insuficiente la posibilidad de que las conformidades puedan ser prestadas sin reunir los requisitos necesarios para ello.

2. La capacidad del acusado con DI para conformarse

2.1. Los términos del problema

¿Puede un acusado con DI conformarse con la pretensión punitiva más grave de las formuladas por las acusaciones que ejerzan la acción penal? La respuesta a esta pregunta es compleja puesto que no acepta una solución unívoca, del mismo modo que el concepto de DI no reúne una realidad fáctica homogénea o unidimensional. Si bien la condición de discapacitado no puede ser el fundamento para privar de una facultad que otorga el ordenamiento jurídico-procesal al acusado adulto de la población general, puesto que sería una privación discriminatoria, lo cierto es que, en función del grado de afectación de las capacidades intelectivas, volitivas y comunicativas del sujeto con discapacidad, éste podría no reunir las circunstancias necesarias para poder prestar válidamente su conformidad en el caso concreto. Para que el acto procesal de la conformidad pueda surtir válidamente efectos jurídicos, la voluntad de quien la presta debe revestir una serie de condiciones, a saber, que se preste de forma libre y con conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto. Ahora bien, el acusado con DI debe tener la consideración de un acusado especialmente vulnerable⁹, en tanto en cuanto su discapacidad establece barreras y merma sus

⁹ Frente a las últimas reformas legislativas del proceso penal como la Ley Orgánica 8/2021, centrada en la protección de las víctimas especialmente vulnerables, creemos pertinente recuperar el concepto de «investigado especialmente vulnerable» formulado por la Comisión Europea en su plan de medidas E para la armonización del proceso penal en Europa. Todo investigado es vulnerable frente al *ius puniendi* estatal y, por ello, se prevén una serie de garantías a fin de limitar los posibles espacios de agresión del Estado contra él. No obstante, hay una serie de sujetos a los que se les añade otros factores de vulnerabilidad debido a circunstancias que afectan a sus capacidades intelectivas, comunicativas y volitivas: las personas con discapacidad intelectual o mental, las personas con enfermedades o trastornos mentales y los drogodependientes. No es infrecuente que estas vulnerabilidades se superpongan unas con otras dificultando la identificación de sus especificidades. Como sujetos acreedores de dignidad, pero expuestos a padecer más intromisiones ilegítimas e incapaces de hacerlas frente por sí mismos, deben ser tenidos en cuenta en nuestro diseño del proceso penal, a fin de que éste no pase por sus vidas como una máquina apisonadora frente a la que se sientan impotentes e indefensos. Este es el planteamiento efectuado por la Comisión Europea (sin incluir a los drogodependientes) en su *Recomendación de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales (2013/C 378/02)*. En esta recomendación se insiste en que la vulnerabilidad debe ser reconocida por las autoridades de forma célere, que las personas vulnerables pueden ser objeto de discriminación, que se debe

capacidades concretas para tomar decisiones con plena autonomía. Su vulnerabilidad radica justamente en el hecho de que no dispone por sí mismo de los medios para vencer esas barreras y que tendrá, por tanto, que requerir del apoyo de terceros para realizarlo. Pero, a su vez, puede ser vulnerable ante esos terceros en la medida en que sus mecanismos conscientes de autoprotección frente a su influencia suelen ser más débiles. En suma, si normativamente la discapacidad intelectual no puede erigirse en un muro que prevenga que quienes la padeczan puedan conformarse a la pretensión punitiva, ¿pueden ser las manifestaciones concretas de la discapacidad un obstáculo para ello?

Antes de continuar en el análisis de la cuestión, debemos exponer y argumentar las dos premisas desde las que se parte:

- Existe una confusión conceptual entre DI e inimputabilidad que no encuentra acomodo en la heterogeneidad de manifestaciones del fenómeno de la discapacidad. Esta confusión puede llevar a concluir precipitadamente que las personas con DI no pueden conformarse. No todo discapacitado es inimputable¹⁰.
- El giro copernicano operado en el régimen y tratamiento jurídico de la discapacidad en nuestro país por la Ley 8/2021 obliga a repensar el impacto de la desaparición de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar (y su subsiguiente reflejo en la esfera procesal con la introducción del artículo 7 bis LEC) en instituciones jurídicas como la que nos ocupa. En efecto, las personas con DI son sujetos *sui iuris* a los que no se les puede privar de su autonomía de la voluntad ni de la posibilidad de responsabilizarse de los actos y negocios jurídicos que celebren, sin perjuicio de que, en ocasiones, puedan tener que recurrir al uso de apoyos o, incluso, en situaciones de mayor gravedad, ser representados sustitutivamente por su curador. El cambio de paradigma supone tener que atender siempre a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con DI en la esfera de las manifestaciones de su voluntad, así como tener que habilitarle y promocionarle en el proceso, es decir, proveer las condiciones materiales para el ejercicio de su libertad a través de las adaptaciones y ajustes de procedimiento necesarios para garantizar su participación en el proceso y su acceso a la justicia en condiciones de igualdad¹¹.

prever una presunción de vulnerabilidad y que éstas deben de ser informadas adecuadamente de sus derechos procesales, entre otros aspectos.

¹⁰ DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO/GONZÁLEZ ANTÓN/MARTÍN SANZ/IZQUIERDO GARCÍA, *A cada lado. Informe sobre la situación de personas con discapacidad intelectual recluidas y ex-recluidas en España*, 2020, p. 76.

¹¹ El paradigma inaugurado por la Ley 8/2021 en la esfera procesal puede ser calificado como un paradigma «tuitivo-promocional» frente al paradigma tradicional «tuitivo-proteccionista». No se trata de sobreproteger al vulnerable, sino de dotarle de las herramientas adecuadas para vencer esos factores de debilidad que comparativamente le situaban en una peor posición respecto del resto de justiciables. Al respecto véase MUZO BUSSAC, «Sobre el impacto del artículo 7 bis LEC en la práctica de la prueba testifical de las personas con discapacidad intelectual en el proceso penal», en MORENO FLÓREZ (dir.) *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, 2022, pp. 71 ss. Una de esas herramientas en el proceso (y la privilegiada) es la figura del facilitador. De esta figura se ha realizado un estudio de sus funciones y su naturaleza y régimen jurídicos en MUZO BUSSAC, «El rol del facilitador en los procesos civiles en los que intervengan personas con discapacidad intelectual», en HERRERO PEREZAGUA/LÓPEZ SÁNCHEZ (dirs.), *Los vulnerables ante el proceso civil*, 2022, pp. 365 ss. A pesar de la aplicación supletoria en el proceso penal del artículo 7 bis de la LEC introducido por esta ley, queda la tarea pendiente del legislador procesal penal de positivizar en la LECrim este mismo cambio de paradigma. Esto es lo que se propone el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 que busca garantizar los derechos de defensa en condiciones de igualdad con el adulto de la población general, el derecho de autonomía decisoria y el derecho a la participación eficaz del encausado con DI. Al respecto véase, ALCOCEBA GIL, «Consideraciones generales sobre el nuevo anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal» en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, pp. 40 ss.; FLORES PRADA, «Discapacidad procesal del encausado por razón de trastorno mental en el ALECRIM de 2020. Especial referencia al problema del

a. *¿Son las personas con DI inimputables?*

Padecer una DI no supone ser inimputable al amparo del artículo 20.1º CP, ni tan siquiera que sea de aplicación una eximente incompleta de la responsabilidad criminal conforme al artículo 21.1º CP o una circunstancia atenuante por analogía (21.7º CP). El sujeto con DI puede ser «culpable» en el sentido de poseer el desarrollo suficiente de sus facultades psíquicas para conocer «el carácter prohibido de lo que ha hecho, le sea exigible un comportamiento distinto y, por tanto, pueda motivarse por las normas jurídicas»¹².

¿Qué entendemos por DI a los efectos de este estudio? Sin perjuicio de las definiciones que se ofrecerán a continuación (de origen normativo y científico), entendemos por DI aquella condición de naturaleza permanente que, independientemente de la naturaleza de su origen (biomédico, social, educativo, etc.) y del momento en el que se origine (en el nacimiento o un momento posterior), merma las capacidades intelectivas, cognoscitivas, comunicativas y volitivas del sujeto hasta el punto de erigirse en barrera, más o menos intensa, para desenvolverse de forma adaptada o normal en el conjunto de las relaciones que establece y para el ejercicio pleno de su capacidad jurídica. Es decir, bajo el concepto de DI propuesto aquí tienen cabida situaciones heterogéneas como, por ejemplo, personas con síndrome de Down, personas con demencia senil avanzada o sujetos que padecen secuelas más o menos irreversibles derivadas de un ictus.

Los instrumentos jurídicos que definen normativamente el concepto de DI en nuestro ordenamiento vigente lo han hecho siguiendo el artículo 1 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante CDPD), según el cual las personas con discapacidad son «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»¹³.

Desde el campo de las ciencias empíricas, y desde una perspectiva multidisciplinar, se ha acogido la siguiente definición de la DI: «una discapacidad caracterizada por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa que se manifiesta en habilidades adaptativas, sociales y prácticas»¹⁴. De este modo sería

«una condición de la persona, que se caracteriza por ser multidimensional (intervienen aspectos fisiológicos, psicológicos, médicos, educativos y sociales), multicausal (la DI se puede deber a patologías genéticas, a daños neurológicos, a factores ambientales, educacionales o sociales), y por

enjuiciamiento» en EL MISMO (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, pp. 211 ss.

¹² MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., 2019, p. 41.

¹³ Esta misma definición ha sido acogida por nuestro RDL 1/2013 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social en su artículo 2 y por el Código Penal en su artículo 25 que, a su vez, añade el concepto de persona con discapacidad necesitada de especial protección, definida como aquella «que requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».

¹⁴ MANZANERO PUEBLA/RECIO ZAPATA/ALEMANY CARRASCO/CENDRA, *Atención a Víctimas como Discapacidad Intelectual*, 2013, p. 12.

su enorme heterogeneidad (las diferencias entre las personas con DI son aún mayores, si cabe, que las diferencias entre las personas de la población general)»¹⁵.

Si bien siguen empleándose valoraciones basadas en parámetros cuantitativos como el coeficiente intelectual, esta aproximación al fenómeno de la discapacidad intelectual ha ido perdiendo fuerza. Hasta el año 1992, la discapacidad intelectual era abordada desde una perspectiva exclusivamente centrada en el individuo, dando origen a los modelos teóricos de la «subnormalidad» o «el retraso mental», bajo esquemas puramente biomédicos. En cambio, actualmente el concepto de discapacidad intelectual engloba cinco dimensiones: (i) las capacidades intelectuales del sujeto, (ii) la conducta adaptativa, es decir, el conjunto de competencias y habilidades para funcionar en la cotidianidad de sus vidas, (iii) la participación en sociedad, (iv) la salud y (v) el contexto, sociofamiliar y socioeconómico¹⁶.

En el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía pueden encontrarse los criterios establecidos para el reconocimiento de los grados de discapacidad en el que vendrían a converger una aproximación normativa y otra científica de este fenómeno¹⁷. Sin embargo, la identificación de la discapacidad en el proceso penal es independiente de su reconocimiento y calificación en sede administrativa. El órgano jurisdiccional no se encuentra constreñido por el grado de discapacidad reconocido (ni tan siquiera de si es, o no, reconocido administrativamente), sin perjuicio de que éste pueda servir como un poderoso indicio acerca del nivel de afectación en la esfera de la autonomía y la comprensión del entorno del sujeto con DI.

Hechas estas aclaraciones, ¿qué es un inimputable de acuerdo con el artículo 20.1º del Código Penal? En aras a exponer el concepto más operativo en la práctica, se acudirá al propuesto por la doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª de nuestro Tribunal Supremo, obviando las discusiones dogmáticas al respecto¹⁸.

— La existencia de una enfermedad mental o una DI es una condición necesaria pero no suficiente para apreciar la inimputabilidad. Es decir, no existe una relación genérica entre la anulación o afectación grave de la capacidad para comprender la ilicitud del hecho o ser motivado por la norma y la discapacidad, sino que deberá demostrarse el nexo de causalidad entre la

¹⁵ ALEMANY CARRASCO/QUINTA TOUZA/RECIO ZAPATA/SILVA NOZAL/MANZANERO PUEBLA/MARTORELL CAFRANGA/GÓNZALEZ ÁLVAREZ, *Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual*, 2012, p. 19.

¹⁶ MANZANERO PUEBLA/RECIO ZAPATA/ALEMANY CARRASCO/CENDRA, *Atención a Víctimas como Discapacidad Intelectual*, 2013, pp. 12-16.

¹⁷ Son especialmente importantes para el objeto de nuestro estudio los capítulos 14 (Lenguaje), 15 (Retraso mental), 16 (enfermedad mental) del Anexo 1 A (BOE-A-2000-1546).

¹⁸ Para un recopilación exhaustiva y crítica de las distintas concepciones dogmáticas de las categorías de culpabilidad, imputabilidad y semiimputabilidad, véase URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, pp. 156 ss.; MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, 2005, p. 365. El primero de ellos define la imputabilidad como «la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión» (*Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, p. 156), mientras que la segunda como la «exigibilidad de conducta adecuada a derecho por no encontrarse alterada de manera relevante la estructura de los procesos psíquicos -cognitivos y afectivos- de la decisión de voluntad que dio lugar a la realización del delito» (*La imputabilidad penal*, 2005, p. 365). No es este el lugar para entrar en la importante discusión doctrinal en torno a la relación entre libre albedrío y culpabilidad. Si el imputable es aquel que llevó a cabo la conducta típica y antijurídica cuando podía haberla evitado, o si el imputable es aquel que es capaz de ser motivado por la norma, es algo que a los efectos de este estudio puede dejarse de lado. Se puede leer una interesante exposición de esta discusión en LUZÓN PEÑA, «Culpabilidad y libertad», *Revista jurídica de la Universidad de León*, (6), 2019, pp. 1 ss.; LUZÓN PEÑA, «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *InDret*, (3), 2012, pp. 1 ss.

comisión del hecho típico y antijurídico concreto y la condición personal del sujeto caso por caso¹⁹. En este sentido, «es necesario que al desorden psíquico se sume un determinado efecto, consistente en la privación de las capacidades de comprender el alcance ilícito de los actos y de determinarse consecuentemente, o su privación relevante»²⁰. Existe, por tanto, una doble exigencia proveniente de lo que se ha calificado como un sistema mixto: la apreciación de una causa biopatológica (psicosis, enfermedad mental, DI u otras formas de trastorno) y un efecto psicológico proyectado en su comportamiento²¹. Este efecto psicológico debe proyectarse en una dimensión intelectiva de comprensión de la antijuridicidad y en una dimensión volitiva de capacidad para determinar su comportamiento conforme a esa comprensión²². Por lo tanto, en el juicio de inimputabilidad existe, por una parte, un juicio fáctico de acreditación del sustrato biomédico de la DI, la enfermedad o trastorno mental, que deberá ser acreditado mediante prueba pericial psiquiátrica, y un juicio valorativo de inimputabilidad que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional, con base en una serie de máximas de la experiencia provistas por la psicología y la psiquiatría²³.

— Así pues, la jurisprudencia ha «positivizado» una serie de máximas de la experiencia en los casos de oligofrenia que, aunque no sea vinculante ni pueda aplicarse de forma automática, pues el nexo de causalidad narrado anteriormente debe verificarse caso a caso, prevé lo siguiente:

- a.- En casos de oligofrenia profunda (CI inferior al 25% de normalidad), se apreciará la eximente completa.
- b.- En el caso de una oligofrenia media (CI entre 25% y 50%), se apreciará una eximente incompleta.
- c.- Si la oligofrenia es calificada como ligera (CI entre 50% y 70%), podrá aplicarse una atenuante por analogía²⁴.

Ahora bien, habrá de estarse al tipo delictivo concreto y las exigencias cognitivas que requiera para comprender su ilicitud. Resulta más fácil comprender la antijuridicidad de un asesinato, un robo con violencia o una agresión sexual que la de una prevaricación administrativa o de un delito de favorecimiento de la inmigración ilegal. A este respecto, es pertinente citar la siguiente consideración de nuestro Tribunal Supremo:

«Ahora bien aun cuando todas las oligofrenias tienen el carácter de permanentes y como hemos expuesto no todos los supuestos incluidos en el término sociológico tienen la misma intensidad y

¹⁹ STS 351/2021, Penal, de 28 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1732).

²⁰ STS 478/2019, Penal, de 14 de octubre (ECLI: ES:TS:2019:3397).

²¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dir.), *Código penal con jurisprudencia sistematizada*, 7^a ed., 2021, p. 112.

²² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dir.), *Código penal con jurisprudencia sistematizada*, 7^a ed., 2021, p. 113. Véase la STS 587/2008, Penal, de 25 de septiembre (ECLI: ES:TS:2008:5462). Para un análisis técnico-jurídico dogmático de la categoría de anomalía o alteración mental, véase URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, pp. 207 ss.

²³ GASCÓN INCHAUSTI, *La valoración de la prueba pericial sobre la imputabilidad*, 2008, p. 11.

²⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dir.), *Código penal con jurisprudencia sistematizada*, 7^a ed., 2021, p. 120. No podemos dejar de poner de manifiesto que esta doctrina jurisprudencial sigue partiendo de una conceptualización de la discapacidad intelectual que está en proceso de verse superada por las nuevas concepciones dominantes. La psicometría, el coeficiente intelectual y la «edad mental» resultan útiles en la práctica puesto que arrojan cantidades objetivas fácilmente graduables. No obstante, ese esquema está siendo abandonado y la jurisdicción deberá reformular en los años venideros su mirada al respecto.

consiguientemente la misma trascendencia penal para la que ha de tomarse en cuenta, genéricamente considerado, el grado o profundidad del déficit intelectual, -conviene no olvidar que el juicio de culpabilidad debe ser individual- las circunstancias del caso, ya que no es lo mismo la actuación del sujeto en una situación compleja y frente a un hecho cuya definición delictiva requiere conocimientos o valoraciones que requieren una reflexión y esfuerzo intelectual inexigible a quien tiene mermada su inteligencia, de la que de quien conculca preceptos elementales, pertenecientes al inconsciente colectivo o impuestos por la experiencia y el saber cotidiano y cuya fundamentalidad para la convivencia social hace que se imbuyan con el mero hecho de vivir en colectividad, incluso en forma subliminal o inconsciente, como son las normas del respeto a la vida humana o a la propiedad ajena o libertad e indemnidad sexuales»²⁵.

Es relevante precisar que los delitos contra el patrimonio constituyen un gran y muy importante porcentaje de los delitos cometidos por las personas con DI²⁶, por lo que su perfil criminal parece concentrarse en aquellas esferas en las que sí tienen mayor facilidad de verse motivados por la norma penal y, por tanto, no pueden ser considerados inimputables. Ahora, el hecho de que no sean inimputables no significa que no se les pueda aplicar una eximente incompleta o una atenuante analógica, siempre y cuando queden demostrados los hechos que fundamentan esas circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.

En todo caso, no se debe confundir DI e inimputabilidad: este último concepto es más restrictivo (sin perjuicio de que acoja otras realidades distintas a la DI) y exige que quede probada la influencia directa de la condición discapacitante en la comisión del hecho concreto. Tampoco podemos dejar de señalar un dato que habrá de guardarse en mente: existe un grave problema de infraidentificación en el transcurso del proceso penal de situaciones de DI. En efecto, desde «Plena Inclusión», federación de asociaciones de apoyo y visibilización de la DI, se ha realizado un estudio sobre la población penitenciaria que padece una DI, analizando una muestra de 367 presos o expresos. En él se han estudiado los 743 procesos penales abiertos contra estas personas y se ha detectado que sólo en el 31.5% de los casos se había identificado y tenido en cuenta que el encausado padecía de una DI²⁷. Esta infraidentificación puede haber desembocado, en palabras del informe, en una vulneración de «los derechos de la persona debido a la falta de comprensión y/o comunicación o de la imposibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa» lo que se traduce en que resultaría «incongruentemente alto el porcentaje de casos en los que se considera que la discapacidad intelectual no ha influido en la comprensión de la ilicitud del hecho o la capacidad de actuación de acuerdo a este conocimiento»²⁸.

²⁵ STS 582/2010, Penal, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2010:3333). A este respecto, merece la pena citar las consideraciones efectuadas por URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, p. 338, hace ya casi dos décadas: «Lo habitual será que el sujeto que adolece de un retraso mental leve, moderado o incluso grave (no así en los casos profundos) sea capaz de captar –a poco que haya sido socializado e instruido– el valor de la mayor parte de los bienes jurídicamente protegidos y lo ilícito de toda actuación dirigida a privar a un tercero de los mismos, pero resulte totalmente inhábil para determinar lo improcedente de la comisión de un delito contra el honor, por poner un ejemplo (...). Esta labor de conexión del hecho con el tipo de retraso mental padecido queda en manos del juez, a quien corresponde la adecuada ponderación de la totalidad de los factores concurrentes».

²⁶ DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO/GONZÁLEZ ANTÓN/MARTÍN SANZ/IZQUIERDO GARCÍA, *A cada lado*, 2020, p. 68. La cifra alcanza el 51,3% de los supuestos analizados en el estudio.

²⁷ DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO/GONZÁLEZ ANTÓN/MARTÍN SANZ/IZQUIERDO GARCÍA, *A cada lado*, 2020, p. 65.

²⁸ DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO/GONZÁLEZ ANTÓN/MARTÍN SANZ/IZQUIERDO GARCÍA, *A cada lado*, 2020, p. 65. Sólo podemos valorar positivamente los artículos 70, 71 y 72 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, que establecen obligaciones claras a la policía, al Ministerio Fiscal y a los órganos judiciales desde el momento en que nazca la sospecha de que el encausado padece una discapacidad, destinadas a garantizar su comprensión del proceso y determinar el alcance de su discapacidad, para adoptar, posteriormente, las medidas de apoyo y las adaptaciones procesales pertinentes, incluyendo la posibilidad de «excluir la celebración del juicio en ausencia, la conformidad o la utilización del procedimiento de enjuiciamiento rápido o inmediato».

Por tanto, si bien es cierto que no toda persona con una DI es inimputable, también lo es que la no identificación de esas circunstancias personales por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los órganos jurisdiccionales y los restantes operadores jurídicos es un riesgo muy grave que puede desembocar en el ingreso en prisión de sujetos que no deberían padecer una pena de esta naturaleza. La estancia en un centro penitenciario puede ser un factor de agravamiento de la vulnerabilidad social de quien la sufre. No es por tanto baladí que el artículo 13.2 de la CDPD imponga a los Estados la obligación positiva de promover «la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario» como garantía ineludible del derecho de acceso efectivo a la justicia de las personas con discapacidad. Sin perjuicio de lo anterior, las exigencias de la CDPD no pueden extenderse a una apreciación de oficio de una causa de inimputabilidad. La imputabilidad es presumida por nuestro ordenamiento jurídico-penal, de forma que las causas de inimputabilidad deben valorarse como un hecho impeditivo, recayendo sobre la defensa la carga de alegarla y probarla²⁹. Ahora bien, si el órgano instructor apreciase indicios de una discapacidad intelectual, deberá ordenar su examen por el médico forense conforme a lo previsto en el artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b. *La plena capacidad jurídica y procesal de las personas con DI*

La Ley 8/2021 ha consolidado un importante cambio de paradigma en el régimen jurídico y en el tratamiento de la discapacidad en nuestro país. La eliminación de la clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar ha supuesto la redefinición completa de las posibilidades materiales de responsabilizarse de las personas con discapacidad. Abandonando una perspectiva tutitivo-protecciónista, esta ley reconoce, en opinión de LECIÑENA IBARRA, que:

«todas las personas con discapacidad pueden tomar las decisiones que les incumben a su persona o a sus bienes con pleno respeto a su voluntad, deseos y preferencias. Y ello con independencia de que en el proceso de formación de su voluntad puedan conducirse solas o por el contrario precisen de la asistencia de una persona que les preste el apoyo para culminar dicho proceso»³⁰.

De esta forma, la primera consecuencia de esta redefinición de la capacidad jurídica pasa por la necesidad de un examen concreto y caso por caso de la capacidad de la persona con discapacidad para producir efectos jurídicos en los actos y negocios jurídicos que sean manifestaciones de la autonomía de su voluntad³¹. Al ser acreedores de la misma capacidad jurídica que el resto de los sujetos, la persona con DI no puede ser privada *a priori* y en términos genéricos de los derechos y facultades que el ordenamiento jurídico le otorga. En caso contrario, se estaría ante una situación discriminatoria por razón de la discapacidad incompatible con los mandatos impuestos a los Estados-Parte por la CDPD. De esta forma, el concepto de capacidad jurídica debe interpretarse como el reconocimiento del sujeto con discapacidad como «actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin»³². Es decir, la capacidad jurídica ya no es la mera titularidad de derechos y obligaciones, sino también la posibilidad de ejercerlos. Por ello, habrá que atender a las condiciones de validez previstas en la

²⁹ GASCÓN INCHAUSTI, *La valoración de la prueba pericial sobre la imputabilidad*, 2008, p. 23.

³⁰ LECIÑENA IBARRA, «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, (IX-1), 2022, p. 262.

³¹ ÁLVAREZ LATA/SEOANE, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho privado y Constitución*, (24), 2010, p. 34.

³² CRPD, *Observación general* núm. 1 (2014) – Artículo 12: *Igual reconocimiento como persona ante la ley*, 2014, §12.

norma para cada acto o negocio jurídico y examinar si, en el caso concreto, quien pretenda llevarlo a cabo cumple con esas condiciones. Sólo en ese caso estaría justificado no anudar la consecuencia jurídica prevista al acto o negocio realizado por la persona con discapacidad. En palabras del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD):

«Los Estados pueden limitar la capacidad jurídica de una persona en determinadas circunstancias, como la quiebra o la condena penal. Sin embargo, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a no sufrir discriminación exige que cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, lo haga aplicando los mismos motivos a todas las personas. La negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad, ni tener el propósito o el efecto de tratar a esas personas de manera diferente»³³.

«Por una parte, significa que no se otorgará a las personas con discapacidad ni más ni menos derechos o prestaciones que a la población general»³⁴.

No obstante, reconociendo la vulnerabilidad propia de las personas con discapacidad, en ocasiones será necesaria la provisión de apoyos y llevar a cabo ajustes razonables o, en el ámbito procesal, adaptaciones y ajustes del procedimiento³⁵ que generen las condiciones materiales para garantizar la validez del acto o negocio jurídico.

Por una parte, los apoyos son un conjunto heterogéneo de «arreglos oficiales y oficiosos»³⁶, de distinta intensidad, destinados a garantizar que la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona que precisa de ellos puedan producir los efectos jurídicos deseados. Los apoyos responden a las siguientes necesidades de las personas con discapacidad en el ejercicio de la autonomía de su voluntad³⁷:

- Cuando el sujeto con DI presente dificultades expresivas o comunicativas, que dificulten la comprensión de su voluntad de celebrar un acto o negocio jurídico, el apoyo puede servir de mediación entre los sujetos intervinientes proveyendo el soporte técnico necesario para facilitar la comunicación. En la esfera procesal, el derecho a entender y ser entendido reconocido en el artículo 7 bis de la LEC pretende ser garantizado con la introducción del facilitador como tercero neutral destinado a diseñar las adaptaciones y ajustes procesales necesarios para establecer un canal comunicativo seguro y fiable entre el interviniente con discapacidad intelectual y el órgano jurisdiccional y demás operadores jurídicos.
- Cuando el sujeto con DI presenta dificultades en la construcción de un curso autodeliberativo más o menos racional dirigido a conformar el contenido de su voluntad, el apoyo se erige en acompañante y asesor de la persona con DI para asistirle a la hora de dirimir cuáles son su voluntad, sus deseos y sus preferencias, y poder tomar decisiones de las que responsabilizarse plenamente, al haber sido tomadas con libertad y conocimiento. Por ejemplo, este es el rol, entre

³³ CRPD, *Observación general* núm. 1, 2014, §32.

³⁴ CRPD, *Observación general* núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación, 2018, §18.

³⁵ Es fundamental entender que, mientras que la obligación de proveer ajustes razonables en la esfera material del ejercicio de derechos y obligaciones para evitar situaciones discriminatorias encuentra como límite la carga desproporcionada o indebida para la parte que deba atenderla, las adaptaciones o ajustes del procedimiento no se encuentran limitados por ese principio. Véase, CRPD, *Observación general* núm. 6, 2018, §25.

³⁶ CRPD, *Observación general* núm. 1, 2014, §17.

³⁷ En este punto, hacemos una reelaboración de la tipología de apoyos efectuada por LECIÑENA IBARRA, *Revista de Derecho Civil*, (IX-1), 2022, p. 263.

otros, que debe cumplir hoy en día el notario. De igual modo, y en lo que respecta a este estudio, el principal apoyo de una persona con discapacidad en la decisión de conformarse está llamado a ser su defensa letrada.

— Si la persona con DI es incapaz de formar una voluntad de forma libre y con conocimiento debido a la intensidad de la afectación de su capacidades intelectivas, volitivas o comunicativas, el apoyo podrá erigirse, como *ultima ratio*, en representante de la persona con discapacidad y expresar y comunicar la voluntad de su representado o ejecutarla. La representación no podrá prescindir en ningún caso de una reconstrucción de la voluntad y las preferencias de la persona con DI, criterios que sirven de brújula ineludible para quien asume ese apoyo representativo. Es decir, no podrá actuar guiado por su idea personal de lo que crea que responde a un interés superior objetivo de la persona con DI³⁸.

Por otra parte, las adaptaciones y ajustes de procedimiento previstos en el artículo 7 *bis* LEC -de aplicación supletoria al proceso penal- constituyen modificaciones *ad hoc* del tiempo, lugar o forma en los que se practica un acto procesal. La finalidad de la adaptación es lograr que el acto siga siguiendo instrumentalmente eficaz respecto del fin perseguido cuando intervenga en él un sujeto con discapacidad y que éste pueda desempeñar efectivamente las funciones que se le exige en el mismo, entendiendo y siendo entendido. Los ajustes de procedimiento forman parte del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad (artículo 13 CDPD) y no se encuentran limitados por un criterio de desproporcionalidad, debiendo realizarse todos aquellos que sean necesarios para garantizar la participación efectiva de la persona con discapacidad en el proceso, por lo que, al no ser considerado un derecho de aplicación progresiva, de no proveerse se produciría una situación discriminatoria³⁹. Estas adaptaciones son potencialmente ilimitadas, pueden adoptarse de oficio y suponen la introducción de un principio de flexibilidad procedural en el caso de que intervenga un sujeto con discapacidad en el proceso. Mediante estas adaptaciones se garantiza que no se prive de capacidad procesal a las personas con discapacidad, habilitándoles para que puedan participar en condiciones de igualdad.

De esta forma, podemos afirmar que no existe ningún acto jurídico, material o procesal, que una persona con DI no pueda ejercer con plena responsabilidad, sin perjuicio de que pueda requerir de apoyos o de adaptaciones procedimentales (debiéndose matizar esta afirmación en los supuestos de DI muy grave que requiera de una curatela representativa).

2.2. Los acusados con DI no pueden ser privados de la facultad de conformarse en igualdad de condiciones

Si ser un acusado con DI no significa necesariamente ser un sujeto inimputable y su capacidad jurídica y procesal es igual a la de cualquier otro sujeto, a pesar de que pueda precisar de apoyos para el ejercicio pleno de la autonomía de su voluntad o sean necesarios ciertos ajustes del procedimiento para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, entonces sólo podemos llegar a la conclusión de que las personas con DI pueden prestar su conformidad con la pretensión punitiva de las acusaciones. Como indicábamos, el juicio sobre la capacidad para prestar la conformidad del sujeto con discapacidad es un juicio *hic et nunc* y valorará si el sujeto

³⁸ CRPD, *Observación General* núm. 1, 2014, §21.

³⁹ ACNUDH, *Right to access justice under article 13 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 2018. Obtenido de <https://undocs.org/A/HRC/37/25>. §12 y §25; CRPD, *Munir Al Adam c. Arabia Saudita*, §11.5.

reúne los presupuestos y los requisitos para prestar válidamente la conformidad del mismo modo que lo haría con cualquier otro acusado⁴⁰.

Ahora bien, sentada esta regla general, sí que deben señalarse dos supuestos en los que un DI no podrá prestar conformidad de forma genérica y *a priori*: si la persona con discapacidad intelectual es inimputable y cuando la persona con DI pueda ser subsumida bajo la categoría de «demente sobrevenida» previsto en el artículo 383 LECrim. El fundamento de esta privación no reside, a pesar de todo, en la discapacidad del acusado, sino en que el ordenamiento jurídico no prevé la posibilidad de conformarse con la solicitud de una medida de seguridad en el primer caso y, a que, en el segundo, se trata de garantizar los derechos de defensa del sujeto con una discapacidad severa sobrevenida después de la comisión de los hechos por los que se le acusa. Como veremos, la configuración actual de la conformidad presenta importantes disfunciones dejando abiertos intersticios en los que, a pesar de todo, esta clase de encausado podría acabar prestando su conformidad.

a. *¿Pueden conformarse los inimputables?*

Huelga recordar que nuestro sistema de reacción frente al delito es dualista, de forma que las consecuencias jurídicas anudadas a la comisión de un hecho típico y antijurídico variarán en función de la apreciación de la concurrencia de determinados requisitos vinculados a otras categorías de la teoría general del delito como la culpabilidad. Nuestro sistema penal se encuentra presidido por los binomios culpabilidad-peligrosidad y pena-medida de seguridad.

En este sentido, ni la LECrim ni la LOTJ han previsto la posibilidad de conformarse con la pretensión de adopción de una medida de seguridad que pueda formular la acusación, sino únicamente con determinadas penas⁴¹. Prueba de ello es que, en el ámbito del procedimiento ordinario, el artículo 655 LECrim sólo prevé la conformidad para penas de carácter correccional (pena de prisión de hasta 3 años de prisión y penas privativas de derecho varias⁴²), en el ámbito del procedimiento abreviado el artículo 787 LECrim sólo permite la conformidad con el escrito que contenga la «pena» de mayor gravedad, si ésta no excede de seis años de prisión y, en su apartado quinto, prevé expresamente que «no vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal». En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, el artículo 801 LECrim se remite al régimen del artículo 787 y, en materia de conformidades ante el Juzgado de guardia, tampoco prevé la conformidad con medidas de seguridad. Por su parte, el artículo 50 LOTJ es más explícito en la imposibilidad de que los inimputables puedan prestar su conformidad con la pretensión punitiva. No sólo no prevé la conformidad con medidas de seguridad, sino

⁴⁰ Esta situación no cambiaría con el régimen previsto en el ALECRIM 2020, a pesar de prever expresamente la prohibición de conformidad en supuestos de incapacidad procesal absoluta o para la adopción de medidas de seguridad. A este respecto, en opinión de HERNÁNDEZ MOURA, «Enfermedad o trastorno mental, capacidad procesal y justicia penal negociada en la regulación actual y en el ALECRIM de 2020», en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, p. 349, «de entrar en vigor el ALECRIM 2020, la interpretación conjunta de los arts. 72.3 y 165 ALECRIM 2020 avalaría desde nuestro punto de vista la posibilidad de prestar conformidad en supuestos de capacidad procesal limitada con los ajustes que resulten necesarios, ello supeditado a la valoración pericial de la capacidad procesal que se realice por los especialistas en el seno del incidente para la adopción de medidas, valoración que deviene clave en el estudio de viabilidad para prestar consentimiento».

⁴¹ De aprobarse el actual texto de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, la situación no se modificaría a este respecto, pues cuando el juicio oral se celebre para adoptar una posible medida de seguridad, el artículo 80.5^a prevé expresamente que no se admitirá la conformidad.

⁴² AGUILERA MORALES, *El “principio de consenso”: la conformidad en el proceso penal español*, 1998, p. 95.

también que, «si el Magistrado-Presidente entendiera que los hechos aceptados por las partes pudieran no ser constitutivos de delito, o que pueda resultar la concurrencia de una causa de exención de preceptiva atenuación, no disolverá el Jurado, y, previa audiencia de las partes, someterá a aquél por escrito el objeto de veredicto». Esto es así ya que la conformidad ante jurado también puede prestarse una vez iniciada la práctica de la prueba.

Si al inimputable no se le puede imponer una pena, sino, a lo sumo, una medida de seguridad, entonces podemos afirmar que éste no tiene la capacidad suficiente para conformarse. Es habitual argumentar que el fundamento de esa incapacidad es la imposibilidad de prestar un consentimiento libre e informado del inimputable⁴³. No obstante, si bien en su manifestación fenomenológica es evidente que, si un sujeto no es capaz de comprender la ilicitud del hecho delictivo, es altamente probable que no pueda prestar su consentimiento libre e informado a un acto de la naturaleza de la conformidad, entendemos que, conforme a las premisas expuestas anteriormente, el fundamento no es la imposibilidad genérica de prestar su conformidad -que deberá ser evaluada caso a caso-, sino únicamente que el ordenamiento jurídico no prevé la posibilidad de conformarse con peticiones de aplicación de medidas de seguridad.

Pero, de la misma forma que el ordenamiento jurídico no prevé garantías frente a posibles conformidades de inocentes (con la excepción de la LOTJ), ¿podría un inimputable conformarse con la solicitud de una pena? ¿Qué sucede con los semiimputables a los que se les puede aplicar tanto una pena como una medida de seguridad conforme al artículo 104 del Código Penal?

En el primer supuesto, se debe precisar que la causa de inimputabilidad debe verificarse en el momento de la comisión del hecho. Es decir, el juicio de inimputabilidad se limita a valorar la capacidad para determinar la conducta conforme a la legalidad penal del acusado en el momento de comisión del hecho delictivo, no necesariamente sobre el resto de los comportamientos y actividades que despliegue en el conjunto de su vida. ¿Es imaginable un supuesto en el que un mismo sujeto pueda cometer, en un momento dado, un hecho típico y antijurídico, pero no culpable, pero que, en otro momento posterior, pueda mostrar una capacidad concreta suficiente para prestar válidamente su consentimiento libre e informado a la hora de conformarse con la pretensión punitiva más grave? Si bien es sumamente improbable, no es imposible ni inimaginable. Sin duda, una mínima conciencia y comprensión del derecho penal sustantivo y procesal desde criterios racionalistas, ilustrados y garantistas, lleva al jurista a aborrecer un resultado de esta naturaleza, del mismo modo que detesta la condena de un inocente. No obstante, el ordenamiento no prevé ningún mecanismo ordinario para prevenir ni reparar tal supuesto (con la honrosa excepción del procedimiento del Tribunal de Jurado). Máxime cuando se da la siguiente situación paradójica: partiendo de la premisa de que en virtud del artículo 782.1 LEcrim, al menos en el transcurso de unas diligencias previas, la concurrencia de una eximente no es motivo para dictar un auto de sobreseimiento libre⁴⁴, la causa fáctica que sostenga una inimputabilidad deberá ser siempre objeto de prueba en juicio. No obstante, la conformidad se debe prestar antes de la práctica de la prueba. Por lo que, si la acusación interpreta que, de las diligencias practicadas en instrucción, no hay motivos suficientes para solicitar una medida de seguridad, formularán su escrito de conclusiones o de acusación pidiendo la imposición de una pena. En ese caso, al acusado al que podría haberse apreciado una eximente tras la prueba practicada en juicio, tiene la posibilidad de conformarse si se cumplen el resto de los

⁴³ GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal penal. Materiales para el estudio*, 2021, p. 257.

⁴⁴ GASCÓN INCHAUSTI, *La valoración de la prueba pericial sobre la imputabilidad*, 2008, p. 16.

presupuestos y condiciones, sin que llegue nunca a practicarse la prueba que hubiese demostrado la concurrencia de una situación fáctica que legitimase el juicio de inimputabilidad.

¿Qué sucede en el caso de los semiimputables? Suponiendo que en quien concurra una causa de eximente incompleta tuviese la capacidad concreta requerida para conformarse, ¿podría el órgano jurisdiccional imponer una medida de seguridad en los términos de los artículos 104 CP y 99 CP? Por una parte, reiteramos que el ordenamiento jurídico no prevé la posibilidad de conformarse con una medida de seguridad, por lo que no cabría dictar una sentencia de conformidad en la que se impusiese, además de la pena conformada, una medida de seguridad consensuada. Por otra parte, al evitar la celebración del juicio oral, ¿puede realizar el órgano sentenciador el juicio de peligrosidad exigido para la imposición de una medida de seguridad por el artículo 95 CP? En nuestra opinión, no, puesto que esos particulares deben ser sometidos a contradicción y la defensa debe haber tenido la posibilidad de hacer las alegaciones y proponer la práctica de la prueba útil y pertinente al efecto de corroborar sus alegaciones a fin de que el juicio de peligrosidad sea justo. Ello es así porque en la regulación de la conformidad no se prevé, en ningún caso, la posibilidad de conformarse con el juicio de peligrosidad. La jurisprudencia de la Sala Segunda nos recuerda que «una medida de internamiento que no se basa en la peligrosidad demostrada procesalmente, no puede orientarse a la reinserción del sujeto y se convierte en pura segregación contradiciendo el mandato constitucional»⁴⁵ y que «La peligrosidad criminal no puede presumirse por el hecho de estar el sujeto en uno de los supuestos de peligrosidad (...) sino que debe ser establecida en el proceso y puede ser objeto de controversia, sin que la aplicación de la medida debe llevarse a cabo de manera automática»⁴⁶.

En conclusión, el diseño vigente de la conformidad nos puede conducir a una antinomia muy problemática. Si entre los fines del proceso penal se encuentra la tutela del derecho penal sustantivo y si la norma penal sustantiva prevé la posible imposición de medidas de seguridad a los inimputables y semiimputables por considerarlas más adecuadas para los fines resocializadores que persigue, entonces estamos ante una disfunción creada por la norma procesal: se genera una ventana de oportunidad que permite a determinados acusados conformarse con una pena e imposibilita la imposición de una medida de seguridad en sentencia, produciendo el resultado contrario al deseado por el legislador penal sustantivo.

¿Qué tratamiento procesal debe darse a este supuesto? Los medios ordinarios de impugnación de la sentencia de conformidad no están abiertos a un motivo de esta naturaleza, puesto que supone la pretensión de una revisión del juicio de culpabilidad. Cuestión distinta es que se ataque la voluntariedad de la conformidad, tema objeto de análisis en el epígrafe 4 de este estudio. Con lo cual, sólo queda abierta una posibilidad: la revisión de sentencias firmes en caso de que la discapacidad intelectual no fuese puesta de manifiesto en el proceso por causas no imputables al propio encausado (ya sea porque su discapacidad es tan intensa que no le sea exigible esa diligencia, o porque ni tan siquiera tenía conciencia de ello). Creemos que, si la discapacidad intelectual o mental fue puesta de manifiesto en la fase de instrucción y era conocida por el acusado, no puede alegarse la concurrencia del conocimiento sobrevenido de un hecho o prueba.

⁴⁵ STS 603/2009, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2009:3925), citada en COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA/ENCINAR DEL POZO/MARCHENA GÓMEZ/MORENO VERDEJO/TORRES-DULCE LIFANTE, *Código Penal. Jurisprudencia. Concordancias. Comentarios. Índice analítico.*, 2018, p. 493.

⁴⁶ STS 603/2009, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2009:3925).

En palabras de la STS 335/2016, Penal, de 21 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1696), FJ 2⁴⁷:

«La revisión no es propiamente un recurso. Estamos ante un procedimiento autónomo dirigido a rescindir una sentencia condenatoria firme. Por tanto, no resulta directamente aplicable el art. 787.7 LECrim. Desde luego que no es absolutamente neutro el carácter consensuado de la sentencia. Supone que el acusado aceptó los hechos y mostró su anuencia con la pena. Pero las explicaciones ofrecidas por el solicitante en cuanto a su desconocimiento sobre el alcance del ilícito penal y la forma en que ha llegado a tomar conciencia de ello invitan a relativizar la rigidez que pudiera anudarse a ese extremo en otros supuestos. Como ha afirmado la jurisprudencia en pronunciamientos evocados por el recurrente, no pueden olvidarse las razones de prevalencia de justicia material que inspiran este medio de impugnación de una sentencia firme que constituye el recurso de revisión.»

Conforme a la actual redacción del artículo 954.1.d) de la LECrim, no es necesario que los hechos o elementos de prueba alegados en la revisión sean nuevos, sino que el conocimiento de estos sobrevenga posteriormente, es decir, que fuesen ignorados durante el procedimiento. Además, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha relativizado el tradicional requisito de que esos hechos o elementos de prueba demostraren fehacientemente la inocencia o la causa de atenuación de la responsabilidad penal, adoptando una «nueva fórmula más respetuosa con la fuerza irradiante de la presunción de inocencia», bastando con que se introduzcan «dudas significativas sobre la culpabilidad»⁴⁸.

En cambio, si la discapacidad intelectual del acusado fue algo que se puso de manifiesto durante el proceso, la única posibilidad de reparación de esta situación sería la aplicación del artículo 60 CP, por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en caso de apreciar una situación duradera de trastorno mental grave que impida al penado conocer el sentido de la pena, acuerde su sustitución por una medida de seguridad.

b. La demencia sobrevenida (artículo 383 LECrim)

La discapacidad es un atributo accidental de la persona que puede manifestarse en cualquier momento de su vida. No es infrecuente, por tanto, que la posible DI que pudiera padecer el encausado nazca o se manifieste con posterioridad a la comisión del hecho. Este sujeto no es inimputable ni su discapacidad puede servir de fundamento para atenuar su responsabilidad. No obstante, no parece razonable que una persona cuyas facultades intelectivas se hayan visto profundamente mermadas se someta a la celebración de un juicio oral mientras permanezca en ese estado. No será capaz de seguir el curso de las sesiones ni de participar activamente en su defensa. Es este el fundamento del artículo 383 de la LECrim, el cual prevé que, «si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud».

Es evidente, por tanto, que aquel que se encuentre en una situación subsumible bajo la categoría de demencia sobrevenida no será susceptible de prestar su conformidad a la acusación. En primer

⁴⁷ La jurisprudencia del Tribunal Supremo a este respecto es clara. Por ejemplo, la STS 521/2022, Penal, de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2118) estima la revisión interpuesta contra una sentencia de conformidad por la que se condenaba a un delito contra la seguridad vial por conducción sin permiso, al aportarse un informe del Departamento de Seguridad Vial y Vehículos de motor del Estado de Florida. Supuesto muy similar al de las SSTS 557/2018, Penal, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3815) y 555/2018, Penal, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3819).

⁴⁸ STS 518/2022, Penal, de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2277).

lugar, por el momento en el que se debe prestar, que siempre será posterior al momento en el que se prevé el archivo de las actuaciones⁴⁹. En segundo lugar, porque aquel que se encuentre en una situación de demencia, entendida en los términos de este artículo, no estaría nunca en condiciones de prestar libremente y de forma informada ese consentimiento.

¿Qué hay que entender por demencia sobrevenida a los efectos de este precepto? El «demente sobrevenido» es aquel sujeto cuyas capacidad intelectivas, volitivas y comunicativas están afectadas de forma muy grave o absoluta, sin que sea posible subsanar las barreras que esa condición impone mediante la adopción de adaptaciones y ajustes del procedimiento conforme a lo previsto en el artículo 7 *bis* LEC destinadas a garantizar el derecho a entender y ser entendido del encausado con discapacidad intelectual en aras a garantizar su participación en condiciones de igualdad. En efecto, la STS 844/2017, Penal, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4667) recuerda que el fundamento del precepto es «la vigencia del derecho de defensa» y ser capaz, por ejemplo, de tomar conciencia «del alcance jurídico de sus respuestas al interrogatorio de la acusación o, con carácter general, del valor constitucional de los derechos a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia». Quien no es capaz de entender el alcance del ejercicio del *ius puniendi* estatal frente a su persona, no disfruta de un proceso con todas las garantías ni, por tanto, de un juicio justo⁵⁰. Ahora bien, el artículo 7 *bis* LEC obliga a modular qué entendemos por demente a los efectos de este artículo: no será cualquier situación de DI (o trastorno mental) grave, sino sólo aquella que no pueda ser superada de forma que se garantice el derecho a entender y ser entendido a través de los ajustes de procedimiento que pudieran realizarse. Es evidente que, si la ley prevé como consecuencia jurídica el archivo, la conformidad no será posible.

⁴⁹ La interpretación de este precepto no es pacífica debido a su inciso final: éste precisa que habrá de disponerse respecto del encausado «lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan los hechos en estado de demencia». Es decir, parece que la LECrim contiene una norma de Derecho penal sustantivo por la cual se prevé un presupuesto para la imposición de una medida de seguridad. No obstante, conforme al actual artículo 3.1 del Código penal, «no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales». En este sentido la STS 844/2017, Penal, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4667) sintetiza las dos líneas jurisprudenciales sobre la aplicabilidad o no del archivo previsto en este artículo: «El problema suscitado sugiere, pues, dos opciones interpretativas. La primera, el dictado por el Juez instructor de una resolución de archivo de la causa penal, con la consiguiente remisión de los antecedentes psiquiátricos del acusado al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción civil de incapacitación, con la eventual adopción de una medida jurisdiccional tutiva de ingreso en un centro psiquiátrico. La segunda, la conclusión del sumario conforme a la regla general y la celebración de un juicio oral que tendría como desenlace una sentencia en la que se impusiera, después de un debate contradictorio, la medida de seguridad de internamiento prevista por el CP». Nuestra posición es clara: procede el archivo ya que no hay base legal suficiente para la imposición de una medida de seguridad y, menos aún, privativa de libertad. El artículo 383 LECrim no es un precepto con rango de ley orgánica, por lo que debe entenderse derogado o inaplicable el segundo inciso del artículo y no el primero. De esta forma, lo procedente es el archivo provisional hasta que el sujeto recobre la salud, o el archivo definitivo en caso de no hacerlo, puesto que el sujeto en esa situación no está en condiciones de ejercer su derecho de defensa.

⁵⁰ Ahora bien, como advierte agudamente SÁNZ MORÁN, «Relevancia procesal de la inimputabilidad», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y Razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, 2018, p. 618, resulta difícil advertir por qué hay que efectuar un tratamiento diferenciado del demente sobrevenido respecto del inimputable, pues los dos pueden ver su capacidad de defensa igualmente afectada. MORENO CATENA, por su parte, entiende que si el sujeto, independientemente del momento de surgimiento de la enfermedad mental o la discapacidad intelectual, tiene su capacidad «afectada al punto de que no pueda comprender el sentido del proceso, las actuaciones no deben proseguir» («Enfermedad mental y capacidad en el proceso penal», en FLORES PRADA [dir.], *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, 2017, p. 78). Para un examen crítico y pormenorizado de este problema, derivado de la necesidad de un juicio contradictorio para la imposición de medidas de seguridad y de la falta de capacidad procesal absoluta de ciertos inimputables, véase FLORES PRADA, «Garantías constitucionales en el enjuiciamiento de acusados con falta de capacidad procesal por trastorno mental grave», en EL MISMO (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal*, 2017, pp. 363 ss.

No obstante, nos enfrentamos nuevamente al riesgo de la infraidentificación de la discapacidad durante el proceso. ¿Cómo garantizar que el «demente sobrevenido» no se conforme con una pena por no haberse detectado esa situación? El control judicial de la conformidad se erige como la garantía más importante a este respecto.

3. Especialidades de la conformidad de las personas con DI

3.1. Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la conformidad

Si tanto la capacidad jurídica como la capacidad procesal de las personas con DI ya no pueden ser limitadas *a priori* y de forma genérica (por lo que hemos establecido que son sujetos susceptibles de prestar conformidades válidamente), no puede obviarse que son acusados especialmente vulnerables. Esto nos obliga a reflexionar acerca de las posibles especialidades del instituto de la conformidad en estos casos.

La conformidad es un acto procesal personalísimo por parte del acusado mediante el cual éste expresa la voluntad de aceptar la acusación más grave de cuantas se puedan dirigir contra él en el proceso, de forma a avenirse con las consecuencias jurídicas anudadas a la misma (imposición de una o varias penas y, en su caso, condena a la responsabilidad civil *ex delicto*). La conformidad se configura como:

- Una petición⁵¹ del propio acusado al órgano jurisdiccional para que se dicte una sentencia condenatoria, poniendo fin de forma anticipada al proceso, en los términos del escrito de conclusiones provisionales o de acusación y sin celebrar el juicio oral. Esa petición deberá ser estimada por el órgano jurisdiccional en caso de verificarse todos los requisitos y presupuestos previstos por la ley.
- Una renuncia al ejercicio de derechos fundamentales procesales, particularmente, el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia, condicionada a que su petición de condena sea atendida.

La conformidad prestada debe realizarse de forma libre y con un conocimiento informado de las consecuencias del acto. Para garantizar este extremo se ha previsto una «doble garantía»: tanto el letrado de la defensa deberá pronunciarse sobre la conformidad prestada por su cliente, como

⁵¹ Si tomamos en consideración los efectos jurídicos pretendidos por la parte que realiza el acto de la conformidad, éste puede calificarse como un acto complejo. Creemos conveniente rescatar la distinción dogmática efectuada por GOLDSCHMIDT, *Derecho, derecho penal y proceso. Tomo I*, 2016, p. 849, entre «actos de obtención» y «actos de causación». En el caso que nos ocupa, la conformidad presenta una naturaleza mixta: es un acto de obtención en la medida en que tiene por finalidad «impetrar una resolución de contenido determinado, mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez» y, en particular, una «petición». En efecto, el acusado presta su conformidad con el único fin de obtener una sentencia condenatoria de forma inmediata y anticipada en los términos incluidos en la más grave de las acusaciones. No obstante, ese acto sólo podrá surtir los efectos deseados si el juez considera atendible la petición conforme a los requisitos legalmente previstos para ello. Todo acto de obtención puede verse satisfecho o verse frustrado y, en este sentido, si un sujeto, por ejemplo, se conforma con una pena superior a la prevista por la ley, la pretensión del dictado de una sentencia condenatoria previa a la celebración del juicio oral no podrá ser atendida. A su vez, es un acto de causación en la medida en la que el acusado efectúa una manifestación de voluntad de renunciar al ejercicio de derechos fundamentales procesales. Ahora bien, la producción de efectos jurídicos de esa renuncia esté condicionada a la estimación de la petición de condena. Para un análisis sintético de la teoría de los actos procesales de GOLDSCHMIDT, véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, 1974, pp. 53 ss.

el órgano jurisdiccional deberá controlar el cumplimiento de los requisitos y presupuestos de validez del acto.

a. *La renuncia al ejercicio de derechos fundamentales de los acusados especialmente vulnerables*

El acto de la conformidad constituye una manifestación de voluntad de renunciar al ejercicio de derechos fundamentales procesales. Los derechos fundamentales a cuyo ejercicio se renuncia son:

- El derecho a la presunción de inocencia⁵² en tanto en cuanto la sentencia condenatoria no se fundará en la existencia de una mínima actividad probatoria, objetivamente incriminatoria, suficiente, lícita y cuya valoración sea motivada racionalmente y de forma lógica en sentencia. En efecto, quien se conforma pretende la asunción de la consecuencia jurídica punitiva sin que se practique prueba de ninguna clase⁵³. En ningún caso puede considerarse prueba la declaración de voluntad efectuada en la propia conformidad, puesto que ésta no reviste, al menos en nuestro ordenamiento, una de las garantías esenciales que debe revestir cualquier prueba para enervar la presunción de inocencia, la de contradicción⁵⁴. La conformidad no es una declaración de conocimiento que dé un material bruto que será valorado por el Juez o Tribunal.
- El derecho a un juicio público con todas las garantías, en la medida en que, sencillamente, se renuncia a la celebración del juicio oral, momento esencial de nuestro proceso penal, al menos desde 1882.
- El derecho de defensa, esto es, a la «posibilidad de participar en el proceso, alegar y proponer prueba en situación de igualdad procesal en defensa de sus intereses»⁵⁵, consustancial a la renuncia a un juicio público con todas las garantías. Si renuncia a la celebración del juicio oral, renuncia al ejercicio de todas las posibilidades defensivas que ahí se encuentran garantizadas.
- El derecho a la doble instancia en materia penal (art. 2 del Protocolo núm. 7 del CEDH). En efecto, la sentencia condenatoria de conformidad sólo podrá ser impugnada por dos motivos, y ninguno guarda relación con la declaración de culpabilidad, a saber, el dictado de una sentencia que se aparte de los términos de la conformidad y la ausencia de los requisitos esenciales de validez del acto o control judicial al respecto. El apartado segundo del art. 2 Protocolo núm. 7 al CEDH especifica que las excepciones al derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior son las siguientes: sentencias condenatorias

⁵² MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 8^a ed., 2017, p. 397.

⁵³ No podemos más que suscribir las palabras de DE LA OLIVA SANTOS/ARAGONESES MARTÍNEZ/HINOJOSA SEGOVIA/MUERZA ESPARZA/TOMÉ GARCÍA, *Derecho procesal penal*, 6^a ed., 2003, p. 37, sobre el encaje de la conformidad en los principios ideológicos que supuestamente inspiran nuestro proceso penal o que, al menos, deberían inspirarlos: «Como regla, dictar sentencia condenatoria porque el imputado o acusado se aviene a ello, prescindiendo de determinar su real participación y su responsabilidad respecto de una conducta penalmente tipificada, es algo en absoluto conforme a lo que suele admitirse como núcleo ideológico más esencial y básico del Derecho penal. Se trata, por el contrario, de algo que más bien repugna al conjunto de las ideas claves que configuran una respuesta racional a la criminalidad (y parece poco acorde, por lo demás, con la constitucional presunción de inocencia)».

⁵⁴ VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución en el proceso penal español*, 1992, p. 130.

⁵⁵ STC (Pleno) 155/2019, de 28 de noviembre (BOE núm. 5, de 6 de enero de 2020). Para un examen pormenorizado del contenido del derecho de defensa, sus garantías y su relación con acusados especialmente vulnerables por razón de una discapacidad o enfermedad mental, véase, GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, «Exigencias del derecho de defensa de los investigados/acusados con problemas de salud mental en el proceso penal», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal*, 2017, pp. 253 ss.

por infracciones penales de menor gravedad, cuando la condena de primera instancia haya sido dictada por el Tribunal Supremo o cuando la declaración de culpabilidad sea el producto de un recurso contra la absolución del acusado. La restricción del derecho a la doble instancia en el caso de las conformidades no se sitúa en ninguno de estos supuestos.

Dicho lo cual, se ha de examinar si, para resultar válida, la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales debe revestir una serie de condiciones necesarias que habrán de verificarse. En este sentido, SCHUMANN BARRAGÁN explica que estas renuncias, que no son más que «autolimitaciones» en el ejercicio de un derecho, y nunca la renuncia del derecho en sí, que es indisponible, deben ser el producto de una autonomía de la voluntad material y su validez dependerá, igualmente, del grado e intensidad de afectación de la dignidad del sujeto que se autolimita⁵⁶. Es decir, el acto o negocio jurídico de renuncia al ejercicio de un derecho fundamental deberá realizarse con una libertad y un conocimiento reforzado: se podrá presumir la concurrencia de una libertad material o reforzada cuando se verifique la existencia de dos o más alternativas razonables y se constate la ausencia de vicios de debilidad⁵⁷. Igualmente, el conocimiento reforzado «podrá presumirse cuando el consentimiento se manifieste de una forma que permita entender que las partes se han representado mentalmente el objeto del negocio y que han comprendido sus consecuencias jurídicas»⁵⁸. La renuncia al derecho fundamental deberá ser, además, proporcional y adecuada al beneficio que se pretende obtener a través de ella⁵⁹.

b. *El conocimiento de las alternativas razonables por el acusado con DI*

La existencia de alternativas razonables en el ámbito de la conformidad ha sido desarrollada con acierto por BACHMAIER WINTER. Más allá de la coerción directa a través de la intimidación o la violencia, que poco comentario o discusión merece, las conformidades pueden devenir coercitivas cuando éstas se enmarquen en sistemas de justicia en el que no existen expectativas razonables de obtener una sentencia absolutoria. Es decir, cuando no existe un proceso con las debidas garantías, cuando las absoluciones son prácticamente inexistentes, porque no se tenga a disposición una defensa letrada adecuada, porque las acusaciones oculten pruebas o indicios de descargo...⁶⁰: «Si la negativa frente a la misma implica alterar los términos del combate judicial -mediante *overcharging*, mediante costes excesivos, etc.-, el individuo se ve compelido a aceptar el acuerdo: la oferta es justa (no coercitiva), la renuncia al proceso no (por ser fruto de la coerción)»⁶¹. No hay duda de que en nuestro país éste no es un problema que desmerezca las conformidades en su núcleo esencial, pero en lo que nos ocupa debemos introducir una nueva dimensión del problema: el conocimiento reforzado debe recaer también sobre la representación de la existencia de esa alternativa razonable. Aquí es donde las conformidades comienzan a devenir problemáticas en el marco de los acusados especialmente vulnerables, notablemente las personas con DI. ¿Cómo asegurar que la persona con discapacidad es consciente de que existe una alternativa a la prestación de la conformidad? ¿Es consciente de lo que significa en toda su extensión un juicio público con todas las garantías? ¿Es consciente, aun de forma mínima, de las

⁵⁶ SCHUMANN BARRAGÁN, *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, 2022, pp. 122-123.

⁵⁷ SCHUMANN BARRAGÁN, *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad*, 2022, p. 130.

⁵⁸ SCHUMANN BARRAGÁN, *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad*, 2022, p. 130.

⁵⁹ SCHUMANN BARRAGÁN, *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad*, 2022, p. 139.

⁶⁰ BACHMAIER WINTER, «Justicia negociada y coerción. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos», *Revista General de Derecho Procesal*, (48), 2018, pp. 26-27.

⁶¹ BACHMAIER WINTER, *Revista General de Derecho Procesal*, (48), 2018, p. 27.

implicaciones del derecho a la presunción de inocencia en su vertiente como regla de juicio? ¿Es consciente de los riesgos y beneficios de celebrar el juicio? En caso de no serlo, la alternativa razonable existe en su dimensión objetiva, pero no en su dimensión subjetiva, por lo que la voluntariedad de la decisión de conformarse parece, cuanto menos, resquebrajarse.

Proponemos, sin pretensión de exhaustividad ni de cerrar el debate, los siguientes indicios para valorar la falta de conocimiento de las alternativas razonables:

- El acusado no es capaz de distinguir entre la fase de instrucción y la fase de juicio oral. Es decir, el acusado piensa que la actividad probatoria incriminatoria ya ha sido llevada a cabo o no es capaz de entender y explicar la finalidad del juicio oral.
- El acusado cree que se exige de él una asunción de la culpabilidad por el mero hecho de verse inmerso en un proceso penal o cree que la conformidad no es potestativa, sino que es obligatoria.
- El acusado cree que ya ha sido declarado culpable por encontrarse en prisión provisional o por haber confesado los hechos en fase de instrucción.
- El acusado no es consciente de que tras la celebración del juicio puede resultar absuelto o su responsabilidad verse atenuada.

En suma, cualquier situación fáctica que determine en la conciencia del investigado que el resultado del proceso no está abierto y le conduzca a contemplar la conformidad como una necesidad y no una facultad potestativa debe ser interpretada como un indicio de la falta de representación de las alternativas razonables. ¿Cómo puede sostenerse que actúa con libertad quien cree, erróneamente sin duda, que la opción elegida es la única disponible?

c. *Los vicios de debilidad producto de la concreta discapacidad padecida y el riesgo de «influencias indebidas»*

Los vicios de debilidad son circunstancias de sumisión económica, fáctica o jurídica de una parte respecto de la otra⁶², cuya existencia permiten presumir la falta de libertad material en la renuncia al ejercicio de un derecho fundamental, puesto que la decisión tiene como fundamento la asimetría de poder.

Todo acusado es un sujeto «débil» en el marco de un proceso penal como sujeto vulnerable y expuesto a los excesos del *ius puniendi*. No obstante, esa posición de debilidad constitutiva se encuentra compensada por un entramado de garantías destinadas a contener y limitar las interferencias desproporcionadas de los poderes públicos⁶³. Ahora bien, los acusados con DI adolecen de un vicio de debilidad fáctico añadido por razón de su condición. Las personas con DI son más susceptibles a la deseabilidad social por lo que pueden ser más aquiescentes a las propuestas que se le formulen o a la hora de contestar preguntas⁶⁴, tienen un deseo

⁶² SCHUMANN BARRAGÁN, *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad*, 2022, p. 131.

⁶³ Para una teoría desarrollada del garantismo penal (sustantivo y procesal) como «ley del más débil», véase FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 10^a ed., 2011; FERRAJOLI, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, 2018; IPPOLITO, *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, 2018.

⁶⁴ RECIO ZAPATA/ALEMANY CARRASCO/MANZANERO PUEBLA, «La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual», *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, (43-243), 2012, pp. 54-68.

anormalmente fuerte de agradar a figuras de autoridad⁶⁵ y existe un mayor riesgo de que presten confesiones falsas, al ser personas más susceptibles de sentirse coaccionadas y de ser sugestionadas⁶⁶. El acusado con DI es fácilmente manipulable y dispone de menos herramientas para orientar su propia estrategia de defensa. De hecho, es interesante traer a colación los indicios identificados por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América para apreciar la falta de voluntariedad en la confesión prestada por un acusado: la edad del acusado, la discapacidad intelectual y la ausencia de asesoramiento sobre sus derechos fundamentales⁶⁷. En *Atkins v. Arizona*, identificó, además, tres causas que agravan el riesgo de que una persona con discapacidad intelectual sea condenada injustamente a pesar de ser inocente: el riesgo de que preste una confesión falsa, las dificultades comunicativas con su defensa letrada y un comportamiento inapropiado en juicio⁶⁸. La discapacidad intelectual es, sin duda, un factor de riesgo debido a los vicios de debilidad que acarrea. ¿Quiere ello decir que no podrá renunciar al ejercicio de un derecho fundamental ni, por tanto, conformarse? No, pero habrá de verificarse que estos factores de riesgo no han sido determinantes en su voluntad.

Particularmente interesante es el riesgo generado por la comunicación con su abogado (recordemos que es uno de los garantes legalmente previstos para que su conformidad sea libre e informada). A este respecto, BLUME, JOHNSON y MILLOR advierten de lo siguiente:

«Most individuals with mental retardation deny their disability and hide behind what has been called a “cloak of competence”. The “cloak of competence” is a defense mechanism often deliberately employed to prevent exposure of a perceivably shameful condition, though sometimes resulting from limited awareness of the extent of the disability. Except where there are physical manifestations of mental retardation, as in persons with Down syndrome, the lawyer may not be aware of the extent of the disability. If the client is defensive about his disability, the lawyer may think that his client is just being uncooperative. This information gap is obviously detrimental to building an appropriate defense, as well as preparing for trial. Unfortunately, even if counsel knows of the client’s intellectual disability, he may lack the experience necessary to understand his client’s cognitive limitations and to know how to best communicate with his client»⁶⁹.

El abogado defensor es el principal apoyo para la persona con DI a fin de que ésta tome autónomamente la decisión de conformarse. Para ello es fundamental que exista un canal comunicativo seguro y fiable entre ellos construido sobre las necesidades específicas e identificadas del cliente. De no establecerse, aquellos acusados que necesitan apoyos son susceptibles de ser de ser afectados por «influencias indebidas» de su letrado (voluntarias o involuntarias) o de otros sujetos que le lleven a tomar una decisión cuya libertad no resulte del todo clara. En este sentido es positivo que el Proyecto de Ley de eficiencia procesal prevea la

⁶⁵ BLUME/JOHNSON/MILLOR, «Convicting Lennie: Mental Retardation, Wrongful Convictions, and the Right to a Fair Trial», *Cornell Law Faculty Publications*, (56-3), 2012, p. 954.

⁶⁶ GARRET, «The Substance of False Confessions», *Stanford Law Review*, (62-4), 2010, p. 1064. Salvando las distancias entre culturas y sistemas jurídico-penales, GARRET llevó a cabo un análisis en EE.UU. de 40 casos de condenas injustas a inocentes fundadas en la confesión de los hechos por parte el acusado. En el 43% de los casos examinados quienes confesaban falsamente padecían una enfermedad mental o una discapacidad intelectual leve, moderada o grave.

⁶⁷ GARRET, *Stanford Law Review*, (62-4), 2010, pp. 1094-1095.

⁶⁸ BLUME/JOHNSON/MILLOR, *Cornell Law Faculty Publications*, (56-3), 2012, p. 951.

⁶⁹ BLUME/JOHNSON/MILLOR, *Cornell Law Faculty Publications*, (56-3), 2012, p. 955.

obligación del letrado de informar por escrito a su cliente del acuerdo alcanzado como garantía añadida a que la comunicación con el cliente sea correcta y exhaustiva⁷⁰.

El concepto de «influencias indebidas» puede ser definido como aquellas presiones no coactivas ni intimidatorias sufridas por sujetos con DI destinadas a conminarle a tomar una decisión en detrimento de sus intereses, sus deseos o preferencias, por la vía de la manipulación, la explotación de sus facultades intelectivas disminuidas, el miedo o el engaño. En suma, éstas se sitúan en la frontera entre la necesidad de apoyos para la toma de decisiones y la coacción o la intimidación. El CRPD recuerda que,

«aunque todas las personas pueden ser objeto de “influencia indebida”, este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. (...) Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias, incluido el derecho a asumir riesgos y cometer errores»⁷¹.

La existencia de influencias indebidas debe crear una presunción de falta de libertad reforzada para prestar válidamente el acto de la conformidad, al ser la manifestación concreta de un vicio de debilidad que no ha sido superado. ¿Cuáles son los indicios de la existencia de una influencia indebida a la hora de prestar una conformidad? Proponemos, nuevamente, el siguiente listado no exhaustivo:

- La ausencia de un beneficio para la persona que presta su conformidad renunciando a un juicio público con todas las garantías, a su derecho de defensa y al derecho a la presunción de inocencia. A este respecto, éstos serían los siguientes beneficios genéricos que obtendría el acusado al prestar su conformidad: (i) se obtiene certeza sobre el resultado del proceso, aminorando la incertidumbre causada por la práctica de la prueba y los posibles cambios de calificación en las conclusiones definitivas, (ii) evitar el carácter infamante propio de todo juicio (pena de banquillo), (iii) se puede lograr una pena inferior a la que se habría obtenido en juicio. Para valorar la ausencia de beneficios en esta materia, el criterio fundamental es el penológico: si la pena concreta solicitada y conformada es la máxima respecto del rango en abstracto aplicable, no parece que de la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales se esté extrayendo un beneficio.
- La falta de conocimiento de los riesgos o beneficios derivados de celebrar el juicio oral. Esto se concreta en el desconocimiento del contenido de las actuaciones, de los medios de prueba propuestos por la acusación y demás aspectos que conforman el acervo de elementos que permiten al acusado realizar un pronóstico de prosperabilidad de la acción penal.
- La existencia de un conflicto de intereses entre la defensa letrada y el acusado.
- La falta de pericia jurídico-penal del letrado del acusado. Hay que presumir que, en cumplimiento de sus obligaciones deontológicas, el abogado defensor de libre designación rechazaría cualquier encargo para el que no se encuentre debidamente preparado técnico-jurídicamente y que todos los abogados adscritos al turno de oficio poseen un mínimo de

⁷⁰ BANACLOCHE PALAO, *Diario La Ley*, (10103), 2022, p. 10, advierte de que sería conveniente que el legislador concrete más el contenido de esa información. Creemos que las consideraciones efectuadas en este artículo sobre el contenido del control judicial pueden hacerse extensivas al contenido de esa información.

⁷¹ CRPD, *Observación General* núm. 1, 2014, §22.

conocimientos. Sin embargo, lo cierto es que cualquier persona con un mínimo de experiencia en la práctica de los tribunales habrá podido constatar que existen abogados en ejercicio con un insuficiente nivel de preparación y experiencia en el orden penal que asumen la defensa de encausados y que, por lo tanto, ofrecen una defensa ineficaz a sus defendidos. Teniendo en cuenta que el sujeto con DI puede tener más dificultades en identificar esa impericia, también es más susceptible de adoptar una decisión sin una correcta ponderación de los riesgos y beneficios que debe llevar a cabo su abogado a la hora de asesorarle en la decisión de ratificarse en la conformidad.

— La presión de coacusados a fin de obtener la unanimidad necesaria para poder dictar una sentencia de conformidad para vencer las reticencias del acusado. Esa presión puede convertirse en intimidatoria si se amenaza con realizar declaraciones heteroincriminatorias, dirigidas a poner el foco de la responsabilidad en el acusado que no quiso conformarse.

Más allá de estos ejemplos, debemos profundizar en otro momento en el que se pueden producir estas influencias indebidas: la negociación previa.

La conformidad no debe confundirse ni con el allanamiento ni con la transacción, a pesar de las grandes y aparentes similitudes que superficialmente presentan: el acusado no tiene poder de disposición sobre el objeto del proceso ni sobre el *ius puniendi* estatal⁷², sin perjuicio de que el actual régimen de la conformidad sea una manifestación del principio de oportunidad y del llamado principio de consenso, introducidos en nuestro proceso penal a partir de la Ley Orgánica de 28 de diciembre de 1988⁷³. La conformidad no es un contrato, sino un acto unilateral del acusado de renuncia al ejercicio de derechos fundamentales y de asunción de las consecuencias jurídicas de una sentencia condenatoria. Los términos de la conformidad podrán haberse alcanzado mediante arduas negociaciones previas entre las acusaciones y la defensa, ya sea en las puertas del juzgado en los momentos inmediatamente anteriores a la celebración del juicio oral o con semanas de preparación siguiendo los llamados protocolos de conformidades, pero el pacto, en ningún caso, genera una obligación (a saber, su ratificación en sede judicial) que el acusado deba respetar. El acto de la conformidad acontece en el momento de su ratificación ante el órgano jurisdiccional, siendo la voluntad prevista de conformarse del acusado libremente revocable hasta ese momento.

Ahora bien, el transcurso de la negociación y las condiciones en las que se efectúa pueden tener un impacto directo en la libertad de decidir. ¿Hasta qué punto la actitud de la acusación durante la negociación puede erigirse en una «influencia indebida» para el acusado con DI que ponga en entredicho la voluntariedad de su conformidad? Esta pregunta es esencial, pues las acusaciones parten de una posición de poder asimétrica, pero no es de fácil resolución: en último término, todas las negociaciones pasarán el filtro del letrado de la defensa, primera garantía de que las conformidades no sean coercitivas. Sin embargo, creemos que sí hay un supuesto de riesgo claro. La presentación de escritos de acusación o conclusiones provisionales con pretensiones punitivas draconianas y desproporcionadas respecto de los hechos por los que se acusa pueden interpretarse, en nuestra opinión, como indicio de que se formulan con el objetivo de obtener

⁷² DE LA OLIVA SANTOS/ARAGONESES MARTÍNEZ/HINOJOSA SEGOVIA/MUERZA ESPARZA/TOMÉ GARCÍA, *Derecho procesal penal*, 6^a ed., 2003, pp. 36-37; AGUILERA MORALES, *El “principio de consenso”*, 1998, pp. 264-266.

⁷³ ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal penal*, 7^a ed., 2013, pp. 218-220; DE LA OLIVA SANTOS, «Voto particular al informe sobre el anteproyecto código penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial», *Cuadernos de política criminal*, (48), 1992, p. 761.

una conformidad por la vía de aumentar los riesgos de celebrar el juicio para el acusado, si después se ofrece un pacto para calificar los hechos proporcionalmente. No se trata de una práctica coactiva ni intimidatoria en sentido estricto, pero sí que puede constituir una influencia indebida, además de una forma de mala fe procesal. No se puede considerar la voluntad de conformarse del acusado materialmente libre si los riesgos a los que se expone son desproporcionados respecto de los que una acusación de buena fe le habría expuesto a asumir.

Es decir, mientras que la insuficiente voluntariedad reforzada de la decisión puede traer su origen en influencias indebidas del letrado defensor por su impericia y/o falta de apoyo suficiente para contemplar racionalmente todas las posibilidades, así como por un conflicto de intereses, las influencias indebidas pueden ser ejercidas por las acusaciones a través de la presión excesiva y la creación de un horizonte de riesgos desproporcionado para el acusado.

d. El objeto de la conformidad y el problema del conocimiento reforzado

Hechas las anteriores consideraciones sobre la libertad reforzada exigida para prestar válidamente la conformidad, hemos de pasar al análisis del otro requisito íntimamente entrelazado: el conocimiento de las consecuencias jurídicas y el objeto del acto jurídico.

Debemos partir de las siguientes premisas: la conformidad prestada no supone un reconocimiento de la culpabilidad, sino simplemente una asunción de las consecuencias jurídicas previstas para tal culpabilidad⁷⁴. En efecto, la función jurisdiccional es una función eminentemente cognoscitiva en el orden penal: el órgano jurisdiccional deberá establecer la verdad de los hechos, una verdad racional y modesta, fundada en las pruebas practicadas con todas las garantías y con inmediación -garantías destinadas a legitimar la racionalidad de las inferencias fácticas- y conforme a un sistema valorativo normativamente diseñado. Una vez establecido el relato fáctico, deberá hacer un juicio de subsunción -igualmente cognoscitivo- de los hechos bajo la norma y valorar la concurrencia de todas las categorías del delito necesarias para imponer la consecuencia jurídica legalmente prevista⁷⁵. La culpabilidad no es algo que se sea susceptible de reconocimiento, pues se trata de un concepto jurídico que sólo el órgano jurisdiccional puede valorar. Un acusado puede reconocer hechos, pero ese reconocimiento tendrá el tratamiento de una prueba más, sin que se le pueda otorgar un mayor valor probatorio. Sin embargo, el relato de hechos probados incluido en la sentencia de conformidad no es producto de la función cognoscitiva del órgano jurisdiccional y sólo puede tener el valor de una ficción más o menos alejada de la realidad que, en ningún caso, supone que el acusado reconozca ni para sí mismo, ni *erga omnes*, su responsabilidad en los hechos. Una condena sin juicio supone la imposición de la pena sin un auténtico juicio de culpabilidad. Esto tiene un efecto directo en el contenido del conocimiento reforzado que es exigible para cualquier tipo de acusado.

⁷⁴ Compartimos en este sentido la opinión de LASCURAÍN SÁNCHEZ y GASCÓN INCHAUSTI: «Debe trasladarse a la sociedad que las sentencias de conformidad son sentencias en que se ha llegado a la declaración formal de culpabilidad por cauces distintos a la convicción judicial y a las pruebas practicadas en un juicio con plenas garantías, y que ello, reiteramos, no supone una desvirtuación más sólida sino precisamente menos sólida de la presunción de inocencia» (*InDret*, (3), 2018, p. 24). NIEVA FENOLL, *Derecho procesal III. Proceso penal*, 2017, p. 327, también comparte la tesis de que la conformidad sólo se refiere a la pena y que, en ningún caso, constituye una declaración de culpabilidad: «Hay que repetir una vez más que la “culpabilidad” no es algo que esté en manos del reo reconocer, con efectos vinculantes para los jueces».

⁷⁵ Para una teoría integral del cognoscitivismo judicial desde un paradigma garantista, véase FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 10^a ed., 2011, pp. 33-70.

Por un lado, el sujeto deberá conocer el objeto del acto procesal que realizará. Evidentemente no es exigible un conocimiento técnico-jurídico, pero sí una idea clara y distinta de aquello que asume y aquello a lo que renuncia. Por tanto, ese conocimiento debe recaer sobre:

- El contenido íntegro de las penas que se impondrán y su extensión (no sólo la privativa de libertad, sino cualquier otra pena, ya sea accesoria o principal, que se le pudiera imponer). Igualmente, deberá conocer si se está conformando con la responsabilidad civil *ex delicto* y la prestación a la que se obliga.
- La renuncia a la celebración del juicio oral, a que se declare su culpabilidad tras la práctica de la prueba y la valoración del juez, a la posibilidad de resultar absuelto o que la pena impuesta sea inferior a la conformada y a la imposibilidad de impugnar la declaración de culpabilidad recogida en la sentencia de conformidad. En suma, la renuncia a defenderse.

Si el acusado no se representa la integridad de estos extremos, no es posible afirmar que se represente adecuadamente el objeto del acto jurídico que realiza.

Por otro lado, la ley exige un conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto. Dentro de estas, además del contenido anteriormente descrito, creemos que es exigible que el acusado sea consciente de los siguientes particulares:

- Deberá conocer la posibilidad o imposibilidad de suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad, en atención a los requisitos previstos en los artículos 80 y siguientes del Código Penal y del artículo 89. No se puede afirmar, por ejemplo, que existe un conocimiento reforzado cuando quien se conforma lo hace en la creencia de que evitará su ingreso en prisión, sin saber el carácter potestativo de la suspensión o la imposibilidad de acogerse a ninguno de los supuestos previstos en la ley. Es decir, el acusado debe estar en posesión de un horizonte racional de expectativas derivadas de la imposición de una pena privativa de libertad.
- Deberá conocer el significado y alcance de las penas privativas de derechos que pudieran imponerse. Si se conforma, por ejemplo, a una pena de inhabilitación especial para el desempeño de oficio o cargo, deberá ser consciente del impacto que pueda tener sobre su actividad profesional.
- Deberá conocer las consecuencias del impago voluntario de la pena de multa a la que pudiera conformarse.
- También deberá saber que, al dictarse sentencia de conformidad, se podría proceder al decomiso de sus bienes, si así se solicitaba en el escrito de acusación.
- Creemos necesario que se informe de las posibles «externalidades negativas» de una condena penal, cuando sean consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, pero no por el Derecho penal sustantivo. Por ejemplo, si el acusado es un ciudadano extracomunitario, deberá ser consciente de que, conforme al artículo 57 de la Ley Orgánica de Extranjería, la condena a una pena privativa de libertad superior a un año constituye una causa de expulsión del territorio nacional.

En el caso del acusado con una discapacidad intelectual, ¿debería existir algún tipo de especialidad? Sin duda, se parte de la base de que resultará más difícil para esta clase de acusados

comprender y asimilar la integridad de estos datos, por lo que el abogado defensor deberá ser muy cuidadoso a la hora de asegurarse de que los entiende. Pero ¿debe verificarse si entiende el sentido de la pena? Si se puede presumir que un adulto de la población general cuando entiende el significado de la pena, es decir, qué derechos le serán privados, entiende igualmente su sentido, su función preventivo-especial y resocializadora, no es este el caso de un acusado con DI. No obstante, no existe base legal suficiente para interpretar que el conocimiento deba referirse a ese aspecto también. Es más, el legislador penal ha otorgado competencia para la evaluación del entendimiento del sentido de la pena al Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 60 CP), por lo que parece que ha querido diferir esa eventualidad a un momento posterior. Al respecto del conocimiento informado de las consecuencias jurídicas de sus actos, entendemos que no hay especialidades, más allá de las que deberán producirse en el momento del control judicial.

e. *Otras consideraciones de interés sobre las conformidades de personas con DI*

La conformidad es un acto procesal oral, sin perjuicio de que pueda anunciarse por escrito a través de los escritos de conclusiones de la defensa o el escrito de acusación firmado conjuntamente por la defensa y la acusación. Al ser un acto oral, deberá hacerse con la inmediación del órgano jurisdiccional. Es necesario remarcarlo a fin de evitar posibles suplantaciones de la inmediación por figuras como el facilitador en el caso de que se alcance una conformidad por una persona con DI. Creemos conveniente advertir del riesgo de que, con el pretexto de la impericia del órgano jurisdiccional, se delegue de forma ilegal en el facilitador la ratificación de la conformidad, argumentando que es el sujeto mejor situado para entender y hacer entender el contenido del acto al acusado con DI. En todo caso, el carácter oral del acto no impide que el sujeto con una discapacidad que le prive de la facultad de habla no pueda mostrar su conformidad mediante lenguaje de signos o, incluso, por escrito, al amparo de las previsiones del artículo 7 bis LEC.

Además, la conformidad es un acto procesal unilateral y personalísimo, por lo que no cabe representación sustitutiva de la voluntad ni que sea un sujeto distinto del propio acusado el que emita su declaración de voluntad. Este carácter proscribe la posibilidad de que se prescinda de la ratificación personal del acusado con DI que precise de apoyos comunicativos o que se delegue en un tercero (sea quien sea respecto de la persona con discapacidad) esa declaración de voluntad. La conformidad sólo podrá surtir efectos jurídicos si es el acusado con discapacidad el que, por sí mismo (sin perjuicio de que pueda precisar apoyos), realice la declaración.

3.2. El control judicial de la autonomía de la voluntad material de las conformidades prestadas por acusados con DI

a. *Planteamiento del problema*

En el apartado anterior se ha profundizado en la reflexión acerca de las condiciones de validez de la prestación de conformidad por un acusado con DI (que bien podrían hacerse extensibles a otra clase de acusados especialmente vulnerables) y que obligan a un examen atento de su concurrencia, o no, a fin de valorar, conforme a lo previsto por la ley, si ha prestado un consentimiento libre e informado.

Debemos partir de que el control judicial, previsto explícitamente en el artículo 782.2 *in fine* de la LECrim, es manifiestamente insatisfactorio en la práctica forense de nuestro país. Cualquier

persona que haya acudido a una «vista de conformidad» podrá apreciar que ese control es meramente rituaria y formal. Bien es cierto que lo normal es que las conformidades se presten de forma libre y con conocimiento, puesto que el acusado viene asesorado por su letrado que, además, deberá mostrar su opinión respecto de la conformidad. No obstante, estamos ante un acto procesal que determinará la condena y la imposición de una o varias penas a un sujeto que está renunciando al ejercicio de derechos fundamentales de primer orden en el proceso penal. El acto reviste la suficiente importancia como para que, en la generalidad de los casos, se adopten las garantías suficientes y necesarias que merece. Máxime cuando el acusado padece una DI (o una enfermedad mental o cualquier otro factor de vulnerabilidad y vicio de debilidad). A pesar de las tendencias legislativas, la Justicia penal no puede reducirse a una cadena de montaje de condenas rápidas sin juicio. Si la Justicia penal negociada pretende consolidarse por completo y de forma más o menos legítima, el órgano jurisdiccional no puede ser una suerte de burócrata sancionador de acuerdos sobre los que efectúa un mero control agilísimo de apariencia de validez.

Si, al menos bajo nuestro criterio, el control no puede ser el expeditivo al que estamos acostumbrados, ni tan siquiera para los acusados adultos de la población general, hemos de proponer un modelo de control⁷⁶. Este modelo debe regirse por dos principios, uno que le sirve de legitimación y otro que le sirve de límite. El primero es que el órgano jurisdiccional es una segunda garantía y debe ser consciente de las importantísimas dificultades de impugnar una sentencia de conformidad, ya sea por la complejidad que entraña a nivel probatorio o por el deficiente diseño legislativo de los medios impugnatorios contra las sentencias de conformidad. El Juez o Tribunal debe asegurarse de no dar carta de naturaleza a una forma de condena indeseada por el ordenamiento jurídico. El segundo principio es que el órgano jurisdiccional no puede interferir activamente en la decisión del acusado, so pena de comprometer su imparcialidad. No puede asistir al acusado a la hora de determinar cuál es la solución «más adecuada», ni cominarle a que se conforme o no se conforme. Esa es función del abogado de la defensa. Sin embargo, en el caso de los acusados especialmente vulnerables, como los que padecen una DI, el modelo de control judicial debe introducir un tercer principio, la presunción de vulnerabilidad y la atención especializada⁷⁷, que, con la asistencia del artículo 7 bis LEC, se traduce en llevar a cabo las adaptaciones y ajustes necesarios para que el control sea efectivo, en función de las particularidades y circunstancias del acusado.

b. El paradigma del juicio notarial de capacidad de las personas: ¿un modelo posible?

La forma en la que haya de desarrollarse concretamente ese control judicial del consentimiento libre e informado no viene expresamente prevista en la ley. No obstante, existe un colectivo de profesionales que viene realizando un juicio de estas características en su día a día: los notarios. ¿Es el juicio notarial de capacidad un buen modelo que podría importar la jurisdicción?

⁷⁶ El modelo de control propuesto aquí tiene su encaje en la legalidad vigente. En el improbable caso de que entrase en vigor el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ha previsto una suerte de control preventivo a través del incidente para la adopción de medidas del artículo 72. A través de este control jurisdiccional de la afectación de la discapacidad en la comprensión del proceso, el juez o tribunal competente puede decidir excluir la posibilidad de que se dicte sentencia de conformidad.

⁷⁷ Deducimos este principio del artículo 49 de la Constitución y de la Recomendación de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales de la Comisión Europea.

El artículo 17 *bis* 2 a) de la Ley del Notariado impone al notario un triple juicio de discernimiento, de intención y de libertad⁷⁸:

- El juicio de discernimiento no consiste en un juicio sobre las capacidades intelectuales genéricas del otorgante ni un examen médico de su condición, sino un juicio concreto de su capacidad para entender el contenido y las consecuencias del acto o negocio jurídico que celebre⁷⁹.
- El juicio de intención requiere cerciorarse de que, además de comprender el acto o negocio jurídico, el compareciente quiere realizarlo⁸⁰.
- El juicio de libertad debe verificar que no concurren fraude, dolo, conflicto de intereses, influencia indebida, amenaza o intimidación que puedan viciar su voluntad⁸¹.

Este triple juicio es un buen marco para comenzar a desarrollar el contenido del control judicial de las conformidades e indica un horizonte de preguntas pertinentes para verificar la capacidad de ese sujeto. A su vez, es importante destacar lo que recuerda MARTÍNEZ DÍE: «Al Derecho no le interesa la diagnosis, prognosis ni el tratamiento de las deficiencias que generan una discapacidad, importándole únicamente averiguar en qué medida quedan restringidas las aptitudes cognoscitivas y volitivas del sujeto»⁸². Por ello, ni el notario, ni el órgano jurisdiccional en el caso que nos ocupa, están sujetos a ninguna clase de diagnóstico médico, sino sólo al juicio de capacidad *hic et nunc*.

El juicio notarial debe sujetarse a tres principios fundamentales que deberían estar presentes en el juicio jurisdiccional de capacidad: el principio de inmediación, el principio de investigación y el principio de responsabilidad personal⁸³. Es decir, el notario deberá examinar por sí mismo al sujeto y decidir bajo su única responsabilidad si éste posee la capacidad adecuada o no para realizar el acto o negocio jurídico en cuestión. El órgano jurisdiccional debe sujetarse a los mismos principios: la ratificación de la conformidad deberá hacerse con la presencia física del acusado, el Juez o Tribunal deberán haber llevado a cabo las indagaciones estrictamente necesarias para verificar que el sujeto puede prestar válidamente su conformidad y no podrán delegar en un tercero (v.g. un facilitador) el juicio sobre su capacidad para prestar conformidad o no.

No obstante, si el triple juicio haciendo uso de los tres principios anteriores no plantea mayor dificultad, sí que hay una cuestión fundamental que debe ser discutida relativo al nivel de proactividad del notario exigido por la ley en la formación de la voluntad, deseos o preferencias del sujeto con DI. A este respecto, la Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado recuerda que «el notario deberá ayudar a que pueda expresar su voluntad, deseos o preferencias (...) [suponiendo] la involucración del notario, que no es ni puede

⁷⁸ LECIÑENA IBARRA, *Revista de Derecho Civil*, (IX-1), 2022, p. 270.

⁷⁹ LECIÑENA IBARRA, *Revista de Derecho Civil*, (IX-1), 2022, p. 271.

⁸⁰ LECIÑENA IBARRA, *Revista de Derecho Civil*, (IX-1), 2022, p. 273.

⁸¹ LECIÑENA IBARRA, *Revista de Derecho Civil*, (IX-1), 2022, p. 273.

⁸² MARTÍNEZ DÍE, «El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa. Régimen jurídico y consecuencias», *La notaría*, (5), 2002, p. 69.

⁸³ MARTÍNEZ DÍE, *La notaría*, (5), 2002, p. 65.

ser un mero espectador» ¿Debe asumir ese mismo rol el órgano jurisdiccional? No es una cuestión sencilla de dirimir.

En primer lugar, el órgano jurisdiccional no debe influir ni pretender hacerlo en la decisión de conformarse o no, puesto que podría comprometer su imparcialidad (lo que resulta importante si al final el acusado no se conforma y el órgano debe enjuiciar). El control judicial no debe ser un diálogo con el acusado con DI sobre los beneficios o costes de la decisión, sobre la posibilidad o no de resultar absuelto, o un apoyo en el proceso de toma de decisión para la determinación de su voluntad. El operador jurídico llamado a realizar estas funciones es única y exclusivamente el abogado de la defensa. En segundo lugar, tampoco es tolerable una posición puramente pasiva, como «mero espectador», que da el visto bueno sin prevención ni garantía alguna a la ratificación del acusado en su conformidad: el artículo 7 bis LEC le obliga a realizar adaptaciones y ajustes procedimentales a fin de garantizar que la persona con discapacidad pueda prestar su conformidad en igualdad de condiciones con cualquier acusado de la población general. En tercer lugar, el artículo 787.4 LECrim prevé que «cuando el Juez o Tribunal albergue dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad, acordará la continuación del juicio». Por tanto, si el control judicial no puede transformarse en un apoyo para la toma de decisiones, deberá autolimitarse a una indagación sobre la libertad y el conocimiento informado de la conformidad, pero la norma no le obliga a alcanzar un estado de certeza sobre su concurrencia: si tiene dudas al respecto deberá continuar con el juicio. No obstante, tampoco puede prescindir de cierto rol activo pues, si debe presumir la vulnerabilidad del sujeto, pero no podrá discriminarse por ello, deberá asegurarse de que esa vulnerabilidad se aprecia indiciariamente en el momento concreto. Dicho de otro modo: en virtud del principio de presunción de vulnerabilidad, el órgano jurisdiccional debe situarse en origen en el estado de duda, pero si no realiza ninguna actuación tendente a averiguar si efectivamente esa presunción admite prueba en contrario, estaría, de facto, discriminando a un sujeto por razón de su discapacidad impidiéndole llevar a cabo un acto que el ordenamiento le confiere la facultad de realizar.

c. Propuesta de un modelo de control

Un modelo de control satisfactorio para la generalidad de los acusados debería estructurarse en torno a una presunción de conocimiento insuficiente de las consecuencias jurídicas de la conformidad y una presunción de libertad en la conformidad.

Sin perjuicio de que un buen letrado habrá informado de todos los extremos de la conformidad a su cliente, si el órgano jurisdiccional es una auténtica garantía, deberá asegurarse de que la información recibida por el acusado ha sido exhaustiva. En este sentido, el control debería iniciarse con una explicación en un lenguaje adecuado a la cultura aparente del acusado del objeto de su conformidad y de sus consecuencias jurídicas. En el apartado 3.1.d. hemos indicado aquello de lo que debe tener conciencia el acusado para entender que la conformidad ha sido prestada válidamente. Una vez expuesta la información, el órgano jurisdiccional debería preguntar al acusado si la ha entendido y ha sido informado de estos extremos anteriormente.

Una vez realizado el control informativo, y partiendo de la base de que no hay causas sistémicas de coerción en nuestro país y que la coacción o intimidación directa por parte de los operadores jurídicos también son muy excepcionales, el control de la libertad deberá realizarse brindando la oportunidad al acusado de que exponga cualquier causa que entienda que haya podido conminarle contra su voluntad a prestar su conformidad o que se ratifique en su voluntad de conformarse.

De las respuestas obtenidas por el acusado y de posibles datos periféricos como la propia conformidad alcanzada y/o los términos del escrito de acusación originario, podrá formarse un juicio de apariencia de voluntariedad y conocimiento de las consecuencias de la decisión y decidir si dictar la sentencia de conformidad o no.

En el caso de un acusado con DI, entendemos que este modelo deberá adaptarse a las necesidades de cada caso, y seguir las siguientes especialidades.

— El control informativo no debe basarse sólo en la exposición del objeto y las consecuencias de la conformidad, sino que deberá realizarse un juicio de discernimiento por la vía de verificar realmente si la persona con DI ha comprendido esa exposición.

— A diferencia del adulto de la población general, y al amparo de la presunción de vulnerabilidad, la libertad no deberá presumirse, sino que deberá realizarse un auténtico juicio de intenciones y un juicio de ausencia de coacciones, intimidaciones o influencias indebidas, mediante una exploración más detallada del acusado.

En primer lugar, el control informativo deberá adaptarse a las necesidades comunicativas específicas del acusado. En este sentido, acudir a un facilitador para que asesore al órgano jurisdiccional sobre, por ejemplo, las posibles adaptaciones del ritmo del acto procesal o del nivel de lenguaje que deba adoptar parece esencial. No obstante, una vez realizado el ejercicio informativo, y partiendo de la tendencia a la aquiescencia de las personas con DI, el órgano jurisdiccional no debería realizar una pregunta cerrada al acusado acerca de si ha entendido lo expuesto, sino que debería requerirle para que exponga por sí mismo el contenido de lo explicado. Si el sujeto no lograse parafrasear de forma adecuada y con sentido las consecuencias de su acto, el órgano jurisdiccional debería continuar con la celebración del juicio.

En caso de que el sujeto muestre capacidad de comprender el alcance de su voluntad (juicio de discernimiento), entonces el órgano deberá evaluar si realmente su intención es conformarse. Para ello deberá interrogar al acusado acerca de cuál es su deseo, si conformarse, continuar con el juicio o si le resulta indiferente -evidentemente de una forma adaptada y adecuada al sujeto que está presente-. Igualmente, el órgano jurisdiccional deberá cerciorarse de la conciencia de la existencia de alternativas razonables por parte del acusado. No olvidemos que se debe atender a la voluntad, los deseos y preferencias de la persona con DI y el juez no puede guiarse por un pretendido interés superior de la persona con discapacidad. Pero el órgano jurisdiccional deberá asegurarse de cuál es su verdadera voluntad. En caso de que no fuese conformarse, o resultase confusa, deberá continuar con la celebración del juicio oral.

Tras el juicio de intenciones, el Juez o Tribunal deberá preguntar acerca de los motivos que llevan al acusado con DI a conformarse, a fin de verificar si se ponen de manifiesto posibles intimidaciones, coacciones o influencias indebidas. Las posibles preguntas deben quedar al arbitrio del órgano jurisdiccional, pero deberán ajustarse al tipo de persona que tiene enfrente. Esta última distinción es puramente analítica en la medida en que forma parte del control de libertad. No obstante, es esencial cerciorarse primero si realmente existe la intención de conformarse y luego verificar si esa intención se encuentra viciada o no.

4. Tratamiento procesal de la conformidad prestada sin conocimiento o sin libertad reforzada

Queda, por último, abordar el estudio de tratamiento procesal que debe darse a las conformidades prestadas sin conocimiento o libertad reforzada. No se trata aquí de abordar el tratamiento procesal de las conformidades prestadas por sujetos que debieron ser considerados inimputables o semiimputables, cuestión abordada en el apartado 2.2.a. de este trabajo, sino las conformidades prestadas por quienes no prestaron la conformidad válidamente por las razones expuestas. En estas consideraciones prescindiremos del tratamiento procesal de la cuestión en el caso del Tribunal de Jurado, debido al carácter *sui generis* que presenta el instituto de la conformidad en ese procedimiento, que lo hace merecedor de un estudio autónomo.

4.1. Tratamiento procesal antes del dictado de la sentencia de conformidad

a. *De oficio*

Si tras el control judicial de la conformidad el órgano jurisdiccional presenta dudas o tiene la certeza de que no está siendo prestada con la debida libertad reforzada y/o con el debido conocimiento reforzado de las consecuencias jurídicas del acto, el órgano jurisdiccional deberá desatender la petición de dictar la sentencia de conformidad y ordenará la continuación del juicio oral.

Ahora bien, en el seno del procedimiento abreviado, ¿qué sucede en el caso de que la defensa hubiese hecho uso de la facultad conferida por el artículo 784.3 de la LECrime (conformidad expresada en el escrito de defensa o presentación de un escrito de acusación conjunto con la defensa)? Aquí deben diferenciarse los casos en los que la defensa no presentó ningún escrito de defensa anteriormente de los que sí lo hizo. Para el primer supuesto existen tres opciones que debemos valorar:

(i) Que el órgano sentenciador suspenda la celebración de las sesiones del juicio oral y emplace a la defensa para la presentación de un nuevo escrito de defensa en el que proponga la prueba que desee practicar, debiendo dictar un nuevo auto de admisión de pruebas previo a señalar una nueva fecha para la celebración del juicio.

El problema de esta opción reside en que no dispone de base legal y que contraviene el diseño de la fase intermedia y las normas de competencia funcional en el procedimiento abreviado. En efecto, una vez dictado el auto de apertura de juicio oral por el órgano instructor, la parte pasiva deberá presentar su escrito de defensa ante ese mismo órgano y no el sentenciador. No obstante, lo cierto es que el destinatario del escrito es el órgano sentenciador, por lo que no parece un óbice insuperable.

(ii) Que el órgano sentenciador acuerde la retroacción de las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al emplazamiento de la defensa para presentar su escrito, reenviando las actuaciones al órgano instructor.

Si el órgano jurisdiccional desestimase la petición de dictar sentencia de conformidad por entender que el acusado se encontraba coaccionado o bajo intimidación, el artículo 239.2 LOPJ da base legal suficiente para la declaración de nulidad de lo actuado desde e incluyendo la

presentación del escrito de defensa de conformidad. No obstante, si la razón fuese otra, habría que dirimir si la falta de autonomía de la voluntad material a la hora de prestar una conformidad es una vulneración de una norma esencial del procedimiento que haya podido causar indefensión. Si es este el caso, entonces el órgano sentenciador podrá hacer uso de la facultad otorgada por el artículo 240.2 LOPJ y, declarar previa audiencia de las partes, la nulidad de lo actuado desde el dictado del auto de apertura de juicio oral. En nuestra opinión, sí debe considerarse una vulneración de las normas esenciales del procedimiento causante de indefensión, puesto que, por una parte, el acusado (a través de su representación letrada) se ha visto privado de realizar las alegaciones defensivas que estimase conveniente en su escrito de defensa, así como de proponer la práctica de medios de prueba, debido a un intento de poner fin al procedimiento mediante una renuncia al ejercicio de derechos fundamentales no consentida válidamente.

(iii) Que el órgano jurisdiccional ordene la continuación de las sesiones del juicio oral, entienda conforme al artículo 784.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la defensa se opone a las acusaciones y, o bien le solicite que proponga los medios de prueba pertinentes en la forma prevista para las cuestiones previas del artículo 786 LECrim, o bien le emplace para que proponga prueba.

Esta opción parece una restricción de las posibilidades de alegación de descargo que no se compadece con el derecho de defensa y puede suponer graves problemas a la hora de proponer prueba.

La solución más adecuada en nuestra opinión es la primera por un motivo de economía procesal y al amparo del principio de conservación de actos previstos en el artículo 243 LECrim.

En caso de que se hubiese presentado un escrito de defensa anterior al nuevo de conformidad, la opción más correcta pasa por solicitar la ratificación del mismo por la defensa. En caso de ratificarse en ese escrito de defensa, se podrá suspender la celebración del juicio oral si no se hubiese citado a los testigos y peritos que hubieren de comparecer, o simplemente continuar con el juicio oral. En caso de no ratificarse, se deberá optar por la misma solución que en el caso anterior.

El tratamiento procesal de esta cuestión en las conformidades ante el Juzgado de guardia en las diligencias urgentes no plantea mayores inconvenientes, habida cuenta de que su prestación se prevé en el momento inmediatamente anterior a la presentación de su escrito de defensa (artículo 800.2 LECrim). Por lo que, rechazada la conformidad de oficio por el órgano jurisdiccional, la defensa deberá presentar oralmente su escrito de defensa o solicitar un plazo de cinco días para presentarlo ante el órgano competente para el enjuiciamiento.

b. A instancia de parte

Si la defensa del acusado identificase que su representado está prestando una conformidad sin la libertad ni el conocimiento reforzado exigido, dispone de las opciones que se explicarán a continuación. Antes se debe reseñar que este es un particular que resulta muy difícil que acontezca en la práctica. En la inmensa mayoría de los casos, las conformidades se prestarán siempre con el consentimiento y la dirección del abogado del acusado. Sea como fuere, el ordenamiento jurídico prevé los siguientes mecanismos procesales para advertir de la falta de autonomía de la voluntad material en la conformidad de su defendido.

En el procedimiento ordinario, el artículo 694 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé la posibilidad de que el letrado se desvincule de la conformidad prestada por su representado al inicio de las sesiones de juicio oral y solicite la continuación del juicio oral. Esta solicitud no es vinculante para el órgano jurisdiccional que podrá dictar sentencia de conformidad. La ley no limita los motivos alegables por el abogado para solicitar la continuación de la apertura del juicio oral. En el procedimiento abreviado, el artículo 787.4 LECrim prevé un régimen idéntico que deberá entenderse extensible a las conformidades previstas para el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos.

Es fundamental que los abogados que alberguen dudas sobre la comprensión de sus defendidos de las consecuencias de la conformidad, así lo pongan de manifiesto. Son la primera garantía de que las conformidades sean plenamente libres. Pudiera suceder que, en un primer momento, el abogado no tuviese conocimiento de la DI de su cliente y tenga conocimiento de ello después de la presentación de un escrito de defensa de conformidad y/o apreciase, además, la incomprendición de su cliente sobre el alcance de la decisión. En esos casos, es responsabilidad del abogado poner de manifiesto estos extremos.

Lo mismo puede afirmarse del Ministerio Fiscal: éste tiene la obligación de poner de manifiesto los anteriores particulares en caso de que la libertad y el conocimiento del acusado que se vaya a conformar le parezcan dudosos.

4.2. Tratamiento procesal a instancia de parte tras el dictado de la sentencia

a. *Impugnación de la sentencia de conformidad no firme*

Si se dictase una sentencia de conformidad y la defensa o el Ministerio Fiscal⁸⁴ apreciasen que el acusado no prestó válidamente su consentimiento libre e informado y no hubiesen manifestado su decisión de no recurrir la sentencia, podrán interponer un recurso de apelación que podemos calificar como «extraordinario», siguiendo los trámites y los plazos para su interposición del recurso «ordinario» de apelación, previstos en los artículos 790 y siguientes y 803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En efecto, se trata de un recurso extraordinario en la medida en la que se restringen los motivos de impugnación de la sentencia. Así, para el caso de las sentencias de conformidad dictadas en el procedimiento abreviado o el procedimiento de enjuiciamiento rápido de los delitos, el artículo 787 LECrim, recuerda que «únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada». En todo caso, no existen dudas de que la falta de un consentimiento libre e informado en los términos anteriormente expuestos es un motivo de impugnación válido, pues supone la infracción de uno de los requisitos de la conformidad⁸⁵. Ha de catalogarse como una infracción de normas o garantías procesales que causan indefensión del recurrente no subsanable en segunda instancia. Por tanto, conforme al artículo 790.2 LECrim, el recurrente deberá expresar en el escrito de formalización del recurso la

⁸⁴ Debe de estimarse que el Ministerio Fiscal tiene legitimación para recurrir en apelación la sentencia de conformidad con arreglo a las funciones que le son encomendadas por el artículo tercero, apartados primero y tercero, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que el acusado se haya conformado a su pretensión punitiva y, por tanto, no sea la parte perjudicada por la sentencia. No puede afirmarse lo mismo de las posibles acusaciones particulares o populares personadas en la causa.

⁸⁵ AGUILERA MORALES, *El “principio de consenso”*, 1998, p. 310.

norma procesal infringida y las razones de la indefensión, sin que sea exigible acreditar la petición de subsanación de la infracción en primera instancia, puesto que no puede exigirse que la defensa haya mostrado su desacuerdo con la conformidad, cuando el defectuoso desempeño del abogado defensor puede ser una de las causas principales de que la conformidad se preste sin libertad ni conocimiento reforzados. En este sentido el recurrente deberá explicitar el precepto que regule la conformidad en función del procedimiento y exponer que la indefensión se ha producido porque el acusado no ha podido defenderse en juicio de la acusación formulada contra él por haberse conformado coercitivamente o sin conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto.

Lo anterior no suscita mayores dificultades interpretativas, pero ¿cómo acreditar ante el tribunal *ad quem* la falta de consentimiento libre e informado? ¿Podrá solicitarse la práctica de prueba en la segunda instancia por este motivo? Sin duda, el principal problema práctico de todo lo expuesto hasta el momento es la acreditación fáctica de la falta de libertad o conocimiento reforzados. Hemos propuesto un modelo de control judicial para que en la primera instancia pueda quedar acreditada, al menos indiciariamente, la ausencia de este requisito necesario para la validez de una sentencia de conformidad. No obstante, si las garantías preventivas fallan, habrá que acreditar el motivo de impugnación a fin de que pueda ser estimado.

Los medios de prueba que cabe esperar que se propongan son el visionado de la grabación de la vista de conformidad, pruebas periciales sobre circunstancias personales y médicas del acusado que pudiesen comprometer su capacidad para consentir *ibi et tunc*, la declaración del propio acusado, pruebas testificales de personas que hayan podido observar o escuchar presiones indebidas, amenazas, coacciones y cualquier otro medio de prueba útil y pertinente que quepa esperar para acreditar ese extremo. Ahora bien, este listado no se compadece con las diligencias de prueba que pueden proponerse en el escrito de formalización del recurso de apelación al amparo del artículo 790.3 LECrim. No se trata de pruebas que versen sobre los hechos litigiosos que no pudieron proponerse en la primera instancia por ser desconocidas o inexistentes, tampoco fueron indebidamente denegadas, ni tampoco son aquellas que no pudieron practicarse por causas que no le sean imputables a la defensa. Sin embargo, entendemos que debe admitirse la práctica de toda aquella prueba útil y pertinente al efecto y la celebración de la vista en caso de ser necesario al amparo del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente al derecho al recurso legalmente establecido. Resultaría absurdo que el ordenamiento jurídico prevea un motivo de impugnación de una resolución judicial y no disponga los medios necesarios para que ese motivo sea estimable, convirtiéndolo de facto en inaccesible. Lo que sucede es que el objeto del recurso es distinto al objeto del proceso: no se van a enjuiciar los hechos descritos en el/los escrito/s de acusación, sino unos completamente distintos, a saber, la capacidad del acusado para conformarse. De esta forma, el tribunal *ad quem* hace las veces de tribunal de instancia respecto de este nuevo objeto. Estamos ante una suerte de medio autónomo de impugnación de sentencias cuya tramitación se sigue conforme al régimen ordinario del recurso de apelación. Al ser un nuevo objeto, las alegaciones efectuadas deberán poder ser probadas ante el órgano que enjuiciará ese objeto por primera vez.

Un indicio poderoso pero insuficiente por sí mismo para estimar un recurso de esta clase es la ausencia de control judicial efectivo de la libertad y conocimiento del sujeto que presta su conformidad. Este indicio puede verse reforzado por dos circunstancias: por un lado, la negativa expresada por el abogado defensor al dictado de una sentencia de conformidad en el momento de la ratificación; y, por otro, la DI del acusado o cualquier otra clase de circunstancia que haga de él una persona especialmente vulnerable. Ahora bien, si directamente no hubo control judicial

(no hablamos de su efectividad), creemos que ese es un motivo suficiente y autónomo para impugnar la sentencia de conformidad. Queda por ver qué tratamiento se dará a la falta de información por escrito del abogado a su defendido en caso de que termine por aprobarse y entrar en vigor el proyecto de reforma. Sin duda, será un poderoso indicio a favor de la falta de conocimiento suficiente de las consecuencias del acto. Pero, ¿podrá considerarse un motivo autónomo para impugnar la sentencia?

Si el recurso de apelación es estimado, el tribunal *ad quem* deberá declarar la nulidad de la sentencia de conformidad y ordenará la retroacción de lo actuado hasta el momento inmediatamente anterior a la presentación del escrito de defensa o de la prestación de la conformidad, en función de las particularidades del asunto.

Si el recurso de apelación es desestimado, ¿cabe la interposición de un recurso de casación frente al mismo? La respuesta del Tribunal Supremo, que compartimos plenamente, es que sí, pues sin perjuicio de la regla general de la inadmisibilidad de los recursos de casación frente a sentencias de conformidad, esta regla «está condicionada a una doble exigencia: que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos necesarios para la validez de la sentencia de conformidad y que se hayan observado en la sentencia los términos del acuerdo»⁸⁶. El motivo de la casación debe articularse en torno al artículo 849.1 LECrim (infracción de ley) y una infracción de la norma constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías. No obstante, hemos de advertir que lo que se infringe no es una norma de carácter sustantivo, sino de carácter procesal, pero que tiene un impacto directo sobre el contenido de la sentencia. Por tanto, aunque el Tribunal Supremo haya admitido recursos de casación en este sentido articulados como una infracción de ley y no un quebrantamiento de forma, no podemos dejar de remarcar el carácter problemático de este encaje, que revela nuevamente las lagunas y antinomias de la conformidad.

b. Impugnación de la sentencia firme

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, lo más probable es que la falta de libertad o conocimiento reforzado a la hora de prestar la conformidad se ponga de manifiesto una vez transcurrido el plazo para interponer el recurso de apelación frente a la sentencia de conformidad o habiéndose expresado la decisión de no recurrir la misma. Como pusimos de manifiesto anteriormente, «Plena Inclusión» ha advertido del grave problema de infraidentificación de la DI durante el transcurso de un proceso judicial, siendo muchas (demasiadas) veces puesta de manifiesto con ocasión del ingreso en el centro penitenciario del ya condenado⁸⁷. De esta forma, no resulta improbable que, al pasar desapercibido este extremo y al realizarse un control judicial insuficiente, se conforme quien en apariencia tenía capacidad para ello y luego se ponga de manifiesto lo contrario.

El problema se agranda aquí sobremanera, pues parece que las vías impugnatorias se cierran por completo: ¿cabe la interposición de un incidente extraordinario de nulidad de actuaciones si no se interpuso recurso de apelación? Además, la revisión de sentencia firmes no es el procedimiento adecuado para poner de manifiesto la falta de consentimiento libre e informado. En efecto, como argumentamos anteriormente, ese sería el cauce adecuado para impugnar una sentencia de conformidad que no apreció una eximente completa o incompleta o una atenuante

⁸⁶ STS 690/2018, Penal, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4558).

⁸⁷ DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO/GONZÁLEZ ANTÓN/MARTÍN SANZ/IZQUIERDO GARCÍA, *A cada lado*, 2020, p. 68.

de la responsabilidad criminal por no haberse tenido en cuenta la discapacidad intelectual del sujeto durante el proceso, cuando, de haberse contemplado, debería haber determinado la aplicación de alguna de éstas. Ambas cuestiones pueden estar íntimamente ligadas, pero tienen un fundamento y unos efectos distintos. El diseño procedural de la conformidad parece abocar a una situación endiablada a los encausados especialmente vulnerables, sobre los que recae un riesgo especialmente intenso de que se conformen sin la debida libertad ni conocimiento exigidos. Creemos que, si la DI del encausado no fue identificada, no fue debidamente tenida en cuenta o no se realizaron las adaptaciones necesarias para garantizar su derecho a entender y ser entendido, se abren dos vías posibles: por un lado, puede sostenerse que, a pesar de todo, la sentencia no es firme y sigue cabiendo la apelación; por otro, se puede articular un incidente extraordinario de nulidad con base en la imposibilidad de haber denunciado la vulneración de un derecho fundamental antes de que recayese la resolución impugnada. Esta propuesta no está exenta de problemas y, sin duda, no resulta del todo satisfactoria, pero la alternativa es peor, por lo que merece la pena ensayar los argumentos favorables a esta posición.

— La primera vía, el recurso de apelación (y subsiguiente recurso de casación), se encuentra abierta si se entiende que el *dies a quo* para la interposición del recurso de apelación no computa hasta el momento en el que se identifique o ponga de manifiesto la DI (o una mayor gravedad a la considerada en el proceso) del sujeto como indicio probable de falta de capacidad concreta para prestar su conformidad de forma válida y, por tanto, que el plazo para recurrir no ha empezado a correr. El fundamento de todo plazo procesal para recurrir reside en que, teniendo la persona a la que perjudica la resolución judicial la carga de poner de manifiesto su disconformidad, el legislador debe prever un periodo de tiempo previsible y suficiente para que quien pretenda recurrir lo haga, pero compatible con la seguridad jurídica y con la necesidad de dar término al proceso. Si el sujeto sobre el que recae esa carga no tiene conciencia de esta, ya sea porque no le fue notificada correctamente la resolución, o porque no tenía la capacidad intelectual suficiente para comprender su contenido, no debería verse privado de hacer uso de la facultad de recurrir la resolución, so pena de producirle indefensión. Por tanto, si nadie apercibió la discapacidad intelectual, como sustrato biomédico que puede producir la falta de consentimiento libre e informado de la conformidad, ni se tomaron las adaptaciones o prevenciones para que ese sujeto tomase conocimiento real del contenido de la sentencia, entonces debe brindarse la oportunidad a la parte afectada para que haga uso de las vías impugnatorias «ordinarias» que el ordenamiento jurídico-procesal le brinda para articular su impugnación. Es decir, no se trata de que los plazos para interponer un recurso de apelación se encuentren prorrogados *ad infinitum*, sino que, al contrario, no puede entenderse que hayan comenzado a computar.

— La segunda vía pasa por el incidente extraordinario de nulidad. Éste deberá ser interpuesto en el plazo de 20 días desde que se haya identificado la discapacidad, situación que, en todo caso, habrá de suceder en el plazo de cinco años desde la notificación de la resolución. No debe ser inadmitido bajo el argumento de que no se denunció la vulneración de un derecho fundamental antes de recaer la resolución que puso fin al procedimiento, ni de que ésta era susceptible de recurso de apelación, puesto que estos extremos se encontraban íntimamente ligados con la vulneración de derechos fundamentales que se está alegando. Creemos que este incidente debe articularse en torno al derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a no padecer indefensión (artículo 24.1 *in fine*). Este derecho se define como el derecho a:

«no sufrir en el seno de un proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales de defensa -alegación y/o prueba- a lo largo de todo el mismo o de cualquiera de sus fases o incidentes, siempre que tal privación o limitación de la defensa acarree un perjuicio efectivo y definitivo a los derechos e intereses substantivos del justiciable y que dicho resultado no le sea imputable a quien lo alega»⁸⁸.

La privación esencial de las posibilidades de defensa que condujeron a una condena de la persona con DI es el producto de esa discapacidad que le condujo, por una parte, a prestar su conformidad y a renunciar al ejercicio del derecho fundamental a la defensa sin conocimiento o libertad suficiente, y, por otra, a no advertir por sí mismo la situación de indefensión y recurrir la sentencia de conformidad. De forma que la misma vulneración de derechos fundamentales denunciada fue la que le condujo a no denunciarlo por los cauces ordinarios previsto al efecto.

Creemos que ambas alternativas son válidas, sin perjuicio de que quien acuda directamente al incidente extraordinario de nulidad no podrá formalizar un recurso de apelación con posterioridad. De no aceptarse ninguna de estas posibilidades, el horizonte para reparar situaciones de esta naturaleza sería el desierto más absoluto y la perpetuación de la indefensión. Aquel sujeto que se hubiere conformado de forma coercitiva o ciega, renunciando a todas sus posibilidades defensivas, se enfrentaría a una situación en la que no le quedaría más remedio que aceptar la pena impuesta sin su voluntad: no podría interponer un recurso de apelación, no podría plantear un incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, ni tampoco podría pretender una revisión de la sentencia firme.

5. Conclusiones: las tres paradojas de la conformidad del acusado con DI

Este trabajo se ha propuesto revisar las costuras del instituto de la conformidad a las puertas de su generalización. Cuando el sujeto que presta su conformidad con la acusación adolece de una causa de vulnerabilidad, como es el caso de las personas con DI, el diseño de la conformidad deviene problemático y arroja las siguientes paradojas:

(i) Las personas con DI son sujetos que no pueden ser privados de su capacidad jurídica ni procesal, por lo que son susceptibles de prestar válidamente su conformidad. La conformidad como manifestación de la autonomía de la voluntad debe ser prestada de forma libre y con conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto. El juicio de discernimiento, intención y libertad que debe efectuarse para controlar la validez del consentimiento sólo puede ser *hic et nunc*. Ello supone que el único acto susceptible de ser controlado es el de la ratificación del acusado ante el juez. Si se verifica el consentimiento libre e informado, la conformidad es, de reunir el resto de los requisitos, válida.

Ahora bien, esto quiere decir que aquellos acusados a los que, tras la celebración del juicio oral, se les hubiese tenido que apreciar una eximente completa o incompleta de la responsabilidad penal pueden conformarse con la imposición de una pena si en el momento de prestar la conformidad se encuentran lúcidos y muestran no haber sido coaccionados y tener conocimiento del objeto y las consecuencias de su acto.

⁸⁸ BORRAJO INIESTA/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/FERNÁNDEZ-FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, 1995.

Al igual que el inocente que se conforma, al inimputable se le cierran las puertas de los medios ordinarios de impugnación de la declaración de culpabilidad en sentencia, quedándole sólo el proceso impugnatorio autónomo y excepcional de la revisión de sentencias firmes.

Por tanto, el diseño actual de la conformidad genera dislocaciones en la relación entre el proceso penal y el Derecho sustantivo. El primero deja de ser un instrumento ancilar del segundo, destinado a realizarlo, y pasa a convertirse en un obstáculo y una fuente de disfunciones. Si la norma sustantiva quiere la absolución del inocente y del inimputable (sin perjuicio de la posible imposición de una medida de seguridad), el proceso le devuelve la imposición de una pena sin casi posibilidades de reparación.

(ii) La conformidad es un instrumento al servicio de la agilidad y la eficiencia destinado a luchar contra el muy terrible riesgo de colapso de nuestro sistema de Justicia penal. La descarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales está en el fondo de su introducción y ampliación. Esto se ha traducido en una regulación en la que se exige un control judicial del consentimiento libre e informado de aquel que se conforma, pero sin desarrollar de forma alguna su contenido real ni la forma en la que debería llevarse a cabo. De esta forma, en la práctica cotidiana de los Juzgados y Tribunales de nuestro país, no alcanzamos a encontrar ejemplos de un auténtico control material de la autonomía de la voluntad del sujeto que se conforma, a pesar de que en ese acto procesal un sujeto está solicitando que se le imponga una pena renunciando al ejercicio de derechos fundamentales. En nuestra opinión, la conformidad es hoy en día en España un rito procesal industrializado.

No obstante, aunque no se pueda privar de la facultad de conformarse al acusado con DI, se debe presumir su falta de libertad y conocimiento informado. Ello exige una auténtica labor cognoscitiva y exploradora de la voluntad del acusado que se conforma por parte del órgano sentenciador que deberá adentrarse a verificar si esa presunción derivada de su vulnerabilidad se ve enervada o no.

De esta forma, un instrumento diseñado para ahorrar tiempo de trabajo y obtener la resolución del proceso de forma célere, se tiene que transformar en un acto pausado, lento y que exige una auténtica valoración judicial.

(iii) Una de las manifestaciones concretas de la voluntad del legislador de diseñar un instrumento célere es la posibilidad de anunciar la decisión de no recurrir en el momento del acto, a fin de declarar la firmeza de la resolución de forma inmediata. Esa declaración de firmeza dificulta sobremanera las posibilidades posteriores de impugnar una conformidad que no se haya prestado con una autonomía material reforzada.

Ahora bien, la celeridad expeditiva no casa bien con las necesidades de las personas con DI en un proceso. Esta relación complicada está ínsita en el fundamento del artículo 7 *bis* de la LEC, que busca garantizar que el proceso no sea una realidad ajena y distante del interviniente con DI, garantizando su participación en condiciones de igualdad. El proceso entra aquí en conflicto consigo mismo: lo que para un adulto de la población general puede ser una garantía de certidumbre, en el caso de un acusado especialmente vulnerable puede ser la fuente de una trágica y gran incomprensión. El derecho a entender y ser entendido de las personas con DI es puesto en entredicho por diseños procedimentales que favorecen la rapidez en la obtención de condenas.

Creemos que para evitar estos efectos indeseados existen posibles soluciones:

- La primera pasa por la desarrollada en este trabajo: reforzar el control judicial de la libertad y el conocimiento de las consecuencias jurídicas del acusado al prestar su conformidad.
- La segunda consiste en prohibir las conformidades de personas con DI ante el Juzgado de guardia en el seno de unas diligencias urgentes, ordenando su transformación a diligencias previas, sin perjuicio del derecho posterior del investigado a acogerse a la figura del «reconocimiento de hechos» y provocar una nueva transformación a diligencias urgentes para obtener el beneficio penológico de la conformidad.
- La tercera radica en la restricción del ámbito de las penas conformables. Las sentencias de conformidad deben ser una excepción en nuestra Justicia penal y reducirse a delitos de menor gravedad y que conlleven el riesgo de colapsar la Administración de Justicia.
- La cuarta exige dar cumplimiento al artículo 13.2 CDPD y capacitar a los operadores jurídicos, policiales y penitenciarios para ser capaces de identificar posibles situaciones de DI. La infraidentificación sigue siendo uno de los factores de riesgo más importantes que arrojan los efectos indeseados analizados en este trabajo.
- La quinta reside en reconocer la inimputabilidad como una causa para el dictado del sobreseimiento libre en fase de instrucción, dejando a salvo el derecho de los perjudicados por el delito de acudir a la vía civil para ejercitar la acción por responsabilidad civil.

Sin perjuicio de esta batería de propuestas, lo fundamental es guardar en mente los principios que deben inspirar cualquier reforma del diseño procedural de la conformidad. Por una parte, la conformidad no puede ser un instrumento que provoque situaciones indeseadas por el Derecho penal sustantivo, es decir, se deben disminuir al máximo los riesgos de que se imponga una pena a inocentes o inimputables. Por otra parte, la conformidad sólo es legítima si es un auténtico ejercicio de la autonomía de la voluntad material del acusado. Por lo tanto, su regulación deberá aminorar los incentivos que conviertan en tentador cualquier posibilidad de coacción, intimidación o influencia indebida y deberá garantizar el mayor y mejor conocimiento del acusado de las consecuencias de su acto.

6. Bibliografía

AGUILERA MORALES, «La deriva del “principio” del consenso», *Revista ítalo-española de Derecho Procesal*, (2), 2019, pp. 37 ss.

—————, *El “principio de consenso”: la conformidad en el proceso penal español*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de teoría general e historia del proceso: (1945-1972)*, Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídica, Ciudad de México, 1974.

ALCOCEBA GIL, «Consideraciones generales sobre el nuevo anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal» en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 25 ss.

ALEMANY CARRASCO/QUINTA TOUZA/RECIO ZAPATA/SILVA NOZAL/MANZANERO PUEBLA/MARTORELL CAFRANGA/GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Guía de intervención policial con personas con Discapacidad Intelectual*, Fundación Carmen Pardo-Valcarce, Madrid, 2012.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Right to access justice under article 13 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Organización de Naciones Unidas, Nueva York, 2018.

ÁLVAREZ LATA/SEOANE, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho privado y Constitución*, (24), 2010, pp. 11 ss.

ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal penal*, 7^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2013.

BACHMAIER WINTER, «Justicia negociada y coerción. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos», *Revista General de Derecho Procesal*, (48), 2018, pp. 1 ss.

BANACLOCHE PALAO, «El proyecto de ley de eficiencia procesal y el proceso penal: una reflexión crítica sobre las innovaciones propuestas», *Diario La Ley*, (10103), 2022, pp. 1 ss.

BLUME/JOHNSON/MILLOR, «Convicting Lennie: Mental Retardation, Wrongful Convictions, and the Right to a Fair Trial », *Cornell Law Faculty Publications*, (56-3), 2012, pp. 943 ss.

BORRAJO INIESTA/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/FERNÁNDEZ-FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA/ENCINAR DEL POZO/MARCHENA GÓMEZ/MORENO VERDEJO/TORRES-DULCE LIFANTE, *Código Penal. Jurisprudencia. Concordancias. Comentarios. Índice analítico*, Edisofer libros jurídicos, Madrid, 2018.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación*, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2018.

_____, *Observación general núm. 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2014.

DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO/GONZÁLEZ ANTÓN/MARTÍN SANZ/IZQUIERDO GARCÍA, *A cada lado. Informe sobre la situación de personas con discapacidad intelectual recluidas y ex-recluidas en España*, Plena Inclusión, Madrid, 2020.

DE LA OLIVA SANTOS, «Voto particular al informe sobre el anteproyecto código penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial», *Cuadernos de política criminal*, (48), 1992, pp. 645 ss.

DE LA OLIVA SANTOS/ARAGONESES MARTÍNEZ/HINOJOSA SEGOVIA/MUERZA ESPARZA/TOMÉ GARCÍA, *Derecho procesal penal*, 6^a ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2003.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *La persona con discapacidad intelectual en prisión. Estudio. Separata del volumen II del Informe anual 2019*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2019.

FERRAJOLI, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, Trotta, Madrid, 2018.

_____, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 10^a ed., Trotta, Madrid, 2011.

FLORES PRADA, «Discapacidad procesal del encausado por razón de trastorno mental en el ALECRIM de 2020. Especial referencia al problema del enjuiciamiento» en EL MISMO (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 183 ss.

_____, «Garantías constitucionales en el enjuiciamiento de acusados con falta de capacidad procesal por trastorno mental grave», en EL MISMO (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 363 ss.

GARRET, «The Substance of False Confessions», *Stanford Law Review*, (62-4), 2010, pp. 1051 ss.

GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal penal. Materiales para el estudio*, E-print Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2021.

_____, *La valoración de la prueba pericial sobre la imputabilidad*, E-print Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008.

GOLDSCHMIDT, *Derecho, derecho penal y proceso*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2016.

GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, «Exigencias del derecho de defensa de los investigados/acusados con problemas de salud mental en el proceso penal», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 253 ss.

HERNÁNDEZ MOURA, «Enfermedad o trastorno mental, capacidad procesal y justicia penal negociada en la regulación actual y en el ALECRIM de 2020», en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 321 ss.

IPPOLITO, *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, Trotta, Madrid, 2018.

LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret*, (3), 2018, pp. 1 ss.

LECIÑENA IBARRA, «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, (IX-1), 2022, pp. 257 ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dir.), *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*, 7^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LUZÓN PEÑA, «Culpabilidad y libertad», *Revista jurídica de la Universidad de León*, (6), 2019, pp. 1 ss.

_____, «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *InDret*, (3), 2012, pp. 1 ss.

MANZANERO PUEBLA/RECIO ZAPATA/ALEMANY CARRASCO/CENDRA, *Atención a Víctimas como Discapacidad Intelectual*, Fundación Carmen Pardo-Valcarce, Madrid, 2013.

MARTÍNEZ DÍE, «El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa. Régimen jurídico y consecuencias», *La notaría*, (5), 2002, pp. 64 ss.

MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

MORENO CATENA, «Enfermedad mental y capacidad en el proceso penal», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 69 ss.

MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 8^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 10^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MUYO BUSSAC «El rol del facilitador en los procesos civiles en los que intervengan personas con discapacidad intelectual», en HERRERO PEREZAGUA/LÓPEZ SÁNCHEZ (dirs.), *Los vulnerables ante el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 365 ss.

_____, «Sobre el impacto del artículo 7 bis LEC en la práctica de la prueba testifical de las personas con discapacidad intelectual en el proceso penal», en MORENO FLÓREZ (dir.), *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Editorial Dykinson, Madrid, 2022, pp. 71 ss.

NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal III. Proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD, *La situación de la población reclusa con discapacidad en España*, Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2018.

RECIO ZAPATA/ALEMANY CARRASCO/MANZANERO PUEBLA, «La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual», *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, (43-243), 2012, pp. 54 ss.

SANZ MORÁN, «Relevancia procesal de la inimputabilidad», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y Razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 601 ss.

SCHUMANN BARRAGÁN, *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Tesis doctoral (inédita), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2022.

URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Comares, Bilbao-Granada, 2004.

VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución en el proceso penal español*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

Alicia Montero Molera
Universidad de Castilla-La
Mancha.

La conformidad en la jurisdicción de menores

Sumario

- En la actualidad, el instituto de la conformidad se ha implantado como una práctica diaria en los juzgados de menores españoles. A pesar de su popularidad y prevalencia, esta práctica ha sido criticada por su falta de transparencia y su potencial influencia en los más jóvenes, quienes poseen deficiencias atribuidas a un inmaduro desarrollo socioemocional, cognitivo y neurológico. En este artículo se analiza la toma de decisiones del menor de edad y el rol que ocupan los diferentes actores judiciales durante la conformidad. Igualmente, la importancia de la percepción del paso por la justicia de los menores que se conformen y las posibles consecuencias prácticas que tendrá la conformidad se discuten en este estudio.

Abstract

- Nowadays plea bargaining has been implemented as a daily practice in Spanish juvenile justice system. Despite its popularity and prevalence, this practice has been criticized for its lack of transparency and its potential influence on young people, who have deficiencies ascribed to their immature socioemotional, cognitive and neurological development. This research analyses the juvenile decision-making and the role of the different legal actors during plea bargain. Likewise, the importance of youths' experience of procedural justice who accept the plea and the possible practical consequences of plea bargain are discussed in this study.

Title: Plea bargaining in the juvenile justice system

Palabras clave: conformidad, justicia de menores, justicia negociada, operadores jurídicos

Keywords: *plea bargaining, juvenile justice system, negotiated justice, judicial actors*

DOI: 10.31009/InDret.2023.i1.07

Recepción
20/11/2022

Aceptación
09/01/2023

Índice

- 1. Introducción**
- 2. ¿En qué consiste el acuerdo de conformidad?**
 - 2.1. Regulación normativa
- 3. Los operadores judiciales en la conformidad**
 - 3.1. El rol del fiscal durante la conformidad
 - 3.2. El rol de la defensa durante la conformidad
- 4. La toma de decisiones de un menor de edad**
 - 4.1. La menor competencia legal
 - 4.2. La mayor propensión al riesgo
 - 4.3. La influencia del entorno familiar y el grupo de iguales
 - 4.4. ¿Se podría conformar un menor inocente?
- 5. La percepción de justicia en el proceso de conformidad**
- 6. Conclusiones**
- 7. Bibliografía**

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

1. Introducción*

Como norma general un proceso judicial finaliza con una sentencia tras la celebración de un juicio. No obstante, con carácter excepcional, el proceso puede terminar antes de que se celebre el juicio oral, a través de una conformidad. La conformidad supone la declaración de voluntad por parte del acusado de poner fin a un proceso penal mediante el allanamiento a la petición de pena más elevada de la acusación¹. Se entiende que la conformidad es una forma de resolución negociada del proceso penal que implica la declaración de voluntad de las partes de finalizar el procedimiento penal evitando la de la celebración del juicio

El origen de esta justicia penal negociada se halla a finales del siglo XIX en el sistema procesal norteamericano, donde recibe el nombre de *plea bargaining*². Antes de la aparición de esta institución, los juicios eran económicos y rápidos por lo que las conformidades resultaban innecesarias. Con la introducción de la figura del letrado defensor en el procedimiento penal, los procesos se volvieron más complejos y la situación de la justicia norteamericana resultó insostenible, hecho que propició que los académicos y la influyente *Asociación Americana de Abogados* (ABA) se interesaran en buscar una forma de descongestionar los tribunales. El sistema de conformidades permitió alentar las declaraciones de culpabilidad de los acusados y conseguir, en definitiva, sentencias de condena de manera más rápida. Este sistema de conformidades se ha convertido en la actualidad en la manera más habitual de resolver las cuestiones penales del país.

En las últimas décadas, las políticas criminales de multitud de países han introducido una institución similar a la del *plea bargaining* utilizado en el contexto anglosajón y, pese a que radican diferencias entre los ordenamientos jurídicos en relación con la disponibilidad del ejercicio de la acción penal en el proceso³, este mecanismo nace debido a una razón común: favorecer la economía procesal y la practicidad. De este modo, la conformidad permite reducir el número de procesos penales y acelerar todos los trámites procesales que permiten la obtención de una sentencia definitiva. Así lo muestra un estudio realizado por FAIR TRIALS⁴, donde el 72% de países encuestados de los cinco continentes contemplaban la conformidad para adultos en sus ordenamientos jurídicos.

Con el paso del tiempo, esta herramienta de solución negociada del proceso penal se ha instalado también en la práctica diaria en la justicia juvenil española, aunque no se encuentra exenta de voces críticas. Las investigaciones realizadas mayoritariamente en el ámbito angloamericano señalan las desventajas de esta institución: acuerdos faltos de transparencia entre acusación y defensa, presiones de los letrados alentando la conformidad del menor, la falta de tiempo para

*Alicia Montero Molera (alicia.montero@uclm.es). Este trabajo forma parte del “Proyecto JusTo: Justicia penal para todos. Un estudio del funcionamiento y la accesibilidad de la justicia penal” (Ref. SBPLY/17/180501/000271), financiado por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

¹ GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2018.

² Término utilizado en Estados Unidos, el país originario de esta institución. Las figuras más semejantes al *plea bargaining* estadounidense pueden recibir el nombre de *Acuerdo* o *Pacto* de conformidad en el ordenamiento español, el *Pattegiamento* en el italiano, el *Consenso* en el portugués y el *Absprache* en el alemán.

³ FERRÉ OLIVÉ, «El *plea bargaining* o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018; VIÑARÁS GIMÉNEZ, «Mediación, conciliación y sentencias de conformidad», [Tesis doctoral], Universidad Complutense de Madrid, 2015.

⁴ FAIR TRIALS, *The disappearing trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, 2016.

comunicar la oferta del fiscal al menor y sus representantes o las dificultades que pueden surgir para el cumplimiento de la medida judicial en el caso de que un menor se haya conformado por unos hechos que considera que no ha cometido⁵. Asimismo, se cuestiona que la aplicación práctica de la conformidad satisfaga a los menores en términos de justicia procedural. Por estas razones, algunos autores cuestionan que este mecanismo defienda efectivamente el interés superior del menor⁶. En definitiva, muchos autores debaten si la implementación del mecanismo de la conformidad resulta compatible tanto con los fines del proceso penal que caracterizan a esta jurisdicción como con la función educativa, pedagógica y de reintegración social que caracteriza el castigo juvenil⁷.

A pesar de la alta prevalencia de conformidades en nuestros juzgados de menores⁸, este es un ámbito poco explorado por la literatura científica en España⁹. Por esta razón, el objetivo principal de este artículo es exponer el marco normativo de este instituto, explorar su funcionamiento y analizar el papel de los operadores que intervienen en la conformidad para detectar las ventajas e inconvenientes que plantea la conformidad. Este trabajo se fundamenta en la idea de que la conformidad actúa como un mero trámite administrativo para agilizar el sistema de justicia, priorizando la eficiencia en cuanto a la obtención de sentencias de condena y olvidando el fin educativo de la audiencia oral, donde se pueda discutir la responsabilidad del menor en los hechos y se permita al menor comprender el sentido negativo de su comportamiento.

A continuación, se presenta el instituto de la conformidad y su regulación legal, se analiza el papel del fiscal y abogado durante este proceso y se exploran las características propias de los menores de edad que pueden condicionar la toma de decisión en la conformidad. Por último, se plantea que el proceso de la conformidad podría ser visto como una oportunidad para aumentar la legitimidad y la confianza del menor en las instituciones.

2. ¿En qué consiste el acuerdo de conformidad?

El reconocimiento de los hechos delictivos por parte del menor suele considerarse como el punto de partida para alcanzar un acuerdo de conformidad. Se trata de una declaración voluntaria por parte del menor asumiendo la responsabilidad de los hechos, lo que sirve al tribunal como base probatoria para apreciar su culpabilidad sin necesidad de imponer a la acusación la carga de la prueba.

⁵ HELM/REYNA/FRANZ/NOVICK, «Too young to plead? Risk, rationality, and plea bargaining's innocence problem in adolescents», *Psychology, Public Policy, and Law*, 24(2), 2018; REDLICH/SHTEYNBERG, «To Plead or Not to Plead: A Comparison of Juvenile and Adult True and False Plea Decisions», *Law and Human Behavior*, 40(6), 2016, pp. 611-625.

⁶ SALA I DONADO, «Proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal», [Tesis Doctoral], Universitat de Girona, 2002.

⁷ CREMONESI, «Il patteggiamento nel processo penale», *Padova*, CEDAM, 2005; BELOFF/FREEDMAN/KIERSZENBAUM/TERRAGNI, «La justicia juvenil y el juicio abreviado», *La Ley*, 79(73), 2015, pp. 1-8.

⁸ Según los datos oficiales, el porcentaje de conformidades entre los menores condenados en España oscila entre el 69% y el 72% en los últimos años (Fiscalía General del Estado, 2020).

⁹ Véase VARONA/KEMP/BENÍTEZ, «La conformidad en España: predictores e impacto en la penalidad», *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 1, 2022, pp. 307-336 y KEMP/VARONA, «Is there a penalty for going to trial in Spain? Plea bargaining and courtroom efficiency», *European Journal of Criminology*, 2022, pp. 1-24, para conocer con mayor detalle el funcionamiento de la conformidad en la justicia ordinaria en España.

A raíz -y a propósito- de esa asunción de responsabilidad por parte del menor, se produce una negociación entre defensa y acusación con el fin de determinar la medida a imponer al menor, siendo el objetivo del letrado defensor alcanzar un acuerdo que beneficie a su cliente, normalmente aspirando a conseguir una rebaja de la medida¹⁰. En este sentido, mientras que la literatura norteamericana señala que aquellos jóvenes que se conforman obtienen un «*plea discount*» (rebaja en la pena)¹¹, en nuestro contexto se ha demostrado que, en la justicia ordinaria, los acusados que se conforman tienen más probabilidades de ver suspendida la pena de prisión impuesta en sentencia¹².

Este acuerdo, que suele tener lugar el mismo día de la audiencia se caracteriza por su «clandestinidad»¹³. Algunos autores señalan que en estas conversaciones se hace patente la posible cercanía y amistad de ambos profesionales, de tal modo que una buena relación entre el fiscal y la defensa suele conllevar el ofrecimiento de tratos más generosos para los acusados por parte de la acusación pública. De igual manera, sostienen que el deseo por parte del letrado de conseguir una buena relación con el fiscal puede acarrear que defienda a su cliente con menos vigor¹⁴.

Esta práctica puede parecer sorprendente que tenga lugar en sistemas judiciales asentados en el principio de legalidad donde rige la confrontación de las partes para llegar a la verdad fáctica¹⁵. Sin embargo, esa situación se explica debido a que el instituto de la conformidad conlleva numerosas ventajas en apariencia para todos los intervenientes en un proceso penal.

La ventaja más citada para justificar el uso de las conformidades como una forma habitual de resolución de conflictos penales es la del ahorro de recursos en términos de economía procesal; se favorece el funcionamiento de la administración de justicia primando un criterio utilitarista. En este sentido, no es necesario citar a testigos o peritos, ni es posible la interposición de recursos a las sentencias de conformidad. Además, a efectos estadísticos, esta se considera como una sentencia de condena más, hecho que puede considerarse como una «victoria» desde el punto de vista de la acusación pública¹⁶.

Así, parece que todos los actores judiciales se verán beneficiados. La fiscalía consigue una sentencia de condena con poco esfuerzo y sin necesidad de aportar la carga probatoria, el letrado

¹⁰ FOUNTAIN, «Adolescent plea bargains: Developmental and contextual influences of plea bargain decision making», [Tesis Doctoral], Georgetown University, 2017; SMITH, «The plea bargain controversy», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 77, 1986, pp. 949–968; WUNDERSITZ/NAFFINE, «Pre-trial negotiations in the Children's Court», *The Australian and New Zealand Journal of Sociology*, 26(3), 1990, pp. 329-350.

¹¹ ZOTTOLI/DAFTARY-KAPUR/WINTERS/HOGAN, «Plea discounts, time-pressure and false guilty pleas in youth and adults who pleaded guilty to felonies in New York City», *Psychology, Public Policy and Law*, 22, 2016, pp. 250–259; REDLICH/ZOTTOLI/DAFTARY-KAPUR, «Juvenile Justice and Plea Bargaining», en EDKINS, VANESSA A./REDLICH, ALLISON D. (eds.), *A System of Pleas: Social Sciences Contributions to the Real Legal System*, Oxford University Press, 2019, pp.107-123.

¹² VARONA/KEMP/BENÍTEZ, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 2022, pp. 307-336.

¹³ DEL MORAL GARCÍA, «La conformidad en el Proceso Penal: reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español», *Revista Auctoritas Prudentium*, 1(11), 2008; FLYNN/FREIBERG, *Plea negotiations: Pragmatic justice in an imperfect world*, Springer, 2018.

¹⁴ ALSCHULER, «Preventive pretrial detention and the failure of interest-balancing approaches to due process», *Michigan Law Review*, 85(3), 1986, pp. 510-569.

¹⁵ LASCURAÍN/GASCÓN, «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2018.

¹⁶ LASCURAÍN/GASCÓN, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2018.

defensor reduce su labor de defensa, la acusación particular consigue una condena quizás más leve pero certera, el juez se limita a garantizar que el acuerdo se ajuste a derecho y, por último, el menor aspira a conseguir una rebaja punitiva¹⁷. Cabe decir que incluso la policía se ve beneficiada -indirectamente- de la conformidad, liberándose de la comparecencia en el juicio y subsanando los errores que haya podido cometer durante la fase de investigación gracias a la autoinculpación del menor¹⁸. Igualmente, desde la perspectiva de la reeducación del menor, la conformidad permite la ejecución de la medida con mayor celeridad para ayudarle en su reeducación y rehabilitación¹⁹.

No obstante, a pesar de las ventajas encontradas para los operadores jurídicos, la comunidad científica suele calificar al sistema de conformidades como «un mal necesario»²⁰ para los fines que persigue la propia ley del menor. Es discutible si en la asunción de responsabilidad del menor no ha mediado una táctica de presión por parte del letrado o del fiscal, si el menor se conforma convencido de su autoría o si lo hace influenciado por un grupo de iguales o familiares y, por último, si el menor es plenamente consciente de lo que implica haberse conformado y las consecuencias que acarrea tomar esta decisión. Todo esto lleva a cuestionarse si el uso de la conformidad cumple con los fines últimos de la justicia de menores, que son principalmente educativos.

2.1. Regulación normativa

La conformidad en el ordenamiento español está presente en todos los procesos penales existentes. Este instituto es aplicable en el proceso ordinario, en el proceso abreviado y en el denominado proceso para el enjuiciamiento rápido de delitos²¹. También es aplicable en aquellos delitos sometidos a Tribunal de Jurado y en el proceso penal especial de menores, el cual es objeto de estudio a continuación.

En la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores* (en adelante, LORPM) se establecen las reglas de aplicación de la conformidad en la jurisdicción de menores, aunque cabe señalar que los efectos que produce son similares a los previstos en la regulación general en adultos contenidos en la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Así, la conformidad puede manifestarse en dos momentos procesales distintos: conformidad con el escrito de alegaciones de la acusación y conformidad al inicio de la audiencia. En el primero de los escenarios, regulado en el artículo 32 LORPM, la conformidad solo puede tener lugar cuando la acusación no contemple una medida de privación de libertad en régimen de internamiento en cualquiera de sus modalidades (es decir, solamente cuando se soliciten las medidas judiciales de los apartados e) a ñ) del art. 7.1). En este supuesto, se celebrará una

¹⁷ FERRÉ OLIVÉ, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2018; SMITH, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 77, 1986; VIANO, «Plea bargaining in the United States: A perversion of justice», *Revue internationale de droit pénal*, 83(1), 2012, pp. 109-145; entre otros.

¹⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Introducción al Derecho Penal, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.

¹⁹ HEUMANN, «Plea bargaining», en SMELSER, NEIL J./BALTES, PAUL B. (eds.), *International encyclopedia of the social & behavioral sciences*, 11, Elsevier, 2001, pp. 11507-11513; KISEKKA, «Plea bargaining as a human rights question», *Cogent Social Sciences*, 6(1), 2020, entre otros.

²⁰ MOLINA, «La conformidad en el proceso penal (Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana)», [Tesis Doctoral], Universidad de Sevilla, 2010.

²¹ MONTERO MOLERA, «Un análisis del mecanismo de la conformidad», *Ius et Praxis*, 27(3), 2021, pp. 198-217.

audiencia para llegar exclusivamente a un acuerdo de conformidad ante el juez, donde no será necesario citar a testigos o peritos, con el consecuente ahorro de recursos para la administración de justicia. En el caso de que el menor, el letrado y los responsables civiles presten su conformidad, el juez dictará resolución de conformidad sin más trámite.

En el segundo de los escenarios, regulado en el artículo 36 LORPM, el menor puede prestar su conformidad en la celebración de la audiencia. En este supuesto, no rige ninguna limitación en cuanto a las medidas sobre las que el menor se puede conformar, por lo que cabe entender que esta puede comprender cualquier medida independientemente de su naturaleza y duración.

En cualquiera de los dos escenarios anteriores, pueden existir discrepancias entre el menor y la dirección letrada. De este modo, si el letrado no está conforme con la conformidad prestada por el menor, el Juez debe decidir si continuar con la vista oral o dictar sentencia de conformidad, por lo que la oposición del letrado no resulta vinculante en la decisión del juez (art. 36.2 LORPM). Igualmente puede ocurrir que el menor (o persona/s contra la/s que se dirija la acción civil) esté conforme con la responsabilidad penal pero no con la civil, en ese caso, la vista oral continuará, pero solo a los efectos de probar y discutir lo relativo a este extremo (art. 36.4 LORPM). Por último, puede que el menor esté conforme con los hechos, pero no con la medida solicitada y, en ese caso, se sustanciará el trámite de la audiencia practicándose la prueba pertinente a fin de determinar si se aplica la medida solicitada o si se sustituye por otra medida propuesta por alguna de las partes que pueda ser más adecuada al interés del menor (art. 36.3 LORPM).

Cabe reseñar que el juez dispone de la facultad de pedir a la parte acusadora que corrija el escrito de acusación si considera que la calificación solicitada es incorrecta, al igual que puede tomar la decisión de denegar la conformidad prestada por el menor si considera que existe algún vicio del consentimiento. En caso contrario, una vez que se haya acordado la conformidad, el juez será el encargado de dictar la sentencia correspondiente.

3. Los operadores judiciales en la conformidad

A continuación, se examina cuál es el papel que juegan los profesionales que mayor contacto tienen con el menor durante el procedimiento de la conformidad: la acusación pública y la defensa.

3.1. El rol del fiscal durante la conformidad

Dentro de la jurisdicción de menores, la regulación de la posición del poder público ante la posibilidad de alcanzar un acuerdo de conformidad puede variar de un ordenamiento jurídico a otro. Así, mientras que, en España, Francia o Italia, los fiscales son los encargados de ofrecer este acuerdo de conformidad y los jueces solo pueden aceptarlo o rechazarlo en su conjunto; en otros países como Alemania, la negociación se lleva a cabo en la propia audiencia, con la participación del juez, el fiscal y el abogado defensor²².

Por norma general se establece que en la fase procesal anterior o posterior a la presentación de un escrito de acusación, el fiscal puede decidir si ofrece un trato de conformidad al acusado. Normalmente, la conformidad implica el reconocimiento de los hechos delictivos y la asunción

²² GAZAL-AYAL/RIZA, «Economic Analysis of Plea-bargaining and prosecution», *Criminal Law and Economics*, 2009.

de la responsabilidad a cambio de una acusación más benévolas; esta lenidad se traduce en cargos menos severos o alguna concesión respecto a la duración de la medida²³. A pesar de que la verdadera motivación del menor para conformarse es la rebaja punitiva²⁴, el hecho de que el menor muestre arrepentimiento por sus actos jugará un papel importante en la toma de decisión judicial²⁵. Aunque es difícil poder distinguir entre un arrepentimiento genuino de uno forzado, los fiscales ofrecen mejores acuerdos a aquellos menores que muestran «oficialmente» remordimiento por sus actos²⁶.

Esta realidad representa y pone en evidencia uno de los grandes peligros que supone la conformidad; y es que se pueden generar abusos significativos de poder por parte de la fiscalía. La discrecionalidad del poder público le permite ofrecer y adecuar el trato que considere oportuno al menor. De hecho, algunas investigaciones en el ámbito anglosajón sugieren que los fiscales habitualmente utilizan la conformidad con el fin de diferenciar de entre los delincuentes juveniles a los que requieren de castigos más severos²⁷.

Asimismo, esta discrecionalidad también permite a los fiscales realizar ofertas a los acusados que deben aceptar o rechazar en un periodo corto de tiempo, dejando además a los letrados de la defensa sin tiempo para investigar el caso. En este contexto, los menores se pueden ver forzados a aceptar la petición del fiscal antes de que esta sea reemplazada por una oferta del fiscal menos favorable que la propuesta inicialmente²⁸. Además, el tiempo que pasa entre la notificación de la oferta y la aceptación del acuerdo varía de minutos a meses con diferencias significativas entre el sistema ordinario y la jurisdicción de menores. Así, en una investigación llevada a cabo en Estados Unidos, casi la mitad de los jóvenes de la muestra reportaron haber tenido menos de una hora para tomar la decisión, mientras que la mayoría de los adultos tuvieron más de un día para decidir si aceptar o rechazar el acuerdo^{29, 30}.

De hecho, los fiscales a menudo prometen mejores acuerdos con acusaciones más leves para los acuerdos pactados con mayor celeridad. De otra forma, están menos dispuestos a ceder en estos tratos cuando ya han invertido gran parte de su trabajo y esfuerzo en revelar la identidad de los testigos y buscar evidencias inculpatorias contra el acusado. A esto se suma que los acusados a

²³ FRAGA MANDIÁN, «La sentencia de conformidad. Especial consideración de la denominada conformidad premiada», [Tesis doctoral], 2016; SCHNEIDER, «How Big is Too Big?: The Potentially Coercive Effects of Plea Discount on Innocent Defendants», *Theses, Dissertations and Culminating Projects*, 149, 2018, entre otros.

²⁴ SCHNEIDER, *Theses, Dissertations and Culminating Projects*, 149, 2018.

²⁵ BIBAS/BIERSCHBACH, «Integrating remorse and apology into criminal procedure», *Yale LJ*, 114, 85, 2004; TATA/GORMLEY, «Sentencing and plea bargaining: Guilty pleas versus trial verdicts», *Criminology & Criminal Justice*, Oxford University Press, 2018.

²⁶ DEL MORAL GARCÍA, *Revista Auctoritas Prudentium*, 1(11), 2008; LEVERICK, «Tensions and Balances, Costs and Rewards: The Sentence Discount in Scotland», *Edinburgh Law Review*, 8(3), 2004, pp. 360–388.

²⁷ EDKINS, «Defense attorney plea recommendations and client race: Does zealous representation apply equally to all?», *Law and Human Behavior*, 35, 2011, pp. 413–425.

²⁸ CALDWELL, «Coercive plea bargaining: The unrecognized scourge of the justice system», *Catholic University Law Review*, 61, 2012, pp. 63–98; ZOTTOLI/DAFTARY-KAPUR/WINTERS/HOGAN, *Psychology, Public Policy and Law*, 22, 2016, pp. 250–259.

²⁹ ZOTTOLI/DAFTARY-KAPUR/WINTERS/HOGAN, *Psychology, Public Policy and Law*, 22, 2016, pp. 250–259.

³⁰ Una situación todavía más peligrosa y común es la que en ocasiones se produce en Estados Unidos, país originario del *plea bargaining*, donde en aras de la discrecionalidad del fiscal, este puede amenazar con presentar una acusación directamente en los tribunales de adultos con el fin de presionar al menor para aceptar un acuerdo de conformidad. De esta forma, los menores se declaran culpables con el objetivo de garantizar el cumplimiento de las penas privativas de libertad en el sistema juvenil.

menudo no son conscientes del alcance de la evidencia en su contra lo que les dificulta evaluar la posible ventaja de cada acuerdo³¹.

Por otro lado, algunas investigaciones en el ámbito anglosajón han examinado la posible existencia de predictores, como la edad o la raza, que influyen en el contenido de la oferta del fiscal. De este modo, en primer lugar, algunos estudios señalan la edad como el predictor más importante para recibir un descuento en el castigo propuesto³², siendo los más jóvenes los que reciben más y mayores rebajas en las medidas impuestas. En este sentido, la literatura científica ya ha demostrado que los jóvenes suelen recibir sentencias más benévolas en comparación con los adultos debido, principalmente, a su inherente inmadurez psicológica y neurobiológica, lo que los convierte en sujetos menos culpables por su comportamiento³³.

En segundo lugar, otros estudios señalan que la fiscalía tiene en cuenta el factor de la raza para adecuar los acuerdos de conformidad, aunque los resultados de las investigaciones son inconsistentes; ya que mientras que algunos estudios señalan que los menores de raza negra reciben menos ofertas del fiscal³⁴, y más acuerdos que incluyen pena de prisión que los blancos³⁵, otros estudios no encuentran diferencias³⁶ o señalan que estos tienden menos a declararse culpables como resultado de la desconfianza que muestran hacia el sistema judicial decidiendo arriesgarse en un juicio³⁷.

3.2. El rol de la defensa durante la conformidad

Desde las primeras actuaciones realizadas con el menor, este tiene derecho a designar un abogado que le defienda, quien constituirá la figura principal para mediar entre el menor y el fiscal. Con independencia del tipo de abogado defensor, la relación entre este y el menor se caracteriza por una desigualdad de poder debido a las vulnerabilidades que, al margen de las que pueda presentar cualquier acusado en esta situación, caracterizan a este colectivo durante el proceso penal. Los jóvenes acusados adolecen de escasas habilidades educativas, sociales y personales, están sometidos a altos niveles de estrés y ansiedad, tienen una mínima socialización

³¹ REDLICH/WILFORD/BUSHWAY, «Understanding guilty pleas through the lens of social science», *Psychology, Public Policy, and Law*, 23(4), 2017, pp. 458–471.

³² BURROW/LOWERY, «A preliminary assessment of the impact of plea bargaining among a sample of waiver-eligible offenders», *Youth violence and juvenile justice*, 13(3), 2015, pp. 211–227.

³³ STEINBERG, «The influence of neuroscience on US Supreme Court decisions about adolescents' criminal culpability», *Nature Reviews Neuroscience*, 14(7), 2013, pp. 513–518; VON HIRSCH/ASHWORTH, *Proportionate sentencing: Exploring the principles*, Oxford University Press, 2005.

³⁴ BURROW/LOWERY, *Youth violence and juvenile justice*, 13(3), 2015, pp. 211–227; LOWERY, «Plea bargains among serious and violent girls: An intersectional approach exploring race in the juvenile court», *Feminist criminology*, 14(1), 2019, pp. 115–139; SAVITSKY, «Is Plea Bargaining a Rational Choice? Plea Bargaining as an Engine of Racial Stratification and Overcrowding in the United States Prison System», *Rationality and Society*, 24(2), 2012, pp. 131–167.

³⁵ KUTATELADZE/ANDILORO/JOHNSON/SPOHN, *Criminology*, 52(3), 2014, pp. 514–551.

³⁶ BALL, «Is it a prosecutor's world? Determinants of count bargaining decisions», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 22(3), 2006, pp. 241–260.

³⁷ KELLOUGH/WORTLEY, «'Remand for plea: Bail decisions and plea bargaining as commensurate decision'», *British Journal of Criminology*, 42(1), 2002, pp. 186–210.

y competencia legal y, además, pueden unirse otros factores que los sitúe en clara desventaja como puede ser el desconocimiento de la lengua vernácula³⁸.

Estos déficits se ponen de manifiesto desde que el menor ejerce el derecho a la entrevista previa con su abogado cuando es detenido en comisaría. A pesar de que la ley exige que esta reunión tenga lugar en un espacio reservado y guarde carácter confidencial, se ha demostrado que en la práctica diaria estas se realizan mayoritariamente en los pasillos, a la vista de toda persona que por allí se encuentre, durante apenas unos minutos³⁹.

En este sentido, más avanzado el proceso, ocurre algo similar en las fases de instrucción y audiencia. Los jóvenes manifiestan que rara vez interactúan con sus abogados fuera de los juzgados, reuniéndose con ellos por primera vez el día de la audiencia⁴⁰. Incluso, en ocasiones, el menor y su abogado pueden contar con menos de una hora para preparar la defensa del caso⁴¹, evidenciando que el letrado no dispone del tiempo suficiente para ejercer una buena asistencia letrada.

En este breve periodo de tiempo de entrevista previa a la audiencia entre la defensa y el menor es donde el abogado explica al menor las posibilidades que tiene frente al juicio. En estas circunstancias puede ser difícil para el abogado comunicar la información legal compleja a sus clientes menores de edad de manera efectiva, pudiendo tener una percepción errónea de que la información ha sido asimilada y comprendida por los jóvenes⁴². Esto explicaría que los menores no sean conscientes de los términos del acuerdo de conformidad que se les plantea, las potenciales consecuencias que produce el rechazo de este acuerdo o de los derechos a los que renuncian si aceptan conformarse con la petición del fiscal⁴³.

Dicho lo anterior, cabe señalar la influencia que tiene el tipo de defensa que asiste al menor en el asesoramiento que pueda ofrecerle durante el juicio⁴⁴. Y es que, si bien algunos acusados disponen de suficiente dinero para contratar un abogado particular y de confianza, la mayoría de los menores y sus representantes legales no pueden permitirse costear el servicio de un abogado

³⁸ BIRCKHEAD, «Culture clash: The challenge of lawyering across difference in juvenile court», *Rutgers Law Review*, 62, 959, 2009; TATA/GORMLEY, *Criminology & Criminal Justice*, Oxford University Press, 2018.

³⁹ FERNÁNDEZ-MOLINA/MONTERO-MOLERA, «An Assessment of How Rights Are Read and Exercised at a Police Station in Spain», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2021, pp.1-19.

⁴⁰ DAFTARY-KAPUR/ZOTTOLI, «A first look at the plea deal experiences of juveniles tried in adult court», *International Journal of Forensic Mental Health*, 13, 2014, pp. 323-336; FERNÁNDEZ-MOLINA/BERMEJO/BAZ, «Percepciones de los jóvenes infractores sobre la justicia de menores», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 16, 2018, 1-25; REDLICH/BIBAS/EDKINS/MADON, «The psychology of defendant plea decision making», *American Psychologist*, 72, 2017, pp. 339-352.

⁴¹ FERNÁNDEZ-MOLINA, «Una aproximación a la figura del abogado en la justicia de menores», *Cuadernos de Política Criminal*, 109, 2013, pp. 217-242.

⁴² FOUNTAIN/WOOLARD, «How defense attorneys consult with juvenile clients about plea bargains», *Psychology, Public Policy and Law*, 24, 2018, pp. 192-203.

⁴³ DAFTARY-KAPUR/ZOTTOLI, *International Journal of Forensic Mental Health*, 13, 2014; FOUNTAIN/WOOLARD, *Psychology, Public Policy and Law*, 24, 2018; REDLICH/BIBAS/EDKINS/MADON, *American Psychologist*, 72, 2017.

⁴⁴ HENDERSON/LEVETT, «Plea Bargaining: The Influence of Counsel», *In Advances in Psychology and Law*, 2019, pp. 73-100, Springer; HENDERSON/SHTEYNBERG, «Plea decision-making: the influence of attorney expertise, trustworthiness, and recommendation», *Psychology, Crime & Law*, 26(6), 2020, pp.527-551; VILJOEN/KLAVER/ROESCH, «Legal decisions of preadolescent and adolescent defendants: Predictors of confessions, pleas, communication with attorneys, and appeals», *Law and Human Behavior*, 29, 2005, pp. 253-277.

particular por lo que a menudo designan a un abogado del turno de oficio⁴⁵. A pesar de que los abogados de oficio sean profesionales y bien intencionados, estos suelen contar con un alto volumen de trabajo, están mal remunerados y carecen del tiempo suficiente para atender al menor de la manera más idónea⁴⁶. Por ello, en este contexto la relación entre el letrado y el menor se caracteriza por la falta de tiempo para interactuar entre ambos, la baja calidad de esas interacciones y la presunción de conformidad del menor como estrategia de defensa.

Además de la situación precaria de estos letrados que dificulta establecer un vínculo positivo y una relación de confianza con el menor⁴⁷, algunos estudios sugieren que aquellos que están representados por abogados del turno de oficio, en comparación con los de designación particular, tienen una mayor tendencia a aceptar conformidades⁴⁸. Igualmente, esta predisposición por alcanzar acuerdos puede afectar al comportamiento del fiscal quien, siendo consciente de esta realidad, puede ofrecer un trato menos favorable desde el inicio⁴⁹. De esta manera, un fiscal no tendrá incentivos para ofrecer concesiones en su acusación cuando sabe que en cualquier caso el acusado se declarará culpable y aceptará el acuerdo de conformidad propuesto⁵⁰.

De este modo, se ha puesto de manifiesto que los abogados de oficio suelen estar interesados en asegurar una rápida resolución del caso y, sabedores de que generalmente tienen un control sustancial sobre la decisión potencialmente influenciable que adoptarán los jóvenes clientes, pueden estar interesados en alentar a los acusados a declararse culpables, sirva esto de interés a estos últimos o no⁵¹. De hecho, los abogados presumen que los menores se conformarán⁵² y, por otro lado, la mayoría de los menores son conscientes de la preferencia de su abogado por llegar a una conformidad⁵³. De este modo, no asombra que en la literatura norteamericana la mitad de los jóvenes reportaran que la recomendación de sus abogados fue la de declararse culpables y aceptar el acuerdo con el fiscal⁵⁴.

En el mismo sentido, con el fin de eliminar la incertidumbre y el riesgo del proceso, el menor puede considerar razonable conformarse, aumentando estas posibilidades si el menor no ha

⁴⁵ REDLICH/BONVENTRE, «Content and comprehensibility of juvenile and adult tender-of-plea forms: Implications for knowing, intelligent, and voluntary guilty pleas», *Law and Human Behavior*, 39, 2015, pp. 162–176.

⁴⁶ DRIZIN/LUOFF, «Are juvenile courts a breeding ground for wrongful convictions?», *Northern Kentucky Law Review*, 34, 2007, pp. 275–322.

⁴⁷ FERNÁNDEZ-MOLINA, *Cuadernos de Política Criminal*, 109, 2013; FERNÁNDEZ-MOLINA/BERMEJO/BAZ, «Percepciones de los jóvenes infractores sobre la justicia de menores», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 16, 2018, 1-25.

⁴⁸ FOUNTAIN, «Adolescent plea bargains: Developmental and contextual influences of plea bargain decision making», [Tesis Doctoral], Georgetown University, 2017.

⁴⁹ KUTATELADZE/LAWSON, *Crime & Delinquency*, 64(7), 2018, pp. 856-887.

⁵⁰ ALSCHULER, «The defense attorney's role in plea-bargaining», *Yale Law Journal*, 84, 1975, pp. 1179-1315.

⁵¹ ALSCHULER, *Yale Law Journal*, 84, 1975; FOUNTAIN, «Adolescent plea bargains: Developmental and contextual influences of plea bargain decision making», [Tesis Doctoral], Georgetown University, 2017.

⁵² MONTERO MOLERA, «El instituto de la conformidad en la justicia de menores», en ABADÍAS/CÁMARA/SIMÓN (eds.) *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor: a los 20 años de la ley orgánica 5-2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Walters Kluwer, 2021, pp. 909-923; PURITZ/BURRELL/SCHWARTZ/SOLER/WARBOYS, *A call for justice: An assessment of access to counsel and quality of representation in delinquency proceedings*, Chicago, IL: ABA Juvenile Justice Center, 1995.

⁵³ DAFTARY-KAPUR/ZOTTOLI, *International Journal of Forensic Mental Health*, 13, 2014.

⁵⁴ VILJOEN/KLAVER/ROESCH, *Law and Human Behavior*, 2005.

podido elegir a su abogado defensor y no confía plenamente en él⁵⁵. En última instancia, los menores pueden sentirse presionados y ajenos a la toma de decisión que deben hacer ellos mismos, hecho que reducirá también su participación durante el proceso penal⁵⁶.

Está claro que en caso de discrepancia entre el menor y el abogado que ejerce su defensa, no se acordará la conformidad, y el menor podrá decidir acerca del camino que desee seguir. Sin embargo, el menor, consciente de la predisposición del letrado por acordar la conformidad y siendo este la fuente de información más fiable acerca de la fuerza de la evidencia en su contra y la probabilidad de condena en la audiencia confiará en su criterio y seguirá su recomendación⁵⁷.

En este contexto, se cuestiona el papel legitimador del letrado, quien por ser la figura más cercana al menor durante todo el proceso de la conformidad debería tener mayores oportunidades de establecer una relación positiva con él, ayudando entonces en su proceso de socialización legal.

4. La toma de decisiones de un menor de edad

Como se ha expuesto anteriormente, a pesar de que el letrado acompañe al menor durante el proceso judicial y pueda aconsejarle sobre las decisiones legales que deba tomar, entre las que se encuentra la de conformarse o no, en última instancia es el menor el que tiene la última palabra. Por ello, con el fin de saber cómo es este proceso de toma de decisiones, la comunidad científica ha tratado de predecir si un menor se conformará o decidirá apostar por la celebración de un juicio, y ha planteado diferentes de modelos teóricos para explicarlo.

El modelo más respaldado por las investigaciones realizadas hasta el momento se conoce como «*plea bargaining in the shadow of trial*» o «conformidad bajo la sombra del juicio»⁵⁸, según el cual, un acusado que se debata entre conformarse o arriesgarse en el juicio valorará el resultado probable que podrá tener siguiendo cada camino, decisión que está impulsada a su vez por la fuerza de la evidencia y las pruebas en su contra⁵⁹.

Siguiendo este modelo, los acusados se enfrentan a una elección entre dos posibles resultados: el resultado seguro obtenido del acuerdo con el fiscal y el resultado incierto tras la celebración del juicio. De este modo, un acusado racional nunca aceptaría un acuerdo con la acusación que le resultase más perjudicial que el que pudiera esperar tras un juicio, por lo tanto, rechazaría conformarse y ejercería su derecho a la celebración de un juicio⁶⁰. Asimismo, si la oferta del fiscal

⁵⁵ RAKOFF, «Why innocent people plead guilty», *The New York Review of Books*, 2014.

⁵⁶ GRISSO, «The competence of adolescents as trial defendants», *Psychology, Public Policy, and Law*, 3, 1997, pp. 3-32; PETERSON-BADALI/CARE/BROEKING, «Young People's Perceptions and Experiences of the Lawyer-Client Relationship», *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 49(3), 2007, pp. 375-401.

⁵⁷ HENDERSON/LEVETT, *In Advances in Psychology and Law*, 2019.

⁵⁸ MNOKIN/KORNHAUSER, «Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce», *The Yale Law Journal*, 88, 1979, pp. 950-997.

⁵⁹ LANDES, «An economic analysis of the courts», *The Journal of Law and Economics*, 14(1), 1971, pp. 61-107; SMITH, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 77, 1986, pp. 949-968

⁶⁰ BUSHWAY/REDLICH, «Is plea bargaining in the "shadow of the trial" a mirage?», *Journal of Quantitative Criminology*, 28(3), 2012, pp. 437-454.

fuerza inferior a la pena esperada en juicio, el acusado racional se declararía culpable y aceptaría el acuerdo de conformidad⁶¹.

Sin embargo, algunos autores acusan a este modelo de ser demasiado simplista, no atendiendo a los impedimentos que rodean al acusado y al propio proceso penal y que dificultan que esta toma de decisión sea tan sencilla como este modelo defiende⁶². Así, los estudios existentes sugieren que el proceso de toma de decisión por el que el menor acepta o no conformarse con la petición del fiscal se ve influenciada por factores cognitivos y psicosociales característicos de la propia minoría de edad⁶³. En este sentido, este modelo teórico obvia las deficiencias atribuidas a los menores en su desarrollo cognitivo, socioemocional y neurológico que influyen en la toma de decisiones legales, alejándola de una racionalidad plena⁶⁴.

Según la literatura científica, existen algunas características propias de los menores que afectan a su capacidad para tomar decisiones y por tanto también a las que pueden tomar en el ámbito legal, y estas son: la inmadurez e impulsividad propia de los jóvenes⁶⁵, la mayor susceptibilidad de sufrir estrés y tensión⁶⁶, la falta de experiencia en el trato con las instituciones penales y escasa competencia legal⁶⁷, la tendencia a cumplir y obedecer las órdenes dadas por una autoridad⁶⁸, la preferencia del riesgo⁶⁹, la influencia de los iguales⁷⁰ y la escasa orientación futura⁷¹. Consecuentemente, las decisiones legales de los menores reflejan un bajo entendimiento del lenguaje jurídico, una inmadurez en el desarrollo y un razonamiento inapropiado.

Todo esto hace que el verdadero protagonista en la toma de decisión tenga una menor competencia legal, una mayor propensión al riesgo y una mayor influenciabilidad por parte del entorno familiar y de su grupo de iguales haciendo que esta toma de decisión pueda resultar menos racional. A continuación, se presentan con mayor detenimiento estas cuatro características propias de los adolescentes.

⁶¹ REDLICH/WILFORD/BUSHWAY, *Psychology, Public Policy, and Law*, 23(4), 2017, pp. 1-14.

⁶² BIBAS, «Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial», *Harvard Law Review*, 2004, pp. 2463-2547.

⁶³ DAFTARY-KAPUR/ZOTTOLI, *International Journal of Forensic Mental Health*, 13, 2014; GRISSE/STEINBERG/WOOLARD/CAUFFMAN/SCOTT/GRAHAM/LEXCEN/REPUCCI/SCHWARTZ, «Juveniles' competence to stand trial: A comparison of adolescents' and adults' capacities as trial defendants», *Law and Human Behavior*, 27, 2003, pp. 333-363.

⁶⁴ BIBAS, *Harvard Law Review*, 2004, pp. 2463-2547; BURKE, «Prosecutorial passion, cognitive bias, and plea bargaining», *Marquette Law Review*, 183, 2007; CAUFFMAN/STEINBERG, «Emerging findings from research on adolescent development and juvenile justice», *Victims & Offenders*, 7(4), 2012, pp. 428-449; STEINBERG, «Risk taking in adolescence: New perspectives from brain and behavioral science», *Current directions in psychological science*, 16(2), 2007, pp. 55-59.

⁶⁵ BERNUZ, «Cuando los menores declaran en la justicia de menores», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 40, 2019, pp. 1-22; LAMONTAGNE, «Children under pressure: the problem of juvenile false confession and potential solutions», *Western State University Law Review*, 41(1), 2013, pp. 29-56.

⁶⁶ LAMONTAGNE, *Western State University Law Review*, 41(1), 2013.

⁶⁷ FERNÁNDEZ-MOLINA/BLANCO, «Avanzando hacia una "child-friendly justice". Un estudio sobre la accesibilidad de la justicia juvenil española», *Boletín Criminológico*, 2015.

⁶⁸ KASSIN/DRIZIN/GRISSE/GUDJONSSON/LEO/REDLICH, «Police-induced confessions: Risk factors and recommendations», *Law and human behavior*, 34(1), 2010, pp. 3-38.

⁶⁹ STEINBERG, *Current directions in psychological science*, 16(2), 2007.

⁷⁰ GARDNER/STEINBERG, «Peer influence on risk taking, risk preference, and risky decision making in adolescence and adulthood: an experimental study», *Developmental psychology*, 2005, 41(4).

⁷¹ CAUFFMAN/STEINBERG, *Victims & Offenders*, 7(4), 2012.

4.1. La menor competencia legal

Tal como se ha señalado en el apartado anterior, la comunidad científica ha demostrado que los adolescentes, por su corta edad, tienen una menor competencia legal. Esta realidad sitúa a los más jóvenes en una posición de vulnerabilidad que supone que estos realicen una toma de decisión más pobre⁷².

La evidencia científica ha revelado que las capacidades cognitivas, especialmente la habilidad verbal, son grandes predictores de las capacidades relacionadas con la competencia legal, incrementando esta de manera natural con la edad⁷³. Puesto que la menor competencia es debido en gran parte a la falta de desarrollo, los menores todavía no reúnen las capacidades necesarias para entender el significado y alcance de los derechos que les corresponden ni la totalidad del proceso penal en el que se ven inmersos⁷⁴. Siendo conocedores de esta realidad, algunos estudios han tratado de averiguar si esto puede conllevar un aumento de renuncias a reclamar o ejercitar estos derechos. En este sentido, algunas investigaciones en el contexto anglosajón han hallado que los menores de más corta edad tienden a renunciar al ejercicio de determinados derechos durante el interrogatorio policial⁷⁵ y durante el proceso penal, a declarar con más frecuencia ante la policía y a realizar más falsas confesiones⁷⁶.

De esta forma, los menores tienen más riesgo de tomar decisiones legales basadas en incomprensiones del sistema legal, ya que les resulta difícil entender el argot jurídico y comprender qué ocurre tanto en escenarios hipotéticos como en sus propios procedimientos penales⁷⁷. De esta manera, los jóvenes pueden saber que su abogado estará presente durante un interrogatorio, pero no tienen claro cuál es el rol que desempeñan⁷⁸ o creen erróneamente que su abogado defensor trabaja para el propio juzgado de menores, hecho que puede derivar en un impedimento a la hora de relacionarse con el mismo y entablar una relación de confianza⁷⁹.

⁷² GRISSO/STEINBERG/WOOLARD/CAUFFMAN/SCOTT/GRAHAM/LEXCEN/REPUCCI/SCHWARTZ, «Juveniles' competence to stand trial: A comparison of adolescents' and adults' capacities as trial defendants», *Law and Human Behavior*, 27, 2003, pp. 333-363.

⁷³ COOPER, «Juveniles' understanding of trial-related information: Are they competent defendants?», *Behavioral Sciences and the Law*, 15(2), 1997, pp. 167-180; GRISSO/STEINBERG/WOOLARD/CAUFFMAN/SCOTT/GRAHAM/LEXCEN/REPUCCI/SCHWARTZ, *Law and Human Behavior*, 27, 2003, pp. 333-363.

⁷⁴ GRISSO, «Juveniles' capacities to waive Miranda rights: An empirical analysis», *California Law Review*, 68, 1980.

⁷⁵ En el contexto estadounidense, cuando un menor es detenido se le informan de los derechos Miranda (principalmente del derecho a guardar silencio y del derecho a la asistencia letrada durante el interrogatorio), sin embargo, se le hace saber que puede renunciar a estos derechos antes de declarar. Además, la literatura científica muestra que se suelen utilizar tácticas de interrogatorio muy similares entre adultos y menores de edad como, por ejemplo, el método Reid. Esta técnica, a menudo coercitiva, trata de detectar y manipular las debilidades del menor interrogado (a menudo aislado habiendo renunciado a su derecho a ser asistido por un letrado) con el fin de que confiese su culpabilidad.

⁷⁶ DRIZIN/LEO, «The problem of false confessions in the post-DNA world», *North Carolina Law Review*, 82, 2004, pp. 891-1008.

⁷⁷ FERNÁNDEZ-MOLINA/BLANCO, *Boletín Criminológico*, 2015; KABAN/QUINLAN, «Rethinking a "knowing, intelligent and voluntary waiver" in Massachusetts' juvenile courts», *Journal of the Center for Families, Children and the Courts*, 5, 2004, pp. 35-55.

⁷⁸ PETERSON-BADALI/ABRAMOVITCH, «Children's knowledge of the legal system: Are they competent to instruct legal counsel?», *Canadian Journal of Criminology*, 34(2), 1992, pp. 139-160; ZELLE/ROMAINE/GOLDSTEIN, «Juveniles' Miranda comprehension: Understanding, appreciation, and totality of circumstances factors», *Law and Human Behavior*, 39, 2015, pp. 281-293.

⁷⁹ GRISSO, *California Law Review*, 68, 1980.

Partiendo del reconocimiento de las deficiencias que ostenta este colectivo vulnerable en su paso por la justicia, es importante conocer cuáles son las percepciones de los profesionales que rodean al menor ya que si estos son conscientes de los déficits de entendimiento legal que adolecen los jóvenes, se involucrarán más en la defensa de los jóvenes, tratando de asegurar que estos comprenden la totalidad del procedimiento en el que se está viendo inmerso⁸⁰.

Las investigaciones empíricas llevadas a cabo en este ámbito han explorado la percepción de los actores judiciales acerca de la competencia legal de los menores acusados; su grado de conocimiento, entendimiento y participación durante el proceso de la conformidad. Así, mientras que algunos estudios sugieren que los actores judiciales son plenamente conscientes de que los menores no entienden el proceso de la conformidad⁸¹, otros estudios posteriores ponen de relieve que estos profesionales no suelen reconocer los déficits que presentan los acusados y que tienden a sobreestimar su conocimiento legal⁸².

En general, la literatura científica muestra que todos los actores judiciales perciben una competencia legal moderada en los menores, aunque los letrados, en comparación con los fiscales y jueces, observan un menor entendimiento y participación⁸³. Por lo general, los abogados tienen una visión más clara de las capacidades objetivas de los menores, dado que interactúan más con los acusados y son los responsables principales de evaluar esta competencia legal⁸⁴.

La mayoría de los estudios se centran en estudiar el rol del letrado debido, en gran parte, a la creencia de que estos son los profesionales mejor posicionados para identificar la competencia legal de sus clientes y detectar así carencias que estos puedan tener⁸⁵. Durante el proceso los abogados pueden alentar la participación del menor haciendo uso de explicaciones detalladas y comprensibles aptas para la capacidad del menor y, además, deberán fomentar que el menor pregunte todo aquello que no entienda⁸⁶.

En este sentido, el rol que desempeñan los actores jurídicos durante el proceso resulta fundamental para entender la percepción que tienen estos del grado de conocimiento y participación que tienen los menores. Así, los letrados de la defensa, más cercanos al menor, deben asegurar que la toma de decisión del menor es consciente, inteligente y voluntaria⁸⁷ y los

⁸⁰ FOUNTAIN/WOOLARD, *Psychology, Public Policy and Law*, 24, 2018; VILJOEN/MCLACHLAN/WINGROVE/PENNER, «Defense attorneys' concerns about the competence of adolescent defendants», *Behavioral sciences & the law*, 28(5), 2010, pp. 630-646.

⁸¹ SANBORN, «Pleading guilty in juvenile court: Minimal ado about something very important to young defendants», *Justice Quarterly*, 9, 1992, pp. 127-150.

⁸² FERNÁNDEZ-MOLINA/VICENTE/TARANCÓN, «Derechos procesales de los menores extranjeros: un estudio de su aplicación práctica en la justicia penal», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2017; WOESTEHOFF/REDLICH/CATHCART/QUAS, «Legal professionals' perceptions of juvenile engagement in the plea process», *Translational Issues in Psychological Science*, 5(2), 2019.

⁸³ WOESTEHOFF/REDLICH/CATHCART/QUAS, *Translational Issues in Psychological Science*, 5(2), 2019.

⁸⁴ NEMOYER/KELLY/ZELLE/GOLDSTEIN, «Attorney perspectives on juvenile and adult clients' competence to plead guilty», *Psychology, Public Policy, and Law*, 24, 2018, pp. 171-179.

⁸⁵ EDKINS, *Law and Human Behavior*, 35, 2011; KRAMER/WOLBRANSKY/HEILBRUN, «Plea bargaining recommendations by criminal defense attorneys: Evidence strength, potential sentence, and defendant preference», *Behavioral sciences & the law*, 25(4), 2007, pp. 573-585.

⁸⁶ PETERSON-BADALI/CARE/BROEKING, *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 49(3), 2007.

⁸⁷ SANBORN, *Justice Quarterly*, 9, 1992.

jueces serán los encargados de verificar que la decisión cumple con estos tres requisitos. Por otro lado, los fiscales que, a menudo acuerdan los pactos de conformidad tan solo con los letrados, interactúan con menos frecuencia con los menores y no son responsables de asegurar o evaluar su entendimiento⁸⁸.

En cualquier caso, solamente si los actores judiciales son realmente conscientes de las deficiencias de los menores en este ámbito podrán realizar las adaptaciones necesarias y utilizar un lenguaje accesible para que el nivel de comprensión y conocimiento de estos jóvenes aumente durante el proceso penal.

4.2. La mayor propensión al riesgo

Como se ha mencionado anteriormente, otra de las características de los más jóvenes consiste en una distinta percepción del riesgo, que puede provocar que los menores tomen más decisiones que impliquen la exposición a peligros durante la adolescencia⁸⁹.

En general, los adolescentes buscan la gratificación inmediata y presentan dificultades para ejercer control en contextos emocionales⁹⁰. En este sentido, los adolescentes son más sensibles a las consecuencias positivas e inmediatas de sus acciones que a las negativas y a largo plazo, siendo la adolescencia el periodo en el cual los menores empiezan a desarrollar la valoración y apreciación de las consecuencias futuras⁹¹. En este sentido, la literatura científica demuestra que los menores de edad, en comparación con los adultos, no son capaces de identificar tantas consecuencias a largo plazo. En el ámbito concreto de la conformidad, algunas investigaciones realizadas en el contexto anglosajón demuestran que aquellos que se conforman en juicio identifican menos consecuencias futuras que aquellos que son declarados inocentes⁹².

De este modo, los propios menores que se conforman alegan que sus decisiones están basadas en evitar consecuencias negativas a corto plazo, como puede ser la búsqueda de una sentencia más benévolas, la necesidad de salir cuando antes de prisión preventiva o evitar que él mismo y el resto de los acusados tengan que ingresar en prisión⁹³. Se observa en estos casos que los jóvenes rara vez tienen en cuenta las consecuencias a largo plazo cuando tienen que decidir si conformarse o no. La impulsividad propia de los jóvenes puede hacer que les sea más difícil valorar con precisión los costes futuros de la decisión que tomen. Esto puede comportar el acuerdo de conformidades pensando en la rebaja de la medida (entendida como una ganancia) a corto plazo y descontar las consecuencias a largo plazo de la decisión⁹⁴.

⁸⁸ HESSICK/SAUJANI, «Plea bargaining and convicting the innocent: The role of the prosecutor, the defense counsel, and the judge», *Brigham Young University Journal of Public Law*, 16, 2002, pp. 189–243.

⁸⁹ STEINBERG, *Developmental Psychobiology: The Journal of the International Society for Developmental Psychobiology*, 52(3), 2010.

⁹⁰ PETERS/WIEFFERINK/HOEKSTRA/BUIJS/TEN DAM/PAULUSSEN, «A review of similarities between domain-specific determinants of four health behaviors among adolescents», *Health education research*, 24(2), 2009, pp. 198–223.

⁹¹ CAUFFMAN/SHULMAN/STEINBERG/CLAUS/BANICH/GRAHAM/WOOLARD, «Age differences in affective decision making as indexed by performance on the Iowa Gambling Task», *Developmental psychology*, 46(1), 2010, p. 193.

⁹² FOUNTAIN, «Adolescent plea bargains: Developmental and contextual influences of plea bargain decision making», [Tesis Doctoral], Georgetown University, 2017.

⁹³ DAFTARY-KAPUR/ZOTTOLI, *International Journal of Forensic Mental Health*, 13, 2014.

⁹⁴ REDLICH, «The susceptibility of juveniles to false confessions and false guilty pleas», *Rutgers Law Review*, 62, 2010.

4.3. La influencia del entorno familiar y el grupo de iguales

Además de las capacidades y habilidades que poseen los jóvenes para tomar decisiones legales, hay que tener en cuenta los factores externos que rodean ese proceso de toma de decisión. Algunos estudios cualitativos han explorado cómo los actores no legales (familiares, amigos...) pueden influir en la decisión del acusado de conformarse o no⁹⁵.

Los menores suelen ser dependientes de las figuras de referencia paternas en la vida diaria, e igualmente, los padres están implicados y participan directamente cuando un menor debe tomar una decisión difícil, ejerciendo una influencia (directa o indirecta) en los procesos de toma de decisiones de estos⁹⁶. Además, en muchos casos, los padres tendrán mayor competencia legal, aunque no son requeridos para ello, y son capaces de asistir al menor para que entienda y comprenda mejor el proceso de la conformidad y las consecuencias que de él derivan⁹⁷.

Los padres también pueden tener en cuenta los intereses de sus hijos y actuar pensando en su propio bien e interés. De ahí que estos a menudo pueden diferir de las opiniones de los letrados defensores sobre la estrategia a seguir para el caso de sus hijos⁹⁸. Así, por ejemplo, pueden preferir que el menor se responsabilice de sus acciones y recomiendan a su hijo admitir su culpa, declararse culpable y llegar a un acuerdo de conformidad. No obstante, el menor y su letrado pueden sentir que no existe evidencia suficiente en su contra y pueden desear ir a juicio⁹⁹.

Además, a pesar de que en la etapa de la adolescencia los más jóvenes suelen desobedecer las órdenes dadas por un adulto o autoridad, estos también se caracterizan por ser más sugestionables, hecho que provoca que, en comparación con los adultos, los menores tiendan a cumplir con las órdenes dadas por una figura de autoridad¹⁰⁰. Así, cuando se han analizado los efectos que tenían las recomendaciones de los padres, encontraron que los menores de 15 a 16 años eran más propensos a renunciar a su propia decisión en favor de la recomendación de uno de sus progenitores¹⁰¹. Debido a que la tendencia a obedecer las recomendaciones u órdenes de las autoridades disminuye a medida que avanza la edad, los menores son más susceptibles de seguir las recomendaciones de las figuras de autoridad y, en consecuencia, aumentan las posibilidades de que las decisiones tomadas sean condicionadas¹⁰².

⁹⁵ FOUNTAIN, «Adolescent plea bargains: Developmental and contextual influences of plea bargain decision making», [Tesis Doctoral], Georgetown University, 2017; REDLICH/BIBAS/EDKINS/MADON, *American Psychologist*, 72, 2017, pp. 339–352.

⁹⁶ FOUNTAIN, «Adolescent plea bargains: Developmental and contextual influences of plea bargain decision making», [Tesis Doctoral], Georgetown University, 2017.

⁹⁷ LAPP, «Taking back juvenile confessions», *UCLA Law Review*, 64, 902, 2017.

⁹⁸ WOESTEHOFF/REDLICH/CATHCART/QUAS, *Translational Issues in Psychological Science*, 5(2), 2019.

⁹⁹ BELOFF/FREDDMAN/KIERSZENBAUM/TERRAGNI, «La justicia juvenil y el juicio abreviado», *La Ley*, 79(73), 2015, pp. 1–8; FOUNTAIN/WOOLARD, *Psychology, Public Policy and Law*, 24, 2018.

¹⁰⁰ GRISSE/STEINBERG/WOOLARD/CAUFFMAN/SCOTT/GRAHAM/LEXCEN/REPUCCI/SCHWARTZ, *Law and Human Behavior*, 27, 2003; LAPP, «Taking back juvenile confessions», *UCLA Law Review*, 64, 902, 2017.

¹⁰¹ FOUNTAIN, «Adolescent plea bargains: Developmental and contextual influences of plea bargain decision making», [Tesis Doctoral], Georgetown University, 2017.

¹⁰² FOUNTAIN, «Adolescent plea bargains: Developmental and contextual influences of plea bargain decision making», [Tesis Doctoral], Georgetown University, 2017.

Otro de los rasgos que caracteriza al colectivo de los menores es la susceptibilidad a la influencia del grupo de iguales, la cual puede poner en riesgo la voluntariedad de la decisión que deben tomar en el proceso penal¹⁰³ ya que, como se ha demostrado, la habilidad de resistir a la influencia del grupo (en general y no solo específicamente en comportamientos antisociales) se desarrolla durante la adolescencia hasta más allá de los dieciocho años¹⁰⁴.

De esta manera, puede que los menores no actúen en su propio interés cuando tienen que decidir si aceptar o rechazar un trato con el fiscal ya que el deseo de proteger a un compañero o amigo puede ser también un factor crucial para los adolescentes¹⁰⁵. Un ejemplo de ello se puede observar en el estudio de FOUNTAIN (2017) donde, del grupo de menores que decidieron rechazar la oferta de conformidad, el 51% alegaron que evitaron la celebración del juicio para no tener que testificar en contra de sus amigos. Este resultado vuelve a demostrar que los jóvenes valoran más las consecuencias inmediatas y las ganancias sociales (preservar la amistad) que las potenciales consecuencias a largo plazo (perder en el juicio).

4.4. ¿Se podría conformar un menor inocente?

La diversidad de factores que pueden condicionar la decisión de un menor a la hora de conformarse o no con la medida propuesta por el fiscal hace que surja la legítima cuestión de si se podría conformar un menor inocente. Al señalar los puntos débiles derivados del uso habitual de la conformidad en los tribunales de justicia, la comunidad científica se ha preocupado en examinar si es realmente posible que se condene a personas inocentes. Así, no es difícil imaginar que un menor situado en una situación de vulnerabilidad ante el proceso penal pueda preferir declararse culpable y asumir la pena ofrecida por el fiscal que arriesgarse a la celebración de un juicio que puede conducir a la imposición de una pena más onerosa¹⁰⁶. Cabe señalar que, a pesar de las divergencias que existen entre nuestro modelo procesal y el estadounidense, podría pensarse que una situación parecida podría replicarse en cualquier sistema judicial, ya que el peligro se origina desde que se posibilita someter a negociación la aceptación de culpabilidad del acusado sin el control eficaz del tribunal¹⁰⁷.

Esta situación, estudiada en el contexto anglosajón, es aún más crítica para los más jóvenes debido a que sus circunstancias y características propias los convierte en un colectivo crítico para ceder ante la presión de la conformidad¹⁰⁸. De esta manera, no es infrecuente que salgan a la luz casos de menores de edad que se han declarado culpables de delitos que no han cometido, normalmente con el objetivo de no hacer frente a un castigo mayor si fuese condenado en un juicio posterior.

¹⁰³ GARDNER/STEINBERG, *Developmental psychology*, 41(4), 2005.

¹⁰⁴ STEINBERG/MONAHAN, «Age differences in resistance to peer influence», *Developmental psychology*, 43(6), 2007.

¹⁰⁵ FOUNTAIN, «Adolescent plea bargains: Developmental and contextual influences of plea bargain decision making», [Tesis Doctoral], Georgetown University, 2017; WARR, «Age, peers, and delinquency», *Criminology*, 31, 1993, pp. 17–40.

¹⁰⁶ LASCURAÍN/GASCÓN, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 2018; RAKOFF, *The New York Review of Books*, 2014, entre otros.

¹⁰⁷ LASCURAÍN/GASCÓN, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 2018.

¹⁰⁸ HELM/REYNA/FRANZ/NOVICK, «Too young to plead? Risk, rationality, and plea bargaining's innocence problem in adolescents», *Psychology, Public Policy, and Law*, 24(2), 2018.

De hecho, la comunidad científica ha revelado que los menores y adolescentes, debido a su inmadurez y desarrollo incompleto son más propensos que los adultos a realizar declaraciones de culpabilidad tanto verdaderas como falsas¹⁰⁹. Contrario a lo que pueda parecer, no se trata de casos aislados¹¹⁰, sino que los casos de revocaciones de sentencias erróneas¹¹¹, los estudios de autoinforme¹¹², o la recreación de escenarios hipotéticos¹¹³ demuestran que los jóvenes son particularmente vulnerables a confesar una culpabilidad falsa en comparación con los adultos, aun cuando son inocentes¹¹⁴. Así lo demuestra el estudio de MALLOY ET AL., (2014) que, utilizando el autoinforme con una muestra de delincuentes juveniles que cometieron delitos graves, descubrió que más de un tercio de la muestra afirmó haber hecho una confesión falsa a las autoridades legales.

En definitiva, nunca se podrá saber con certeza cuál es la probabilidad de que un menor inocente (o que siendo culpable tenga una menor responsabilidad de la que se le inculpa) se conforme con la pena solicitada con el fiscal. Sin embargo, el propio funcionamiento del mecanismo de la conformidad y las vulnerabilidades de los más jóvenes sugieren que esta posibilidad es más común de lo que se cree. Por ello, sería necesario una reforma legislativa con el fin de corregir las deficiencias de esta institución y reducir al máximo el riesgo de condenar a inocentes.

5. La percepción de justicia en el proceso de conformidad

Como se ha referido anteriormente, las autoridades legales deben trabajar adaptándose a las circunstancias especiales presentes en los menores de edad. Tanto las directrices desarrolladas por el Consejo de Europa que promueven una *child friendly justice* como la Directiva 800/2016, aprobada por el Consejo de la Unión Europea relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales giran en torno a una idea principal: crear una justicia pensada y adaptada a los menores, en definitiva, una justicia accesible.

No obstante, es cuestionable que los procesos de conformidad, tan extendidos en nuestro sistema penal juvenil, sigan esta misma dirección. Por un lado, se han destacado las desventajas aparejadas a esta institución como son la renuncia de derechos constitucionales, la pérdida de la percepción jurídica o la posible condena de un menor inocente¹¹⁵ y, por otro lado, se ha constatado que los menores, cuando se conforman, no son conscientes de qué implicaciones va a tener a corto-medio plazo en sus vidas. Muchos de los jóvenes que se han conformado con la petición del fiscal comprenden qué implica «conformarse» cuando ya están cumpliendo la

¹⁰⁹ GRISSE/STEINBERG/WOOLARD/CAUFFMAN/SCOTT/GRAHAM/LEXCEN/REPUCCI/SCHWARTZ, *Law and Human Behavior*, 27, 2003.

¹¹⁰ DERVAN/EDKINS, «The innocent defendant's dilemma: An innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem», *Journal of Criminal Law & Criminology*, 103, 2013.

¹¹¹ DRIZIN/LEO, «The problem of false confessions in the post-DNA world», *North Carolina Law Review*, 82, 2004, pp. 891–1008.

¹¹² GUDJONSSON/SIGURDSSON/SIGFUSDOTTIR/YOUNG, «False confessions to police and their relationship with conduct disorder, ADHD, and life adversity», *Personality and Individual Differences*, 52(6), 2012, pp. 696-701.

¹¹³ GOLDSTEIN/CONDIE/KALBEITZER/OSMAN/GEIER, «Juvenile offenders' Miranda rights comprehension and self-reported likelihood of offering false confessions», *Assessment*, 10(4), 2003, pp. 359-369.

¹¹⁴ HELM/REYNA/FRANZ/NOVICK, *Psychology, Public Policy, and Law*, 24(2), 2018; ZOTTOLI/DAFTARY-KAPUR/WINTERS/HOGAN, *Psychology, Public Policy and Law*, 22, 2016.

¹¹⁵ DEL MORAL GARCÍA, *Revista Auctoritas Prudentium*, 1(11), 2008; LASCURAÍN/GASCÓN, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 2018.

medida. Esta sensación de no comprender puede afectar negativamente a la imagen que los jóvenes tienen sobre las autoridades judiciales y sobre la legitimidad del sistema penal en general¹¹⁶.

Esto es realmente importante porque existe una amplia literatura científica que destaca la importancia de la percepción por parte de la ciudadanía de que el sistema y las actuaciones sean legítimas¹¹⁷. De este modo, la percepción por parte del menor de que se le trata de manera justa y equitativa es un buen indicador para predecir el cumplimiento de la decisión judicial y la cooperación con el sistema de justicia.

Más concretamente, TYLER¹¹⁸, el autor de la teoría de la justicia procedural, identificó cuatro factores que afectan a la forma en la que la ciudadanía evalúa el sistema judicial: en primer lugar, las personas quieren tener «voz» en el proceso de toma de decisiones, es decir, se debe constatar si las personas involucradas tienen la oportunidad de contar su versión de la historia ante las autoridades; en segundo lugar, las personas obedecen a las autoridades si se percibe su neutralidad (sus decisiones están basadas en principios legales en lugar de opiniones personales y prejuicios); en tercer lugar, las personas demandan ser tratadas con dignidad y respeto; y finalmente, los individuos valoran que las autoridades se muestren como individuos en los que se puede confiar. En definitiva, si las personas creen que se respetan y garantizan sus derechos, si se sienten escuchados y si perciben que se les trata de manera digna y respetuosa, entonces tenderán a tener una imagen más positiva de la justicia, pudiendo aceptar decisiones que de otro modo se considerarían incorrectas o sustancialmente injustas.

Atendiendo a estos cuatro factores de la justicia procedural, se puede valorar cómo se realizan las conformidades en la actualidad y qué directrices se podrían seguir para mejorar este proceso de toma de decisión. Se contribuye en última instancia al aumento de la confianza en la justicia por parte de los menores y a un mayor cumplimiento y obediencia de las normas y decisiones judiciales.

En primer lugar, el proceso por el que se llega a la conformidad debería permitir que los menores procesados tengan voz en la medida en que perciben una oportunidad para poder contar su historia. Curiosamente, algunas investigaciones sugieren que incluso si la oportunidad de ser escuchado se produce después de haber tomado la decisión relevante, los individuos valoran haber tenido esa voz¹¹⁹; sin embargo, los efectos positivos son mayores si se brinda esta oportunidad de ser escuchado antes de finalizar el proceso. Por ello, sería conveniente que los fiscales aseguren dar al acusado esta oportunidad para hablar antes de presentar una oferta al acusado. Igualmente, el abogado, en la medida en que se considera el garante de esa «voz» del acusado, no debe pactar un acuerdo de conformidad con el fiscal sin haber consultado con su cliente tal propuesta¹²⁰. En este sentido, se han hallado correlaciones significativas positivas

¹¹⁶ BERNUZ-BENEITEZ/FERNÁNDEZ-MOLINA, «La pedagogía de la justicia de menores», *Revista española de pedagogía*, 77(273), 2019, pp. 229-244.

¹¹⁷ TYLER, «Restorative justice and procedural justice: Dealing with rule breaking», *Journal of social issues*, 62(2), 2006, pp. 307-326.

¹¹⁸ TYLER, *Journal of social issues*, 62(2), 2006, pp. 307 ss.

¹¹⁹ O'HEAR, «Plea bargaining and procedural justice», *Georgia Law Review*, 42, 2008, pp. 407-469.

¹²⁰ O'HEAR, *Georgia Law Review*, 42, 2008, pp. 407-469.

entre la percepción del acusado en términos de justicia procedural y la cantidad de tiempo que pasaba reuniéndose con su letrado¹²¹ y la calidad de trato y satisfacción con el letrado¹²².

En este sentido, después de haber escuchado al menor, es preciso informar al menor del resultado del proceso y explicarle cómo se tuvieron en cuenta sus opiniones y los factores que han condicionado alcanzar la decisión final. La exigencia de que el juez explique las razones de su decisión es una garantía de que no se escucha al menor como una mera formalidad.

En segundo lugar, la neutralidad está asociada con la imparcialidad y la honestidad. La mayoría de los fiscales se presumen neutrales, pero deben convencer y asegurar a los menores que realmente lo son. En el ámbito de la conformidad, los fiscales deberían mejorar la explicación a los menores de los pasos seguidos para adoptar su posición, demostrando que se siguió un proceso neutral¹²³. Además, aparte de que el abogado transmita esta información al menor, el fiscal tendría que explicar su razonamiento en un lenguaje accesible en la audiencia del juicio, cuando el menor esté físicamente presente para aceptar la conformidad.

En tercer lugar, las personas confiarán en las instituciones legales cuando perciban que se preocupan por su bienestar y las traten de manera justa. En el contexto de la conformidad, el fiscal debería abordar expresamente cualquier reclamo presentado por el menor en aras de conseguir un trato más indulgente, pudiendo contestar en los propios términos del acusado por qué acepta o rechaza ese trato¹²⁴.

En cuarto lugar, los individuos valoran positivamente que las autoridades les traten con respeto y educación, garantizando los aspectos emocionales¹²⁵. También la propia atmósfera judicial incidirá positiva o negativamente en la imagen que tengan los menores de la justicia, por lo que se deben cuidar ciertos aspectos como la puntualidad de las comparecencias o evitar las bromas de mal gusto. De esta manera, se debería evitar una práctica frecuente entre los fiscales, y es la de realizar ofertas de conformidad al acusado cuando no dejan un tiempo efectivo para que este pueda tener tiempo suficiente para valorarlo con su abogado.

En definitiva, cualquier interacción del menor con las autoridades presentes durante la práctica de la conformidad podría ser un buen momento para mejorar la imagen del sistema de justicia. Con sencillas recomendaciones como asegurar que el menor tenga la oportunidad de contar su versión de la historia, explicarle los motivos que reconocen un trato más indulgente o abstenerse de las tácticas de presión, se podría aumentar notablemente la legitimidad y confianza del menor en las instituciones.

¹²¹ CASPER/TYLER/FISHER, «Procedural justice in felony cases», *Law & Society Review*, 22(3), 1988, pp. 483-508.

¹²² PETERSON-BADALI/CARE/BROEKING, «Young People's Perceptions and Experiences of the Lawyer-Client Relationship», *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 49(3), 2007, pp. 375-401.

¹²³ O'HEAR, *Georgia Law Review*, 42, 2008.

¹²⁴ O'HEAR, *Georgia Law Review*, 42, 2008.

¹²⁵ FERNÁNDEZ-MOLINA, *Cuadernos de Política Criminal*, 109, 2013.

6. Conclusiones

La expansión internacional de la institución de la conformidad ha provocado que se integre como una forma de resolución de conflictos más en la justicia penal de menores, lo que ha supuesto que en los países continentales -incluido España- más de la mitad de las sentencias condenatorias sean resultado de haber alcanzado un acuerdo de conformidad. A pesar de que los sistemas judiciales de adultos y menores siguen principios y objetivos diferentes, el procedimiento de la conformidad permanece casi inalterable en ambos sistemas, produciéndose una degradación de la justicia penal al no tutelar los intereses de la sociedad, ni del menor acusado ni de las víctimas.

Bajo las aparentes ventajas que origina el sistema de conformidades (celeridad, eficacia, economía procesal, fomento de la asunción de responsabilidad del menor), la realidad muestra que en la práctica adolece de grandes deficiencias que podrían ser subsanables. De hecho, estas ventajas teóricas se ven desplazadas cuando se intenta fomentar el sistema de conformidades a cualquier precio, cuando en la práctica el menor sustituye el arrepentimiento y el reconocimiento de culpa voluntario por la necesidad de conformarse como estrategia para evitar una condena mayor.

Además, la aplicación práctica de la conformidad en la justicia de menores presenta grandes perjuicios para este colectivo, al no tener en cuenta sus vulnerabilidades propias ante un proceso penal. La presunción de que un menor podrá tomar una decisión racional que suponga elegir entre conformarse o ir a juicio es totalmente equivocada, al estar condicionados por limitaciones cognitivas y de desarrollo.

Detrás de esta toma de decisión del menor se pueden esconder prácticas coercitivas por parte del letrado defensor y amenazas por parte de la fiscalía, quienes presionan al joven para evitar la celebración del juicio alegando que esta es su mejor opción. La promesa de un descuento en la medida es vista por los menores como una gratificación a corto plazo que es difícilmente rechazable. Sin embargo, en el caso de que el menor desatienda la recomendación de su abogado, este se puede enfrentar a una agravación de la medida judicial como castigo por no asumir su responsabilidad desde el principio; una práctica que tenderá a «disimularse» pero que, en definitiva, supondrá una condena más grave.

Si bien los menores pueden obtener beneficios llegando a un acuerdo con la acusación como puede ser la rebaja de la medida, la literatura ha discutido hasta qué punto se les puede coaccionar para que se declaren culpables y así evitar ese castigo mayor al que se enfrentan con la celebración del juicio. En este sentido, la falta de competencia legal, las diferencias cognitivas y de procesamiento, la tendencia a tomar decisiones basándose en consecuencias a corto plazo, la propensión a realizar falsas declaraciones de culpabilidad, y la susceptibilidad de ceder ante la presión de las figuras de autoridad, son razones que permiten pensar que los menores son más vulnerables ante la presión de la conformidad facilitando la posibilidad de que pudieran ser condenados siendo inocentes.

Por último, el limitado contacto del letrado con el menor o la estrategia de solicitar medidas más duras o de larga duración para forzar la negociación son prácticas que ponen en peligro un juicio justo. Sin embargo, quizás el mayor inconveniente sea que este tipo de prácticas pueden afectar a

la imagen que el menor tenga sobre la legitimidad del sistema de justicia y su compromiso a cumplir la condena impuesta.

Sería necesario, en este sentido, implementar medidas de justicia procedural en todo el proceso de la conformidad, con el objetivo de que cumpla con la función educativa, pedagógica y responsabilizadora que exige la ley del menor. Solamente así, en un proceso donde los operadores jurídicos se presenten como profesionales en los que el menor pueda confiar, aumentando su participación, ofreciéndole un trato digno, respetuoso e imparcial, se podrá mejorar la imagen de justicia y la legitimidad del sistema y con ello favorecer la colaboración en el cumplimiento de la condena y el comportamiento normativo futuro.

7. Bibliografía

ALSCHULER, Albert, «The defense attorney's role in plea-bargaining», *Yale Law Journal*, 84, 1975, pp. 1179 ss.

ALSCHULER, Albert, «Preventive pretrial detention and the failure of interest-balancing approaches to due process», *Michigan Law Review*, 85(3), 1986, pp. 510 ss.

BALL, Jeremy D. «Is it a prosecutor's world? Determinants of count bargaining decisions», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 22(3), 2006, pp. 241 ss.

BELOFF, Mary/FREEDMAN, Diego/KIERSZENBAUM, Mariano/TERRAGNI, Martiniano, «La justicia juvenil y el juicio abreviado», *La Ley*, 79(73), 2015, pp. 1 ss.

BERNUZ BENEITEZ, María José, «Cuando los menores declaran en la justicia de menores», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 40, 2019, pp. 1 ss.

BERNUZ BENEITEZ, María José/FERNÁNDEZ-MOLINA, Esther, «La pedagogía de la justicia de menores», *Revista española de pedagogía*, 77(273), 2019, pp. 229 ss.

BIBAS, Stephanos, «Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial», *Harvard Law Review*, 2004, pp. 2463 ss.

BIBAS, Stephanos/BIERSCHBACH, Richard A. «Integrating remorse and apology into criminal procedure», *Yale LJ*, 114, 85, 2004.

BIRCKHEAD, Tamar R. «Culture clash: The challenge of lawyering across difference in juvenile court», *Rutgers Law Review*, 62, 959, 2009.

BURKE, Alafair S. «Prosecutorial passion, cognitive bias, and plea bargaining», *Marquette Law Review*, 183, 2007.

BURROW, John D./LOWERY, Patrick G. «A preliminary assessment of the impact of plea bargaining among a sample of waiver-eligible offenders», *Youth violence and juvenile justice*, 13(3), 2015, pp. 211 ss.

BUSHWAY, Shawn D./REDLICH, Allison D. «Is plea bargaining in the “shadow of the trial” a mirage?», *Journal of Quantitative Criminology*, 28(3), 2012, pp. 437 ss.

CALDWELL, H. Mitchell, «Coercive plea bargaining: The unrecognized scourge of the justice system», *Catholic University Law Review*, 61, 2012, pp. 63 ss.

CASPER, Jonathan D./TYLER, Tom/FISHER, Bonnie, «Procedural justice in felony cases», *Law & Society Review*, 22(3), 1988, pp. 483 ss.

CAUFFMAN, Elizabeth/SHULMAN, Elizabeth P./STEINBERG, Laurence/CLAUS, Eric/BANICH, Marie T./GRAHAM, Sandra/WOOLARD, Jennifer, «Age differences in affective decision making as indexed by performance on the Iowa Gambling Task», *Developmental psychology*, 46(1), 2010, 193.

CAUFFMAN, Elizabeth/STEINBERG, Laurence, «Emerging findings from research on adolescent development and juvenile justice», *Victims & Offenders*, 7(4), 2012, pp. 428 ss.

COOPER, Deborah K. «Juveniles' understanding of trial-related information: Are they competent defendants?», *Behavioral Sciences and the Law*, 15(2), 1997, pp. 167 ss.

CREMONESI, Luca, *Il patteggiamento nel proceso penale*, CEDAM, Padova, 2005.

DAFTARY-KAPUR, Tarika/ZOTTOLI, Tina, «A first look at the plea deal experiences of juveniles tried in adult court», *International Journal of Forensic Mental Health*, 13, 2014, pp. 323 ss.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio, «La conformidad en el Proceso Penal: reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español», *Revista Auctoritas Prudentium*, 1(11), 2008.

DERVAN, Lucian E./EDKINS, Vanessa A. «The innocent defendant's dilemma: An innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem», *Journal of Criminal Law & Criminology*, 103, 2013.

DRIZIN, Steven A./LEO, Richard A. «The problem of false confessions in the post-DNA world», *North Carolina Law Review*, 82, 2004, pp. 891 ss.

DRIZIN, Steven A./LUOFF, Greg, «Are juvenile courts a breeding ground for wrongful convictions?», *Northern Kentucky Law Review*, 34, 2007, pp. 275 ss.

EDKINS, Vanessa A. «Defense attorney plea recommendations and client race: Does zealous representation apply equally to all?», *Law and Human Behavior*, 35, 2011, pp. 413 ss.

FAIR TRIALS, *The disappearing trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, 2016. Disponible en: https://www.fairtrials.org/sites/default/files/publication_pdf/Report-The-Disappearing-Trial.pdf

FERNÁNDEZ-MOLINA, Esther, «Una aproximación a la figura del abogado en la justicia de menores. Una aproximación a la figura del abogado en la justicia de menores», *Cuadernos de Política Criminal*, 109, 2013, pp. 217 ss.

FERNÁNDEZ-MOLINA, Esther/BLANCO, Beatriz, «Avanzando hacia una "child-friendly justice". Un estudio sobre la accesibilidad de la justicia juvenil española», *Boletín Criminológico*, 2015.

FERNÁNDEZ-MOLINA, Esther/BERMEJO, María/BAZ, Olalla, «Percepciones de los jóvenes infractores sobre la justicia de menores», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 16, 2018, 1 ss.

FERNÁNDEZ-MOLINA, Esther/MONTERO-MOLERA, Alicia, «An Assessment of How Rights Are Read and Exercised at a Police Station in Spain», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2021, pp. 1 ss.

FERNÁNDEZ-MOLINA, Esther/VICENTE, Lydia/TARANCÓN, Pilar, «Derechos procesales de los menores extranjeros: un estudio de su aplicación práctica en la justicia penal», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 2017.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, «El plea bargaining o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018.

FLYNN, Asher/FREIBERG, Arie, *Plea negotiations: Pragmatic justice in an imperfect world*, Springer, 2018.

FOUNTAIN, Erika N. «Adolescent plea bargains: Developmental and contextual influences of plea bargain decision making», [Tesis Doctoral], Georgetown University, 2017.

FOUNTAIN, Erika N./WOOLARD, Jennifer, «How defense attorneys consult with juvenile clients about plea bargains», *Psychology, Public Policy and Law*, 24, 2018, pp. 192 ss.

FRAGA MANDIÁN, Javier, «La sentencia de conformidad. Especial consideración de la denominada conformidad premiada», [Tesis doctoral], 2016.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.

GARDNER, Margo/STEINBERG, Laurence, «Peer influence on risk taking, risk preference, and risky decision making in adolescence and adulthood: an experimental study», *Developmental psychology*, 41(4), 2005.

GAZAL-AYAL, Oren/RIZA, Limor «Economic Analysis of Plea-bargaining and prosecution», *Criminal Law and Economics*, 2009.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2018.

GOLDSTEIN, Naomi E./CONDIE, Lois/KALBEITZER, Rachel/OSMAN, Douglas/GEIER, Jessica L. «Juvenile offenders' Miranda rights comprehension and self-reported likelihood of offering false confessions», *Assessment*, 10(4), 2003, pp. 359 ss.

GRISSO, Thomas, «Juveniles' capacities to waive Miranda rights: An empirical analysis», *California Law Review*, 68, 1980.

GRISSO, Thomas, «The competence of adolescents as trial defendants», *Psychology, Public Policy, and Law*, 3, 1997, pp. 3 ss.

GRISSO, Thomas/STEINBERG, Laurence/WOOLARD, Jennifer/CAUFFMAN, Elizabeth/SCOTT, Elizabeth/GRAHAM, Sandra/LEXCEN, Fran/REPPUCCI, N. Dickon/SCHWARTZ, Robert, «Juveniles' competence to stand trial: A comparison of adolescents' and adults' capacities as trial defendants», *Law and Human Behavior*, 27, 2003, pp. 333 ss.

GUDJONSSON, Gisli H./SIGURDSSON, Jon Fridrik/SIGFUSDOTTIR, Inga Dora/YOUNG, Susan, «False confessions to police and their relationship with conduct disorder, ADHD, and life adversity», *Personality and Individual Differences*, 52(6), 2012, pp. 696 ss.

HELM, Rebecca K./REYNA, Valerie F./FRANZ, Allison A./NOVICK, Rachel Z. «Too young to plead? Risk, rationality, and plea bargaining's innocence problem in adolescents», *Psychology, Public Policy, and Law*, 24(2), 2018.

HENDERSON, Kelsey S./LEVETT, Lora M. «Plea Bargaining: The Influence of Counsel», *In Advances in Psychology and Law*, 4, 2019, pp. 73 ss.

HENDERSON, Kelsey S./SHTEYNBERG, Reveka V. «Plea decision-making: the influence of attorney expertise, trustworthiness, and recommendation», *Psychology, Crime & Law*, 26(6), 2020, pp. 527 ss.

HESSICK, F. Andrew/SAUJANI, Reshma, «Plea bargaining and convicting the innocent: The role of the prosecutor, the defense counsel, and the judge», *Bingham Young University Journal of Public Law*, 16, 2002, pp. 189 ss.

HEUMANN, Milton, «Plea bargaining», en SMELSER, NEIL J. & BALTES, PAUL B. (eds.), *International encyclopedia of the social & behavioral sciences*, 11, Elsevier, 2001, pp. 11507 ss.

KABAN, Barbara/QUINLAN, Judith C. «Rethinking a “knowing, intelligent and voluntary waiver” in Massachusetts’ juvenile courts», *Journal of the Center for Families, Children and the Courts*, 5, 2004, pp. 35 ss.

KASSIN, Saul M./DRIZIN, Steven A./GRISSE, Thomas/GUDJONSSON, Gisli H./LEO, Richard A./REDLICH, Allison D. «Police-induced confessions: Risk factors and recommendations», *Law and human behavior*, 34(1), 2010, pp. 3 ss.

KELLOUGH, Gail/WORTLEY, Scot, «‘Remand for plea: Bail decisions and plea bargaining as commensurate decision’», *British Journal of Criminology*, 42(1), 2002, pp. 186 ss.

KEMP, Steven/VARONA, Daniel, «Is there a penalty for going to trial in Spain? Plea bargaining and courtroom efficiency», *European Journal of Criminology*, 2022, pp. 1-24.

KISEKKA, Nakibuu Gladys, «Plea bargaining as a human rights question», *Cogent Social Sciences*, 6(1), 2020.

KRAMER, Greg M./WOLBRANSKY, Melinda/HEILBRUN, Kirk, «Plea bargaining recommendations by criminal defense attorneys: Evidence strength, potential sentence, and defendant preference», *Behavioral sciences & the law*, 25(4), 2007, pp. 573 ss.

KUTATELADZE, Besiki L./ANDILORO, Nancy R./JOHNSON, Brian D./SPOHN, Cassia, «Cumulative disadvantage: Examining racial and ethnic disparity in prosecution and sentencing», *Criminology*, 52(3), 2014, pp. 514 ss.

KUTATELADZE, Besiki L./LAWSON, Victoria Z. «Is a plea really a bargain? An analysis of plea and trial dispositions in New York City», *Crime & Delinquency*, 64(7), 2018, pp. 856 ss.

LAMONTAGNE, Laurel, «Children under pressure: the problem of juvenile false confession and potential solutions», *Western State University Law Review*, 41(1), 2013, pp. 29 ss.

LANDES, William M. «An economic analysis of the courts», *The Journal of Law and Economics*, 14(1), 1971, pp. 61 ss.

LAPP, Kevin, «Taking back juvenile confessions», *UCLA Law Review*, 64, 2017, 902.

LASCURAÍN, Juan Antonio/GASCÓN, Fernando, «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2018.

LEVERICK, Fiona, «Tensions and Balances, Costs and Rewards: The Sentence Discount in Scotland», *Edinburgh Law Review*, 8(3), 2004, pp. 360 ss.

LOWERY, Patrick G. «Plea bargains among serious and violent girls: An intersectional approach exploring race in the juvenile court», *Feminist criminology*, 14(1), 2019, pp. 115 ss.

MNOOKIN, Robert H./KORNHAUSER, Lewis, «Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce», *The Yale Law Journal*, 88, 1979, pp. 950 ss.

MOLINA, Ricardo, «La conformidad en el proceso penal (Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana)», [Tesis Doctoral], Universidad de Sevilla, 2010.

MONTERO MOLERA, Alicia, «El instituto de la conformidad en la justicia de menores», en ABADÍAS, ALFREDO/CÁMARA, SERGIO/SIMÓN, PERE (eds.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor: a los 20 años de la ley orgánica 5-2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Walters Kluwer, 2021, pp. 909-923.

MONTERO MOLERA, Alicia, «Un análisis del mecanismo de la conformidad», *Ius et Praxis*, 27(3), 2021, pp. 198-217.

NEMOYER, Amanda/KELLY, Sharon/ZELLE, Heather/GOLDSTEIN, Naomi E. S. «Attorney perspectives on juvenile and adult clients' competence to plead guilty», *Psychology, Public Policy, and Law*, 24, 2018, pp. 171 ss.

O'HEAR, Michael M. «Plea bargaining and procedural justice», *Georgia Law Review*, 42, 2008, pp. 407 ss.

PETERSON-BADALI, Michele/ABRAMOVITCH, Rona, «Children's knowledge of the legal system: Are they competent to instruct legal counsel?», *Canadian Journal of Criminology*, 34(2), 1992, pp. 139 ss.

PETERS, Louk W./WIEFFERINK, Carin H./HOEKSTRA, Femke/BUIJS, Goof J./TEN DAM, Geert T. M./PAULUSSEN, Theo G. W. M. «A review of similarities between domain-specific determinants of four health behaviors among adolescents», *Health education research*, 24(2), 2009, pp. 198 ss.

PETERSON-BADALI, Michele/CARE, Stephanie/BROEKING, Julia, «Young People's Perceptions and Experiences of the Lawyer–Client Relationship», *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 49(3), 2007, pp. 375 ss.

PURITZ, Patricia/BURRELL, Sue/SCHWARTZ, Robert/SOLER, Mark/WARBOYS, Loren, «A call for justice: An assessment of access to counsel and quality of representation in delinquency proceedings», Chicago, IL: ABA Juvenile Justice Center, 1995.

- RAKOFF, Jed S. «Why innocent people plead guilty», *The New York Review of Books*, 2014.
- REDLICH, Allison D./BIBAS, Stephanos/EDKINS, Vanessa A./MADON, Stephanie, «The psychology of defendant plea decision making», *American Psychologist*, 72, 2017, pp. 339 ss.
- REDLICH, Allison D./BONVENTRE, Catherine L. «Content and comprehensibility of juvenile and adult tender-of-plea forms: Implications for knowing, intelligent, and voluntary guilty pleas», *Law and Human Behavior*, 39, 2015, pp. 162 ss.
- REDLICH, Allison D./SHTEYNBERG, Reveka V. «To Plead or Not to Plead: A Comparison of Juvenile and Adult True and False Plea Decisions», *Law and Human Behavior*, 40(6), 2016, pp. 611 ss.
- REDLICH, Allison D./WILFORD, Miko M./BUSHWAY, Shawn, «Understanding guilty pleas through the lens of social science», *Psychology, Public Policy, and Law*, 23(4), 2017, pp. 458 ss.
- REDLICH, Allison D./ZOTTOLI, Tina M./DAFTARY-KAPUR, Tarika, «Juvenile Justice and Plea Bargaining», en EDKINS, VANESSA A./REDLICH, ALLISON D. (eds.), *A System of Pleas: Social Sciences Contributions to the Real Legal System*, Oxford University Press, 2019, pp.107-123.
- SALA I DONADO, Cristina, «Proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal», [Tesis Doctoral], Universitat de Girona, 2002.
- SANBORN, Joseph B. «Pleading guilty in juvenile court: Minimal ado about something very important to young defendants», *Justice Quarterly*, 9, 1992, pp. 127 ss.
- SAVITSKY, Douglas, «Is Plea Bargaining a Rational Choice? Plea Bargaining as an Engine of Racial Stratification and Overcrowding in the United States Prison System», *Rationality and Society*, 24(2), 2012, pp. 131 ss.
- SCHNEIDER, Ryan, «How Big is Too Big?: The Potentially Coercive Effects of Plea Discount on Innocent Defendants», *Theses, Dissertations and Culminating Projects*, 149, 2018.
- SMITH, Douglas A. «The plea bargain controversy», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 77, 1986, pp. 949 ss.
- STEINBERG, Laurence, «Risk taking in adolescence: New perspectives from brain and behavioral science», *Current directions in psychological science*, 16(2), 2007, pp. 55 ss.
- STEINBERG, Laurence/MONAHAN, Kathryn C. «Age differences in resistance to peer influence», *Developmental psychology*, 43(6), 2007.
- STEINBERG, Laurence, «A dual systems model of adolescent risk-taking», *Developmental Psychobiology: The Journal of the International Society for Developmental Psychobiology*, 52(3), 2010, pp. 216 ss.
- STEINBERG, Laurence, «The influence of neuroscience on US Supreme Court decisions about adolescents' criminal culpability», *Nature Reviews Neuroscience*, 14(7), 2013, pp. 513 ss.
- TATA, Cyrus/GORMLEY, Jay M. «Sentencing and plea bargaining: Guilty pleas versus trial verdicts», *Criminology & Criminal Justice*, Oxford University Press, 2018.
- TYLER, Tom R. «Restorative justice and procedural justice: Dealing with rule breaking», *Journal of social issues*, 62(2), 2006, pp. 307 ss.

VARONA, Daniel/KEMP, Steven/BENÍTEZ, Olivia, «La conformidad en España: predictores e impacto en la penalidad», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1, 2022, pp. 307-336.

VIANO, Emilio C. «Plea bargaining in the United States: A perversion of justice», *Revue internationale de droit pénal*, 83(1), 2012, pp. 109 ss.

VILJOEN, Jordi L./KLAVER, Jessica/ROESCH, Ronald, «Legal decisions of preadolescent and adolescent defendants: Predictors of confessions, pleas, communication with attorneys, and appeals», *Law and Human Behavior*, 29, 2005, pp. 253 ss.

VILJOEN, Jordi L./MCLACHLAN, Kaitlyn/WINGROVE, Twila/PENNER, Erika, «Defense attorneys' concerns about the competence of adolescent defendants», *Behavioral sciences & the law*, 28(5), 2010, pp. 630 ss.

VIÑARÁS GIMÉNEZ, Carmen, «Mediación, conciliación y sentencias de conformidad», [Tesis doctoral], Universidad Complutense de Madrid, 2015.

VON HIRSCH, Andrew/ASHWORTH, Andrew, *Proportionate sentencing: Exploring the principles*, Oxford University Press, 2005.

WARR, Mark, «Age, peers, and delinquency», *Criminology*, 31, 1993, pp. 17 ss.

WOESTHOFF, Skye A./REDLICH, Allison D./CATHCART, Elizabeth J./QUAS, Jordi A. «Legal professionals' perceptions of juvenile engagement in the plea process», *Translational Issues in Psychological Science*, 5(2), 2019.

WUNDERSITZ, JOY/NAFFINE, Ngaire, «Pre-trial negotiations in the Children's Court», *The Australian and New Zealand Journal of Sociology*, 26(3), 1990, pp. 329 ss.

ZELLE, Heather/ROMAINE, Christina L./GOLDSTEIN, Naomi E. S. «Juveniles' Miranda comprehension: Understanding, appreciation, and totality of circumstances factors», *Law and Human Behavior*, 39, 2015, pp. 281 ss.

ZOTTOLI, Tina M./DAFTARY-KAPUR, Tarika/WINTERS, Georgia Mae/HOGAN, Conor, «Plea discounts, time-pressures and false guilty pleas in youth and adults who pleaded guilty to felonies in New York City», *Psychology, Public Policy and Law*, 22, 2016, pp. 250 ss.

Julián Carlos Ríos Martín
Universidad Pontificia Comillas.
ICADE.

Procesos de Justicia Restaurativa en abusos sexuales cometidos en el seno de la Iglesia Católica española

Reflexiones, aprendizajes y propuestas desde la experiencia

Sumario

El presente trabajo tiene como objetivo compartir aprendizajes y propuestas a partir de la facilitación de veinticinco procesos restaurativos en el contexto de victimización sexual de menores por personas adultas (profesores, sacerdotes, religiosas) pertenecientes a instituciones de la Iglesia Católica. En dichos procesos han participado trece personas que fueron abusadas, once personas que agredieron, y cuatro provinciales y representantes de congregaciones religiosas y dos personas en calidad de cónyuge y amigo personal de la víctima. Los procesos restaurativos han sido encuentros y círculos entre víctimas y representantes de la institución, encuentros directos entre víctima y agresor-a y círculos entre la víctima y otras personas religiosas de la época.

Abstract

The aim of this paper is to share learnings and proposals from the facilitation of twenty five restorative processes in the context of sexual victimization of minors by adults (teachers, priests, nuns) belonging to institutions of the Catholic Church. Thirteen people who were abused, eleven who committed abuse, four provincials and representatives of religious congregations, and two individuals who are spouses and personal friends of the victims participated in the encounters. The restorative processes were carried out as meetings and circles between victims and representatives of the institution, direct encounters between victim and aggressor and circles between the victim and other religious representatives at the time.

Title: Restorative processes in sexual abuse within the Spanish Catholic Church: reflections, learnings and proposals from experience.

Palabras clave: abuso sexual, Iglesia Católica, víctimas, Justicia restaurativa, reconciliación.

Keywords: sexual abuse, Catholic Church, victims, Restorative Justice, reconciliation

DOI: 10.31009/InDret.2023.i1.08

1.2023

Recepción

15/06/2022

Aceptación

10/12/2022

1. A modo de Introducción: objetivo y metodología

2. Aproximaciones al fenómeno y contexto de los abusos a menores en el seno de la Iglesia Católica

3. El marco de nuestra intervención: la Justicia restaurativa

4. La esfera victimal

4.1. La atención y cuidados iniciales a quien sufrió los abusos

4.2. Inicio del proceso restaurativo

4.3. Las necesidades de las personas que sufrieron abusos sexuales por religiosos

5. La esfera victimaria: el clérigo o religioso que agrede

5.1. Implicaciones de la terminología utilizada

5.2. El proceso restaurativo: tránsito hacia la responsabilización

6. La esfera de la institución eclesiástica

6.1. La responsabilidad institucional

7. Los procesos restaurativos

7.1. El encuentro entre las víctimas y los responsables de las instituciones eclesiásticas

7.2. El encuentro restaurativo entre víctima y victimario

7.3. La reparación económica del daño sufrido por el abuso sexual.

Riesgos y posibilidades

8. Resultados y propuestas para la reflexión

9. Bibliografía

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

1. A modo de Introducción: objetivo y metodología*

Este artículo está escrito desde la experiencia de facilitación de procesos restaurativos con personas adultas que sufrieron abusos sexuales en su infancia por religiosos y clérigos en el seno de la Iglesia Católica¹.

Desde el inicio de la experiencia fijamos como objetivo principal, además de acompañar en el itinerario restaurativo a víctimas y victimarios, la difusión de aprendizajes. Este artículo no es, por tanto, una reflexión dogmática, ni tampoco abarca la totalidad de esta compleja y suficiente realidad social. Intentamos aportar algunas ideas y perspectivas desde las que abordar la gestión de tales abusos con un horizonte de justicia restaurativa.

Para alcanzar este objetivo hemos utilizado la metodología de autobiografía etnográfica. El trabajo de recolección de datos se ha basado en la observación participante. Las descripciones y reflexiones que se realizan a lo largo de este trabajo han sido elaboradas en dinámicas de puesta en común de los facilitadores. Quienes hemos trabajado directamente en estos acompañamientos restaurativos hemos ido tomando datos y anotaciones en cuadernos de campo. Los facilitadores a lo largo de estos 4 años de trabajo hemos tenido 40 reuniones, con las supervisiones correspondientes, para valorar la evolución de cada proceso, así como para elaborar conjuntamente los aprendizajes expuestos en este trabajo.

En la elaboración de este artículo no hemos transcritto expresiones literales de las personas participantes. Nuestro compromiso como facilitadores del proceso, manifestado en el consentimiento informado, y que es uno de los pilares básicos de la Justicia restaurativa, ha sido el respeto absoluto a la confidencialidad. Nuestro trabajo quedaría deteriorado si las personas intuyesen que sus manifestaciones pueden ser transcritas y publicadas. Por ello, aunque en este artículo sus palabras sean tamizadas por nuestra subjetividad como facilitadores, y sabiendo de su limitación metodológica, preferimos garantizar y evitar cualquier expresión textual que nos hayan manifestado a lo largo del proceso.

Esta decisión de respeto a las expresiones escuchadas es la única forma de mantener éticamente nuestra posición de facilitadores. Para reducir esta subjetividad, quienes estamos trabajando en estos procesos, además de una supervisión técnica, hemos tenido un acompañamiento terapéutico con el fin de abordar los temas referidos a la sexualidad que, personalmente, se nos han ido abriendo. Es el método que hemos utilizado para no proyectar las heridas de transgresiones sexuales que podemos tener en un nivel inconsciente y hacer el trabajo con la mayor pulcritud posible.

Este trabajo se ha desarrollado a lo largo de una media de 25 sesiones de entrevistas individuales con cada uno de los protagonistas. Aproximadamente, en la totalidad de esta experiencia que se presenta, hemos dedicado unas 500 horas de escucha, a las que añadir otras 60 al desarrollo culminativo del proceso: los encuentros cara a cara entre la víctima, el agresor y en su caso, con los

* JULIÁN CARLOS RÍOS MARTÍN (jrios@comillas.edu). El presente trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+I con el título «Exclusión social y sistema penal y penitenciario: análisis y propuestas acerca de tres realidades (inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión)», PID2019-105778RB-I00. Departamento Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ A lo largo del texto utilizaremos el término religioso y clérigo; incluye también a religiosas y sacerdotes. Queremos incluir a todos los miembros del clero, en general, con el término instituciones eclesiásticas que hace relación a congregaciones (religiosas-os y sacerdotes) y obispados o diócesis (seminaristas y sacerdotes).

responsables de la institución religiosa. La media de la duración de cada proceso ha sido de un año y 8 meses.

La evolución de cada persona ha sido cuidadosamente atendida en sus aspectos emocionales, espirituales y materiales, en función de las necesidades que han ido apareciendo. Esta metodología nos ha llevado a concretar aprendizajes y obtener información, no desde fotografías fijas tomadas a través de una única entrevista, sino como consecuencia del dinamismo evolutivo del propio proceso restaurativo. Ello nos ha permitido observar, acompañar y satisfacer las necesidades emocionales, físicas y materiales, que han ido apareciendo a lo largo del proceso, tanto en quienes sufrieron los abusos sexuales, en quienes los cometieron, así como en los responsables de las instituciones que los ampararon. Creemos que esta experiencia, desde este enfoque de acompañamiento transformativo, es pionera en la forma holística de afrontar esta terrible situación. Sin duda, y con humildad, pensamos que esta experiencia de contacto estrecho con esta realidad humana de sufrimiento, algo tiene que aportar.

Esta intervención restaurativa nació en el año 2018 y continua vigente en la actualidad (octubre de 2022). Se sitúa en un contexto privado, con un equipo multidisciplinar de facilitadores de Justicia restaurativa, formado por profesionales del derecho, la psicología, el trabajo social, la educación, la terapia y la enseñanza superior universitaria, que ha sido contratado *ad hoc* por diferentes instituciones de la Iglesia. En algún caso también, el trabajo se realizó sin compensación económica². Nuestra autonomía respecto de las instituciones que nos han contratado para desarrollar estos procesos es absoluta.

Las personas con las que se ha desarrollado directamente el trabajo restaurativo han sido: 13 víctimas; 11 personas que cometieron los abusos y 4 provinciales responsables de las instituciones religiosas.

Entre las 13 víctimas, hay 11 hombres y 2 mujeres. A este dato hay que añadir 2 víctimas, mujeres, que declinaron la posibilidad de comenzar el proceso restaurativo, cuyo impulso inicial vino de los religiosos que cometieron los abusos. La edad media de las personas con las que hemos trabajado era, en el momento de los abusos, de 14 años. La edad media en el momento del acompañamiento restaurativo es de 44 años. Entre las víctimas también hay 3 que han sido agresores, y con 2 de ellas hemos podido que abordar, a su vez, su esfera victimal para hacer encuentros con sus perpetradores³. De las víctimas, 3 de ellas, fueron previamente abusadas en sus entornos familiares o de relación social.

De las personas responsables de los abusos los 11 son clérigos. A estos datos hay que añadir la existencia de 3 personas más, en relación con la denuncia de las víctimas, con los que no hemos podido contactar, bien porque han fallecido, bien porque han declinado el ofrecimiento del proceso. Entre estas personas agresoras hay 3 que fueron víctimas previas de abusos cometidos en la familia y en el seminario respectivo. En todos ellos, según la información obtenida, las conductas abusivas

² Los facilitadores/mediadores que han trabajado en esta experiencia: CLARA HERRERA GOICOECHEA, psicóloga, clarahgoicoechea@yahoo.es; JULIÁN CARLOS RÍOS MARTÍN, Mediador/Prof. Universidad Comillas, jrios@comillas.edu; MARINO BUENDÍA NOGUERA, terapeuta, marino.buendia@gmail.com; ALBERTO OLALDE, Mediador/Prof. Universidad País Vasco, alberto.olalde@gmail.com.

³ Hay estudios que demuestran que existe más probabilidad de que la victimización lleve a otra victimización y no tanto a la comisión de un delito similar (en relación con el concepto de polivictimización). Nosotros nos hemos encontrado con este dato original, y es posible que pueda comenzarse una hipótesis nueva al respecto.

sobre la sexualidad de las víctimas directas fueron reiteradas, salvo en una persona cuyo comportamiento abusivo ocurrió en una única ocasión. Solamente una persona está cumpliendo, actualmente, una pena de prisión por los delitos cometidos. El resto de las infracciones penales están prescritos y no cabe ninguna intervención jurídica.

De los procesos restaurativos, 3 se encuentran, en este momento (octubre 2022) abiertos. Hemos realizado 7 encuentros cara a cara entre la víctima directa y la persona que abusó. Otras 6 víctimas, conociendo al autor, han declinado la posibilidad de encuentros, por lo que hemos trabajado en un acompañamiento restaurativo. Una, no pudo realizarlo porque el agresor había fallecido. A todas ellas, el proceso de acompañamiento y el/los encuentros con los responsables de las instituciones religiosas les ha resultado suficiente para satisfacer sus necesidades restaurativas.

Hemos realizado 12 encuentros de las víctimas con los responsables de las instituciones religiosas. Algunas han necesitado 2 encuentros en distintos momentos del proceso. A su vez, 2 víctimas han realizado encuentros con profesores y clérigos del colegio donde ocurrieron los hechos. También se han realizado 4 encuentros entre los religiosos que habían cometido conductas de abuso sexual y los responsables de las instituciones eclesiásticas a las que pertenecen.

Por otro lado, 2 de las víctimas con las que hemos trabajado han comparecido ante la Comisión de Investigación que se está desarrollando en la institución del Defensor del Pueblo. La motivación para acudir a esta llamada ha sido la de cumplir con una responsabilidad social y comunitaria a los efectos de que su intervención restaurativa no quedase en el ámbito privado. Se trataba de satisfacer una necesidad de Justicia social.

Por último, una breve reflexión respecto de los resultados de este trabajo. En principio, no podemos hablar de acuerdos entre quienes han participado. Es una visión limitada. Se puede hablar en esos términos, únicamente, en lo que se refiere a la relación de la víctima con la institución y la demanda de reparación económica que en todos los casos se ha ceñido al pago de un proceso terapéutico, del proceso restaurativo, y de una cantidad económica en concepto de indemnización por los daños físicos que objetivamente se han sufrido.

Dicho esto, la consecución, en términos de resultado, es difícil de concretar. Lo que sí podemos asegurar es que las víctimas han quedado satisfechas respecto de las necesidades que a lo largo de este artículo vamos a describir. Todas ellas guardan relación con la elaboración de aspectos emocionales vinculados al abuso sufrido; de comprensión y abordaje de transgresiones sexuales existentes en su biografía, en la de su familia y, en ocasiones, en la de sus antepasados; de naturaleza relacional con el clérigo que abusó de ellas, en términos de soltar el vínculo inconsciente que les unió por la agresión y que necesita: a) la satisfacción del valor justicia, b) la construcción de una verdad, c) la elaboración de una memoria de lo ocurrido en términos institucionales y personales del clérigo, d) la garantía de que estos comportamientos nunca más van a volver a ocurrir, bien porque quede acreditada la salud psíquica del religioso, bien por el compromiso de la institución de poner todos los medios a su alcance para prevenirlos en el futuro. A todo ello, nosotros le denominamos reconciliación. Este término no implica unión -volver a conciliar-, sino todo lo contrario. Se trata de permitir, desde las claves anteriormente reseñadas que, a) la víctima pueda hacer su camino vital libre ya del vínculo tóxico que le unió al agresor y a la institución, b) que el clérigo responsable inicie o continue con el trabajo psíquico y espiritual en su relación con la autoridad, el poder y la sexualidad, c) que la institución, asumiendo su responsabilidad histórica,

ponga verdad en todas las transgresiones de abuso sexual acontecidas en su seno, cometidas a menores y adultos, para que las víctimas y la sociedad puedan sentir que se hace justicia.

2. Aproximaciones al fenómeno y contexto de los abusos a menores en el seno de la Iglesia Católica

Durante decenas de años muchas familias depositaron la confianza para la educación de sus hijos en instituciones religiosas. En ellas había clérigos que, con ánimo de satisfacer su necesidad de poder, o su sexualidad clausurada, ejercieron conductas ilegítimas e injustas de intromisión en la sexualidad de los niños, niñas y jóvenes. Los tenían a su cargo para cuidarles, educarles y acompañarlos en la etapa más importante de la vida. Y, utilizando la situación de superioridad y autoridad moral de su cargo, se aprovecharon de la inocencia y dañaron gravemente la sexualidad⁴. Un daño que grita durante toda la biografía vital. Quienes abusaron, con frecuencia, llegaron a controlar desde el poder, la mente, el corazón y lo más delicado del ser humano: el espíritu, la conciencia y la libertad.

Las instituciones religiosas a las que pertenecían los agresores miraron para otro lado, incluso cuando tenían noticia. Protegieron a la persona abusadora y se convirtieron en cómplices desde el ocultamiento de la agresión. Durante años, la actitud de la iglesia en muchos países ha sido de carácter defensivo. Se ha basado en la negación o la minimización del problema. Lo que no pudo contarse y aún no se cuenta hoy, «sí existió y sí existe, y permanece subsumida en una respuesta, más o menos consciente, de abuso de poder»⁵.

La respuesta oficial ha tendido a presentar los abusos como hechos aislados, o a buscar, tan sólo, las causas individuales, atribuyéndolos a rasgos psicopatológicos de los abusadores⁶. En cambio, para muchos, es un fenómeno multidimensional de carácter sistémico y no solo atribuible a unos hechos cometidos por personas concretas⁷. De aquí surge la necesidad de asunción de responsabilidad social que, la mayoría de las víctimas, demanda, y que es secundada por palabras del Papa Francisco: «es urgente ventilar esta realidad de los abusos y de cómo procedió la Iglesia, y dejar que el Espíritu nos conduzca al desierto de la desolación, a la cruz y a la resurrección»⁸. En la actualidad, aún permanece un halo de ocultamiento institucional que genera una conciencia social de injusticia⁹. Lo más

⁴ IBÁÑEZ AGUIRRE, «Victimización por abusos sexuales en la iglesia», *Prevención, Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 29, 2015, pp. 115-129.

⁵ VARONA MARTÍNEZ, «Testimonios de víctimas de abusos sexuales en la Iglesia Católica española: Hermenéutica de los factores organizacionales victimógenos», versión preliminar extendida del capítulo publicado en TAMARIT, JOSEP MARÍA (coord.), *Abusos sexuales en la Iglesia Católica: Análisis del problema y de la respuesta jurídica e institucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

⁶ TAMARIT SUMALLA (coord.), *Abusos sexuales en la Iglesia Católica: Análisis del problema y de la respuesta jurídica e institucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

⁷ Palabras del Profesor de la Universidad Católica de Lovaina, IVO AERTSEN, en su ponencia sobre la panorámica internacional y la experiencia de Bélgica en la Jornada sobre abusos sexuales de menores en instituciones religiosas: respuestas restaurativas desde la victimología, organizada por la Universitat Oberta de Catalunya, Universitat de Barcelona y Universidad del País Vasco (IVAC/KREI), 28 de junio de 2021.

⁸ SANTO PADRE FRANCISCO, *Carta del Santo Padre Francisco al cardenal Reinhard Marx, arzobispo de Munchen und Freising*. 2021, Recuperado el 07/07/2021 de <https://www.vatican.va/content/francesco/es/letters/2021/documents/20210610-cardinale-marx.html>

⁹ PEREDA, et al. «Características del abuso sexual infantil por representantes de la Iglesia Católica en España/Characteristics of Child Sexual Abuse by Representatives of the Catholic Church in Spain», *Revista de psicopatología y salud mental del niño y del adolescente*, 34, 2020, pp. 45-58. Los resultados de esta investigación

positivo, aún con una eficacia limitada, es la movilización de las instituciones eclesiásticas tendentes a desarrollar acciones de entorno seguro destinadas a prevenir y gestionar estas situaciones abusivas, del presente y del pasado¹⁰.

Esta dolorosa situación de los abusos de índole sexual, de poder y de conciencia afecta no sólo a la Iglesia Católica¹¹, sino también a las religiones bautistas, episcopales, judías, luteranas, presbiterianas, mormona, testigos de Jehová, budistas y Hare Krishna¹². Tiene importantes dimensiones cuantitativas. En el ámbito internacional, Estados Unidos, Irlanda, Australia, Francia, Austria, Chile, entre otros, son ejemplos de países que han realizado comisiones de investigación y han hecho esfuerzos por cuantificar y conocer la realidad del fenómeno. Asimismo, se han creado plataformas para centralizar las denuncias e intensificar el conocimiento de estas situaciones¹³.

En el año 2004, la Conferencia Episcopal de los Estados Unidos encargó al John Jay College of Criminal Justice un informe que revisara la naturaleza y extensión del fenómeno pendiente de estudiar a partir de una especie de censo creado para recopilar información acerca de cada diócesis e institución religiosa de los Estados Unidos¹⁴. Este estudio reveló que 4.392 sacerdotes (el 4% de aquellos que estaban, por aquel entonces, en ejercicio) cometieron abusos a menores entre 1950 y 2002, habiendo unas 10.667 víctimas¹⁵. Además, el informe publica que, a su vez, el grueso principal de delitos se cometió entre 1960 y 1985 contra menores de entre 11 y 15 años (el 62% de la cifra total de delitos comprendió víctimas ubicadas en esta franja evolutiva).

En el caso de Australia, resultan especialmente interesantes las aportaciones de su estudio más relevante¹⁶, con 16.361 alegaciones de abusos. La mitad de ellas indicaban que fueron perpetrados en instituciones religiosas, de las que un 62.7%, eran católicas.

sugieren que las organizaciones religiosas deberían adquirir el compromiso de colaborar en el proceso de superación de las graves experiencias de victimización infantojuvenil acontecidas en su seno por parte de aquellos niños, niñas y adolescentes más vulnerables y victimizados.

¹⁰ En la web del Vaticano existe una página específica desde la que se puede acceder a documentos sobre la cuestión, en varias lenguas, la mayoría de las veces en versión española: Abusos contra menores. La respuesta de la Iglesia: https://www.vatican.va/resources/index_sp.htm (Dicasterio para la doctrina de la Fe. Vaticano, 2022). Dicasterio para la doctrina de la Fe. Vaticano, 2022. Ver entre otros, Entorno seguro. Compañía de Jesús <https://jesuitas.es/es/cultura-de-entornos-seguros>, Proyectos de Entorno Seguro en Salesianos, <https://www.salesianos.es/ambiente-seguro/>; Proyecto Repara del Arzobispado de Madrid, <https://repara.archimadrid.es/>

¹¹ MURILLO URRUTIA, «Abuso sexual, de conciencia y de poder: Hacia una nueva definición», *Estudios Eclesiásticos: Revista de Investigación e Información Teológica y Canónica*, 95(373), 2020, pp. 415-440. HURTADO, *El manual del silencio: La historia de pederastia en la iglesia que nadie quiso escuchar*, Planeta, Barcelona, 2020.

¹² KEENAN, *Child sexual abuse and the Catholic Church: Gender, power, and organizational culture*, Oxford University Press, New York, 2012. JOHN JAY COLLEGE, *The nature and scope of sexual abuse of minors by catholic priests and deacons in the United States 1950-2002*, Washington, D.C: United States Conference of Catholic Bishops, 2004.

¹³ Plataformas web internacionales: Ending Clergy Abuse. Global Justice Project: <https://www.ecaglobal.org/>; Survivors Network of those Abused by Priests (SNAP): <https://www.snapnetwork.org/>; Página española de SNAP: https://www.snapnetwork.org/links_homepage/cuando_cura_acusado.htm; JusticeInfoNet (abusos sexuales en la Iglesia en el mundo): <https://www.justiceinfo.net/en/45133-sexual-abuse-church-map-justice-worldwide.html>.

¹⁴ TERRY, *The causes and context of sexual abuse of minors by catholic abuse of minors by catholic priests in the United States, 1950-2010*, Washington D.C.: United States Conference of Catholic Bishops, 2011. The-Causes-and-Context-of-Sexual-Abuse-of-Minors-by-Catholic-Priests-in-the-United-States-1950-2010.pdf (usccb.org)

¹⁵ TAMARIT SUMALLA, «Abusos sexuales en la Iglesia Católica: ¿cómo responder a las demandas de justicia?», *Nuevo Foro Penal*, 14(91), 2018, pp. 11-42.

¹⁶ ROYAL COMMISSION INTO INSTITUTIONAL RESPONSES TO CHILD SEXUAL ABUSE, *Analysis of claims of child sexual abuse made with respect to Catholic Church institutions in Australia*, 2017, Recuperado el 23/11/202 de <https://www.childabuseroyalcommission.gov.au/>

En un estudio en la década de los 70, se revela que los abusos los sufrieron principalmente hombres (con una tasa de 253 testimonios frente a 128 femeninos)¹⁷. Ahora bien, resulta necesario desarrollar una perspectiva victimológica que refleje el silencio que rodea los casos de abusos perpetrados contra mujeres en el seno de la Iglesia Católica¹⁸, para una mejor comprensión de la naturaleza de los procesos de victimización¹⁹.

El informe de abuso sexual de menores por parte de sacerdotes, diáconos y hombres miembros de órdenes religiosas en el ámbito de la conferencia alemana de obispos señaló que el 4.4% (1.670 clérigos) fueron vinculados a este tipo de prácticas abusivas, afectando a un total de 3.677 víctimas, la mayoría en internados, albergues de menores y otros escenarios privados pertenecientes a la institución. Estos datos pueden aportar información sobre porqué la mayoría de las víctimas son de sexo masculino, toda vez que, tradicionalmente, son mayormente los varones quienes han residido en este tipo de centros, en comparación con las mujeres²⁰.

Una de las últimas investigaciones en el contexto europeo pertenece a Francia, donde una comisión independiente ha cuantificado el número de víctimas en la Iglesia francesa en 330.000. Son victimizaciones perpetradas por religiosos y laicos (enseñantes, catequistas o responsables de movimientos juveniles)²¹.

En estos 10 últimos años la sensibilidad social se ha extremado con este terrible fenómeno²². El dolor de las víctimas ha podido ser gritado²³. No siempre ha sido escuchado y acogido convenientemente, lo que ha provocado, en algunas, una segunda victimización²⁴. Van apareciendo testimonios de personas para poner al descubierto, profundizar y ayudar a dimensionar cómo operan los

¹⁷ BOHM, et al. «Child sexual abuse in the context of the roman Catholic Church: A review of literature from 1981-2013», *Journal of Child Sexual Abuse*, 23(6), 2014, pp. 635-656.

¹⁸ TROYA CACERES, «El relato de las víctimas desde la experiencia de la escucha», en PORTILLO, DANIEL (coord.), *Prevenir y acompañar los abusos en la vida religiosa*, PPC, Madrid, 2022.

¹⁹ COMpte GRAU, «Dimensiones ignoradas: Mujeres víctimas de Abusos sexuales en la Iglesia Católica en España. Una aproximación», en LIZARRA, MIKEL (coord.), *Abusos sexuales a menores en la Iglesia Católica. Hacia la verdad, la Justicia y la reparación desde Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2020, pp. 101-133. Ver también la interesante obra de MERELO ROMOJARO, *Adultos vulnerados en la Iglesia*. San Pablo, Madrid, 2022, donde se analiza la visibilidad a las víctimas adultas, tan silenciadas por el falso prejuicio del consentimiento asociado a la mayoría de edad.

²⁰ RASSENHOFER, et al. «Child sexual abuse in the roman catholic church in Germany: Comparison of victim-impact data collected through church-sponsored and government-sponsored programs», *Child Abuse Neglect, Germany*, 40, 2015, pp. 60-67.

²¹ SAUVE, *Les violences sexuelles dans l'Église catholique*, France 1950-2020, Commission Indépendante sur les Abus Sexuels dans l'Église, 2021.

²² Es importante el trabajo desarrollado por las asociaciones de víctimas de abuso sexual a menores y de otras instituciones destinadas al apoyo y reparación de las víctimas. Plataformas web nacionales de asociaciones y entidades de apoyo a las víctimas: Acogida Betania: <https://acogidabetania.es/>; Asociación contra los abusos de la infancia: <http://www.acasi.org/>; Asociación Mans Petites: <https://www.verkami.com/projects/21083-associacio-mans-petites-prevencio-dels-abusos-sexuals-i-proteccio-dels-menors>; Asociación Nacional Infancia Robada (ANIR) <https://asociacioninfanciarobada.org/>; Eshma. Acogida, escucha reparación (Atención a víctimas de abuso sexual, de poder y de conciencia en la Iglesia Católica): <https://eshma.eus/>; Fundació Vicki Bernadet: <https://www.fbernadet.org/>; Repara. Reconocimiento, Prevención, Atención y Reparación a víctima de Abusos; Archidiócesis de Madrid: <https://repara.archimadrid.es/>

²³ BELMONTE, *Víctimas e ilesos, ensayo sobre la resistencia ética*, Herder, Barcelona, 2022.

²⁴ LIZARRAGA, *Informe sobre la estructura y dimensión de los abusos sexuales cometidos en el seno de la Iglesia Católica en Navarra*, 2022, Recuperado el 23/11/2022 de <https://www.navarra.es/documents/48192/14780975/110222PM202022informe+ABUSOS+UPNA.pdf/18521068-7aff-fd71-ea8c-9d5b3bfd4c07?t=1644575573239>

mecanismos, discursos y estructuras jerárquicas validadas espiritual y religiosamente, que están detrás de una relación silenciosamente dolorosa, totalizante y abusiva²⁵.

Cuando la herida se abre y aparece el recuerdo anclado en el siglo pasado, surge la pregunta clave ¿Cómo se pueden gestionar los abusos sexuales cometidos remontándonos al pasado? Estos delitos, legalmente, prescribieron. La justicia penal no puede intervenir²⁶. Sólo queda la Justicia Canónica, que cuenta con plazos de prescripción más amplios²⁷. Queda un vacío solo colmado por la injusticia. Esta se acrecienta cuando la persona agresora abandonó la institución religiosa, o falleció y ni siquiera la Justicia canónica puede decir una palabra.

Nosotros estamos transitando por procesos de Justicia restaurativa. Estamos siendo testigos de su ayuda para satisfacer necesidades en víctimas; también para reintegrar personal y socialmente a quien, desde el ejercicio del poder, violentó la sexualidad de personas inocentes.

Hablamos de víctimas, victimarios e instituciones. Estos son los tres protagonistas de este terrible asunto. Todos tienen ciclos parecidos. Así lo expresa una víctima: «Mi ciclo no dista tanto del ciclo de la institución y del propio ciclo del victimario: los tres nos protegemos, queremos enterrar, levantamos el escudo para sobrevivir y adaptarnos, nos disociamos para mirar adelante sin sentir vergüenza»²⁸.

Las víctimas que han iniciado estos procesos restaurativos no son mejores que aquellas que no lo han querido hacer, alejándose de esa jerarquía de víctimas que buscan una víctima ideal²⁹. Respetamos, como no puede ser de otra manera, que haya víctimas con otras voces, necesidades y reivindicaciones al margen del potencial de los procesos restaurativos.

Mientras, desde este trabajo y experiencia, con humildad, solo pretendemos aportar las claves que hemos aprendido junto a las personas con las que hemos trabajado por si ayudan, o dan luz, para gestionar desde parámetros de Justicia restaurativa las graves consecuencias de unos comportamientos injustos e ilegítimos que, en el ámbito del poder y la sexualidad, se realizaron.

²⁵ MENESES, «Perseguido por la culpa», en BROWN, MARÍA OLIVIA/CONTRERAS, NICOLE, *Vidas robadas en nombre de Dios*, Catalonia, Santiago de Chile, 2022.

²⁶ A los cinco, diez o quince años (art. 131 Código Penal, en función de la conducta (abuso sexual, agresión sexual, violación, acoso -arts. 178-190 Código Penal-) y la concurrencia de circunstancias agravantes, o si la víctima es menor o mayor de 16 años; desde que la víctima cumpla 30 años.

²⁷ La pena está expresada como que el clérigo debe ser castigado según la gravedad del crimen, sin excluir la dimisión o la deposición, en el art. 6 §2 de las normas de 2010 para delitos reservados a la Congregación Para la Doctrina de la Fe. Es lo que se llama una pena indeterminada. Se deja a la autoridad a la que corresponda imponer la pena que decida cuál poner y se da algún criterio para ello. Según esto, se admite que no todos los delitos del mismo tipo penal tienen la misma gravedad sino unos más y otros menos. De todas las penas que están contempladas en Derecho Canónico cualquiera podría ser la justa o proporcional a la gravedad del caso concreto: se puede condenar a perder un oficio, a no poderlo ejercer por un tiempo, a estar o no estar en un determinado lugar por más o menos tiempo; se podría diseñar un régimen de vida con restricciones de actividades, con controles sobre donde se está y qué se hace. Sobre esta cuestión véase SÁNCHEZ GIRÓN, 2019. Estas sanciones, por las víctimas con las que hemos trabajado, son escasamente valoradas. No recogen el desvalor de la gravedad de los abusos que sufrieron

²⁸ Esta idea es de una víctima que ha participado en estos encuentros y que presta esta idea al texto.

²⁹ CHRISTIE, «The ideal victim», en FATTAH, EZZAT A. (ed.), *From crime policy to victim policy*, Macmillan, London, 1986, pp. 17-30.

3. El marco de nuestra intervención: la Justicia restaurativa

La Justicia restaurativa está configurándose poco a poco en nuestra cultura socio-jurídica como una respuesta novedosa, dinámica y en constante evolución. Entendemos por Justicia restaurativa aquella que hace referencia a cualquier proceso que permita a aquellas personas dañadas por el delito y a las personas responsables del daño a participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la resolución de las consecuencias resultantes, con la ayuda de un tercero independiente y cualificado (el facilitador).

Para entender mejor sus presupuestos conviene destacar sus orígenes. La antropología cultural nos ha puesto de manifiesto formas extraordinariamente civilizadas y no violentas de resolver gravísimos problemas en tribus mal llamadas primitivas. Uno primero, remoto, pero relevante a nuestro juicio, viene de aunar el humanitarismo compasivo propio de la cosmovisión cristiana con los llamados giros lingüístico y dialógico producidos en la filosofía de la primera y segunda mitad del siglo XX, respectivamente. En efecto, a la dinámica empática del primero –ponerse en el lugar del otro–, su apuesta fuerte por la dignidad de la persona, los derechos humanos que le son inherentes y el carácter perfectible del ser humano, se unía el cambio de sujeto pensante de las nuevas filosofías: del «yo» al «nosotros» y la consiguiente introducción de referentes éticos centrados en la idea de diálogo³⁰. Del «cogito» (yo pienso) se pasó al «hablamos». Ambas influencias otorgan a la Justicia restaurativa una importante dimensión ética meta-instrumental.

Más directamente, la Justicia restaurativa nace vinculada a diferentes movimientos preocupados por la humanización del sistema penal y por aliviar el sufrimiento que introduce el delito y sus consecuencias. Uno de ellos, consciente de la hipertrofia del sistema penal, del sufrimiento que genera y de su manifiesta incapacidad para cumplir sus funciones declaradas, es el que ha venido propugnando desde comienzos de los años 70 alternativas a la prisión y la introducción de un amplio catálogo de sustitutivos que amplían una visión hasta entonces exclusivamente vinculada a las teorías absolutas de las penas³¹.

Por su parte, los movimientos defensores de los derechos de las víctimas consiguieron introducir una nueva disciplina en la Criminología: la victimología³². De este modo, se empezó a tomar tardía conciencia de que el modelo convencional de Justicia, en su obsesión por el castigo e inocuización del culpable, olvidaba a la víctima, que quedaba reducida a ser utilizada como mera prueba de cargo. Singular empuje dio al movimiento restaurativo y pacificador el «Proyecto Alternativo sobre Reparación penal» de 1992, encabezado por Claus ROXIN.

Esta concepción de Justicia supone un enfoque en evolución orientado a reparar, en la medida de lo posible, el daño causado por el delito u otras transgresiones. La participación de la víctima, la persona ofensora y posiblemente otras partes (la comunidad afectada) es un elemento central de dicha justicia, a través de la participación voluntaria basada en el consentimiento informado. Las prácticas de Justicia restaurativa, como la mediación entre víctimas y ofensores, las conferencias y

³⁰ El exponente más significado del giro lingüístico es Ludwig WITTGENSTEIN y de las éticas dialógicas Jürgen HABERMAS y Karl-Otto APEL.

³¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Justicia restaurativa, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?», *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I. Edisofer, Madrid, 2008.

³² Pionero en España es BERISTAIN IPIÑA, *Nueva criminología desde el Derecho penal y las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora como estrategia de control social*, Comares, Granada, 1998.

los círculos, se utilizan en Europa y a nivel mundial para reunir a las personas que sufren daños en la sociedad, el sistema de justicia, las organizaciones, las escuelas o las familias. Las personas involucradas participan en un diálogo respetuoso y facilitado sobre temas específicos, principalmente sobre el daño, la responsabilidad y su restauración³³. Examina lo que necesita ser fortalecido para que tales cosas no vuelvan a suceder. Nuestra experiencia previa en los procesos restaurativos en delitos de terrorismo es que ayudan, entre otros aspectos, a soltar o resignificar el vínculo inconsciente de quienes quedaron atados por un grave delito³⁴.

Aparecen unas preguntas clave en el contexto restaurativo y cuya respuesta desarrollaremos a lo largo de este artículo: a) ¿Sirve de ayuda para satisfacer algunas necesidades emocionales y de justicia en la víctima, que la persona agresora haya tomado conciencia de su acción abusiva y, asumiendo su responsabilidad, sea capaz de escuchar las consecuencias de su acción, colaborar con la elaboración de una verdad y facilitar la reparación en los términos que correspondan? b) ¿Puede ayudar a la víctima el reconocimiento de la actuación ilegítima e injusta de ocultamiento de la institución religiosa donde ocurrieron los hechos, por del responsable actual? c) ¿Puede ayudar, y en qué medida, la elaboración de una memoria con la colaboración de las instituciones eclesiásticas desde la honestidad y la transparencia para poner luz a todas las transgresiones sexuales donde hubo conductas abusivas a menores y adultos?

La investigación empírica victimológica subraya que los beneficios para las víctimas son múltiples y convincentes³⁵. Destaca el papel de la comunicación que permite a las víctimas expresar su percepción de lo que pasó, sus pérdidas, sus sufrimientos, sus expectativas, sentimientos y emociones, y confrontar, a quien le hizo daño, y plantear cualesquiera preguntas que puedan tener. Al otro lado, necesitamos de personas que habiendo causado daño acepten la responsabilidad y muestren una toma de conciencia sobre su responsabilidad.

Las respuestas de la Justicia restaurativa a estos daños de índole sexual son relativamente novedosas. Estados Unidos parece haber comenzado el camino en la década de 2000. Véase, por ejemplo, la experiencia de la Archidiócesis de Milwaukee y la *Marquette University Law School* con los círculos de sanación que organiza en su seno con víctimas de abuso sexual por clérigos para que puedan compartir sus historias. Destacamos otras experiencias en Estados Unidos y Canadá³⁶. Y en Europa sobresalen, con desigual resultado, las respuestas restaurativas y reparadoras, de la primera década del año 2000, entre los que destaca Irlanda, Países Bajos y Bélgica³⁷.

Las iniciativas conocidas de Justicia restaurativa en el ámbito de abusos a menores en instituciones eclesiásticas de España han sido abordadas por miembros de este equipo³⁸, siendo una de las

³³ EUROPEAN FORUM FOR RESTORATIVE JUSTICE, *Comments on the EU strategy on victims' rights (2020-2024)*, Leuven: European Forum for Restorative Justice, 2020.

³⁴ PASCUAL RODRÍGUEZ, *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Sal Terrae, Santander, 2013.

³⁵ WALKLATE, «Justicia restaurativa: ¿terapia y/o reconciliación?», *Revista de Victimología*, 4, 2016, pp. 83-104.

³⁶ GAVRIELIDES, «Clergy child sexual abuse and the restorative justice dialogue», *Journal of Church and State*, 55(4), 2013, pp. 617-639.

³⁷ DARMODY, «Towards healing: Diecinueve años de escucha y aprendizaje», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 29, 2015, pp. 77-92.

³⁸ RÍOS MARTÍN, *Biografía de la reconciliación. Palabras y silencios para sanar la memoria* (2^a ed.), Comares, Granada, 2020. OLALDE ALTAREJOS, «Justicia restaurativa y victimizaciones a menores en su sexualidad en el seno de la Iglesia

experiencias existentes en dicha materia, tras el importante esfuerzo investigador en el ámbito de la victimología por TAMARIT SUMALLA y VARONA MARTÍNEZ. Cabe destacar la pionera experiencia de Justicia restaurativa en España entre una víctima directa de abuso sexual y un representante de la institución religiosa³⁹. Asimismo, es importante destacar la experiencia por el Síndic de Greuges de Cataluña, que impulsó la creación de una comisión para el estudio de los abusos sexuales en el marco de la iglesia⁴⁰. El procedimiento de reparación ha facilitado a las víctimas de abuso sexual un espacio donde han podido expresar libremente su experiencia y una vía para solicitar una reparación por parte de la Iglesia.

En el ámbito legislativo, Navarra es la primera Comunidad Autónoma que ha desarrollado una norma de reconocimiento de las víctimas de abuso sexuales cometidos en el seno de la Iglesia y que incorpora la posibilidad explícita de procesos de Justicia restaurativa⁴¹.

4. La esfera victimal

4.1. La atención y cuidados iniciales a quien sufrió los abusos

Hemos observado que las víctimas, desde el principio, necesitan ser oídas, vistas y reconocidas en su sufrimiento y dignidad, por los responsables de la institución eclesial.

La decisión de denunciar los abusos sexuales sufridos, enterrados en el fondo de la mente y del corazón, en algunos casos durante decenas de años, llevan aparejados sentimientos anudados al descubrimiento de su pasado. El trauma que se generó y el desvelamiento de la herida, necesita una intervención protectora inmediata. Para dar el primer paso, han sido muchos los días de angustia y de indecisión que han tenido. Nos hemos encontrado con personas que relatan un intenso desconcierto en esos momentos iniciales.

El reto de una buena práctica se encuentra en la atención y acogida inicial. Esta tarea no es sencilla. Los religiosos encargados de recibir la noticia de los abusos han de estar atentos para evitar quedar atenazados por el temor. Una cosa es escuchar a la víctima y otra es, simplemente, oírla y desplegar respuestas defensistas, desde ópticas jurídicas. Si existe miedo, o aparece el juicio, es muy difícil llegar a comprender las necesidades de las personas que han sufrido conductas abusivas en su sexualidad y las posibilidades de revictimización se incrementan.

En ocasiones, hemos observado que la escucha institucional inicial tiene un carácter formalista, vinculado al ámbito jurídico. Este enfoque es necesario para cumplimentar la denuncia e iniciar el expediente sancionador en la Justicia Canónica. No obstante, la calidad de la primera acogida puede

Católica española: Reflexiones inacabadas desde una práctica incipiente», *Revista de Victimología*, 10, 2020, pp. 119-152.

³⁹ SEGOVIA BERNABÉ/BARBERO GUTIÉRREZ, *Víctimas de la iglesia. Relato de un camino de sanación*, PPC, Madrid, 2016.

⁴⁰ Esta comisión fue integrada por: CASADO/PEREDA/TAMARIT. Fruto de los trabajos de la Comisión se entregó un informe en el que desarrolla el trabajo realizado desde ópticas de reparación y prevención. Tras escuchar la persona solicitante, y una vez examinada la documentación aportada, la Comisión ha hecho una valoración del caso y cuando consideró que había indicios razonables de que los hechos se produjeron, ha evaluado los efectos físicos, psíquicos, económicos y morales que tuvieron para la víctima SÍNDIC DE GREUGES, *Informe sobre la prevención y reparación de los abusos sexuales infantiles por representantes de la Iglesia Católica*, 2020.

⁴¹ Ley Foral 24/2022, de 5 de julio, de reconocimiento de las víctimas de abusos sexuales cometidos en el seno de la Iglesia Católica de Navarra.

mejorarse. En este sentido, nos atrevemos a sugerir, como buenas prácticas, algunas acciones: a) ofrecer, de forma inmediata, no sólo la posibilidad de denunciar jurídicamente, sino también los servicios que cada congregación tenga destinados a la reparación; b) las tareas de asistencia y asesoramiento deben ser desarrolladas por profesionales externos e independientes: intervención psicológica, procesos restaurativos, intervención social, información y asesoría jurídica, escucha, otros; c) realizar una explicación en lenguaje comprensible de los trámites que, desde el punto de vista jurídico, van a iniciarse: formas y características del proceso canónico, plazos, consecuencias, capacidad de intervención de la víctima, acceso al expediente, forma de notificación de las resoluciones que se vayan adoptando (medidas cautelares y destino institucional del denunciado, resoluciones sancionadoras, etc.); d) explicar, desde el inicio de la toma de declaración de la denuncia, que la persona que instruye el asunto tiene que mantener la imparcialidad ante una acusación grave. Al religioso le ampara el derecho constitucional a la presunción de inocencia, al honor y a la intimidad, y, sobre todo, en los casos en que la persona agresora ha fallecido, ¿cómo hacer para no quebrar el honor de quien no puede defenderse, explicarse o reparar?; e) evitar, en la toma de declaración, que la víctima sea tratada como presunta víctima.

4.2. Inicio del proceso restaurativo

Nuestra experiencia, en la mayoría de los casos, se ha desarrollado a iniciativa de las personas que sufrieron los abusos, a partir del ofrecimiento de los responsables de las instituciones religiosas a las que pertenecían los agresores, en el momento de la denuncia canónica (Salesianos, Capuchinos, y Compañía de Jesús). Sólo dos de ellos han comenzado por el impulso de los clérigos que abusaron, una vez iniciados los respectivos procedimientos penales. En estos dos casos, las víctimas, por el momento (octubre 2022), han declinado la posibilidad de iniciar el proceso restaurativo.

Si se comienza un procedimiento canónico sancionador, y se ofrece uno restaurativo, ambos siguen caminos independientes. Es evidente que, si el clérigo que abusó acepta participar en el restaurativo, debe asumir un compromiso con la verdad. Ello supone que su intervención en el proceso canónico no permite excusas, justificaciones o tergiversaciones, respecto de los hechos. La víctima, cuando reciba la resolución final, no podría entender que en el proceso restaurativo haya reconocido su responsabilidad y en el canónico haya mentido para poder defenderse de las consecuencias jurídicas derivadas de su delito. Por ello, el victimario debe optar entre un proceso u otro, si realmente tiene dudas sobre la acusación que se vierte contra él. Le ampara el derecho a la presunción de inocencia. En este supuesto, el proceso restaurativo tiene que posponerse hasta que finalice el canónico.

Nuestro trabajo comienza con una primera toma de contacto con la víctima. La persona encargada de la gestión institucional de estos asuntos nos facilita sus datos. Nos ponemos en contacto telefónico con ella. Fijamos la fecha y el lugar para tener una primera entrevista.

El primer encuentro es determinante. Hemos comprobado, también por experiencia en procesos restaurativos en delitos de terrorismo, la importancia de que generar confianza, desde el inicio. La forma de conseguirla no es sencilla. Se trata de recibir a la persona desde una presencia honesta. La autenticidad interior se transmite. La acogida, con pocas palabras, pero desde el corazón, se deja sentir. Y desde ese lugar, las primeras palabras y silencios permiten generar un vínculo restaurativo que se va consolidando desde la escucha. Cualquier juicio, opinión o posicionamiento pueden frustrar este momento inicial. Para ello, los facilitadores hemos de hacer un trabajo psicológico previo: conocer nuestras heridas en los asuntos sexuales para no proyectarlas, ni a la víctima, ni al agresor.

Nos presentamos. Les explicamos el origen de la llamada y el objetivo de la cita. Afirmamos un principio imprescindible: aunque la tarea proviene de un encargo de la congregación religiosa trabajamos de forma autónoma e independiente. Dudan y desconfían de la institución al considerarla cómplice de la agresión por la ocultación que hicieron de los hechos que sufrieron. Este punto es clave. Les explicamos nuestro compromiso con la confidencialidad: nada de lo que nos cuenten en el proceso va a salir del espacio restaurativo. Les confirmamos otro principio básico: la voluntariedad. Pueden permanecer en el proceso, una o varias sesiones, hasta cuando decidan. Pueden interrumpirlo y continuar cuando deseen.

Y nos cuentan, entre la duda y la incertidumbre, necesidades a satisfacer. En todos los casos están acompañadas de resentimiento por la ocultación de lo ocurrido y por la ausencia de justicia.

Les entregamos un documento (consentimiento informado) que describe el concepto, objeto y características del proceso restaurativo. Sirve como encuadre de nuestro trabajo. Le sugerimos que lean con detenimiento cada una de las expresiones escritas para que puedan decidir sobre su participación. Así mismo le sugerimos que anoten las dudas para que podamos contestarlas en la siguiente sesión.

Estos son algunos párrafos:

... La Recomendación CM/Rec (2018)8 del Comité de ministros a los Estados miembros de la Unión Europea en materia de Justicia restaurativa penal establece que la Justicia restaurativa es un método mediante el cual se pueden identificar y satisfacer las necesidades e intereses de las personas implicadas en una agresión de manera equilibrada, justa y en un clima de colaboración. Por un lado, busca el interés legítimo de las víctimas por hacerse oír con más fuerza en relación con la respuesta a su victimización, por comunicarse con el ofensor y por conseguir la reparación y satisfacción en el contexto del proceso de justicia. Por otro, apuesta por la importancia de suscitar el sentido de la responsabilidad entre los ofensores y brindarles oportunidades de reparar el daño causado, que podría favorecer su reinserción, permitir el desagravio y fomentar el desistimiento de cometer nuevas conductas dañinas.

El desarrollo del proceso se realizará a través de entrevistas individuales. En el caso de realizar un encuentro directo, y cuando se considere adecuado y conveniente por todas las personas participantes, se podrá estar acompañado de personas de especial vinculación que ofrezcan seguridad y sentido a lo ocurrido.

Los procesos de Justicia restaurativa en casos de victimización sexual conllevan, en muchos casos, abordar acontecimientos, etapas y vivencias que pueden generar emociones desagradables a los afectados. El mejor resultado se produce cuando la persona ha podido mirar, afrontar e integrar todo aquello que ha ocasionado el proceso. Es por ello que la persona interesada en acudir al proceso de Justicia restaurativa valorará la necesidad de tener un acompañamiento psicoterapéutico que le sirva de apoyo y que beneficie una solución integral. En todo caso, la decisión de la elección del psicoterapeuta será tomada libremente por el interesado. Este tiene la libertad de decidir sobre su proceso restaurativo, y consultará, si lo considera necesario, con el psicoterapeuta la idoneidad de comenzar y/o continuar el proceso, así como si debe interrumpirse en algún momento. El interesado podrá autorizar la comunicación entre el psicoterapeuta y el facilitador a los efectos de valorar la idoneidad para ir desarrollando las fases del proceso....

4.3. Las necesidades de las personas que sufrieron abusos sexuales por religiosos

En los procesos restaurativos que venimos desarrollando hemos tenido varias sesiones de trabajo con las víctimas (aproximadamente, unas 25 con cada una). El lugar escogido para la escucha ha de ser cómodo, estético y, sobre todo que, para ellas, tenga una significación especial. O, en sentido

contrario, que no contenga una carga de recuerdo que implique un bloqueo emocional. Nosotros hemos trabajado en función de sus necesidades y decisiones. Así, hemos escuchado paseando por parques, en despachos, y con algunas personas, siguiendo su voluntad, en una iglesia.

Las necesidades van evolucionando a lo largo del proceso. No son posiciones inamovibles. El recuerdo estaba escondido en una parte profunda. Durante decenas de años la mente se autoprotegió, con una interpretación justificativa. Hemos constatado que la herida emocional reapareció al escuchar o leer, en medios de comunicación, los testimonios de personas que habían sufrido abusos sexuales muy similares a los que habitaban en su recuerdo. En algunos, la ansiedad se activó. Y al oír testimonios de otras personas, pudieron resignificar los abusos enterrados en el silencio, propio, del religioso y de la institución. Cuando eran adolescentes nadie les ayudó a poner nombre. Lo silenciaron porque quedaron superados por unos comportamientos sorpresivos e inesperados por parte de quien les cuidaba o acompañaba. Otros, ocultaron las caricias ilegítimas recibidas por vergüenza hacia su orientación sexual. Y, también, nos hemos encontrado con víctimas que las silenciaron por el cariño y la admiración que tenían, en esa etapa evolutiva, al religioso agresor. Este afecto, en ocasiones, se mantiene y dificulta que algunas tomen la decisión de denunciar.

a. Necesidades de las víctimas en relación consigo mismas

i) Canalizar el resentimiento que, ante el sentimiento de injusticia, aparece cuando los abusos sufridos en la adolescencia quedan resignificados: la iglesia y el responsable los ocultó. Este es un tema complejo y, a la vez, determinante.

Es difícil comenzar un proceso personal sin gestionar, en algún nivel, el sentimiento de injusticia. A este respecto, la administración penal del Estado no puede intervenir porque los delitos están prescritos. La administración canónica, en su vertiente sancionadora, además de presentar en el proceso importantes déficits de garantías jurídicas, puede generar una revictimización, en la vertiente de victimización secundaria. Algunas víctimas se sienten utilizadas, exclusivamente, para los fines disciplinarios de la Iglesia. No se ven reconocidas ni integradas en el proceso y perciben las sanciones escasamente proporcionales a la gravedad de los ataques sufridos.

Ante esta situación, hemos comprobado que el proceso de Justicia restaurativa, abordado en todas sus dimensiones de verdad, memoria, reparación y garantías de no repetición, pueden satisfacer el sentimiento de Justicia. Y, a su vez, hemos constatado, recientemente (mayo 2022) que, al finalizar los procesos, queda pendiente una necesidad de reconocimiento social de la injusticia. La tensión que tienen, por un lado, de haber finalizado el proceso de Justicia restaurativa, donde ha quedado pacificada una dimensión personal en relación con su propia biografía, la iglesia y el agresor, y, por otro, la ausencia de reconocimiento social y colectivo del daño sexual causado por la Iglesia nos ha llevado a sugerirles que solicitaran comparecer ante la Comisión de Investigación del Defensor del Pueblo. Las 2 personas que hasta este momento han dado ese paso han quedado profundamente agradecidas a esta institución pública. En palabras de ambos, se han sentido orgullosas de haber colaborado socialmente y, por solidaridad, con las víctimas que han alzado su voz y, de alguna manera, con las que tienen silenciado su pasado.

ii) Reestablecer su equilibrio psíquico o emocional. Para ello, hemos comprobado la necesidad que tienen de describir las agresiones sufridas y las emociones asociadas ante personas que les brinden confianza y confidencialidad. La mayoría de las víctimas relatan, por primera vez, los abusos en el

proceso restaurativo. A estos efectos, en las primeras sesiones, en función de su estado emocional, sugerimos a algunas víctimas la conveniencia de iniciar una intervención psicoterapéutica. El trabajo restaurativo no tiene ese carácter específico. Aunque algunas de las herramientas que utilizamos pertenecen al ámbito de la psicología, y uno de los facilitadores del equipo tiene esta cualificación, no podemos abordar algunas cuestiones intrapsíquicas con la intensidad que precisan. En este sentido hemos comprobado que, cuando se accede a la intervención terapéutica, nuestro trabajo restaurativo es más ágil.

iii) Narrar las consecuencias afectivas, emocionales, relacionales, espirituales y somáticas causadas por la agresión de los clérigos. En este sentido, nos hemos encontrado con personas con un elevado grado de estrés, con tratamiento psiquiátrico, con trastornos de ansiedad, con dificultades para gestionar las relaciones de pareja y con los hijos, transgresiones sexuales de diferente índole e intensidad, cuestionamiento de la existencia de Dios, y otras. Es evidente que no todos estos trastornos tienen causa directa en la agresión. Hemos constatado que existen otros factores, pero el determinante, en todos los casos, se relaciona con las conductas abusivas sufridas.

iv) Tomar conciencia de la autoridad que atribuían al agresor. La idealización positiva conllevaba la minimización de sus defectos o, incluso, de algunas conductas desviadas; por otra parte, maximizaban las habilidades sociales, su presunta santidad, o su oratoria.

v) Liberar la culpa que aparece cuando no impidieron los actos abusivos. Necesitan comprender su inocencia. Algunas personas necesitan sentir que su «niño o niña» no sabía decir «no». No pudieron. Los únicos responsables fueron los adultos que traspasaron todos los límites y que, encargados de su protección, no les cuidaron. Este asunto de los límites ha de ser mirado y elaborado, para que no tenga impacto en su comportamiento de adulto. Esta autopercepción provoca que se reduzcan a sí mismos la legitimidad para denunciar lo que sucedió en su infancia.

Algunas víctimas con las que hemos trabajado sienten temor de ser capaces de abusar de niños de su entorno. Este miedo es totalmente irracional porque no experimentan atracción o interés sexual alguno. Esta autopercepción proviene de la experiencia de haberse sentido cómplices o partícipes de aquello que les pasó. La mente los lleva a pensar: si lo hice así entonces, ¿por qué no iba a repetirlo ahora de mayor? Algunas víctimas tienen miedo de quedarse a solas con sus propios hijos, o rechazan bañarles cuando son pequeños, rechazan determinados juegos que entrañan contacto físico, o en relación con otros niños, se niegan a tocarles en forma alguna, o no desean que otros niños se queden a dormir en sus casas (por ejemplo, sobrinos) o que sus propios hijos se queden a pernoctar en casa de amigos o familiares.

El lector/a puede hacerse una idea de lo limitante que es esta situación en distintos aspectos; por un lado, la víctima, percibiéndose potencial agresor, está acarreando una carga tremadamente dañina para su autoestima; esta actitud, genera también dudas en la autoestima de los propios hijos que pueden sentirse rechazados («Papá no quiere jugar conmigo», «A papá no le gustan mis abrazos») y finalmente, de cara a las dinámicas familiares, se pierden oportunidades bellas y saludables de encuentro con otros niños y niñas, tanto por parte del adulto que fue víctima como de sus hijos-as, por la censura que éste impone. A menudo, esta actitud es tan visceral, que ni la propia víctima sabe explicar el por qué, que se instaura como una «ley familiar» incuestionable donde ni siquiera la pareja puede intuir a qué se debe.

En palabras de una víctima que nos permite dar su testimonio: «Hay una verdad muy honesta: el abuso supone un traspaso de límites y hemos crecido sin tener conciencia de ello, de que los límites existían. A algunos de nosotros nos ha costado poner límites, decir que no, hemos sido abusados en otros momentos, de otras maneras en nuestros espacios relationales. También nos hemos convertido en tiranos, nos ha faltado el pulso de los límites de los demás y también los hemos podido atravesar; reconocer esa parte de sombra y de luz que somos es lo que nos permite curarnos. Ver la sombra nos permite salir del rol de víctimas».

vi) Resignificar la vinculación que mantienen, en forma de recuerdo, con el colegio o con la institución eclesiástica. El espectro emocional, en este sentido, va desde el agradecimiento por la educación recibida, hasta el resentimiento por la gestión de la agresión. A estos efectos, los facilitadores hemos acompañado algunas víctimas a visitar los lugares donde ocurrieron los hechos con el objetivo de resignificarlos.

vii) Resignificar el valor de la aceptación, o de la no oposición a los deseos de agresor. En la época, estaba el miedo a decir *NO*; miedo a decir *Sí*. Había una confusión de la moral y de lo que se consideraba pecado contra el sexto mandamiento. Miedo al silencio; todo ocurría en silencio.

viii) Tomar de conciencia de lo sucedido y de lo que pudo quedar relegado en el inconsciente.

ix) Profundizar en las habilidades de comunicación, por si necesitase realizar un encuentro con los responsables de la institución eclesiástica y/o con el agresor.

b. Necesidades en relación con quien agredió y representantes de la institución

i) Ser reconocidos como víctimas por la Iglesia y el religioso agresor en el abuso sufrido. Que no se ponga en duda su testimonio.

ii) Poder acceder a la verdad. En la práctica existen importantes dificultades para desentrañar lo ocurrido. En algunos casos, el acceso a la información se encuentra en expedientes secretos⁴² y, en otros, no se ha realizado acto alguno de investigación. Así, en los expedientes a los que hemos tenido acceso desde los procesos de Justicia restaurativa, existen vagas referencias a conductas poco ortodoxas y otros términos generalistas.

iii) Soltar el vínculo, casi siempre inconsciente, que les une con el religioso que abusó de su sexualidad. Esta atadura, generada por la agresión, se mantiene por el sufrimiento emocional mantenido en el tiempo (rabia, vergüenza, culpa, miedo, indefensión, dolor, sentimiento de traición, etc.). Así mismo, hemos escuchado que necesitan salir del rol de víctimas, deshacer el vínculo («todo acabó») y posibilitar que la biografía vital se despliegue sin continuar vinculada con un pasado traumático.

iv) Que el responsable le ayude a elaborar una memoria de lo ocurrido poniendo verdad y dando una explicación respecto del impulso sexual que le motivó a agredirle.

v) Que exista un reproche moral ante el comportamiento del agresor y de la institución que silenció.

⁴² La opacidad del secreto pontificio facilita la impunidad

https://elpais.com/sociedad/2019/12/17/actualidad/1576602620_910423.html

vi) Obtener garantías institucionales y personales de que los comportamientos abusivos no volverán a repetirse con otras personas.

vii) Saber sobre la existencia de más víctimas para que puedan elaborar los abusos sufridos, tal y como ellos hacen.

viii) Conocer que rol desempeñaban los padres en esa época para no darse cuenta de lo que estaba ocurriendo.

xi) Conocer la causa del ocultamiento institucional de los abusos.

x) Reprochar la falta de diligencia de las comunidades en las que convivían los agresores por no detectar los comportamientos abusivos.

xi) Encontrarse con sacerdotes o profesores con quienes tenían una especial vinculación en la época de los abusos. Necesitan resignificar la relación con el colegio y con esa etapa vital.

xii) Saber si los religiosos agresores les recuerdan.

xiii) Encontrarse con la persona agresora y escuchar una explicación del responsable del abuso, reconociendo los hechos. En palabras de una persona agredida que autoriza a exponer su testimonio: «Necesidad de ejercer como adulto, desde la seguridad, la defensa del niño que no se pudo defender; desvestido del ropaje de víctima, ante el religioso que también está desvestido de todo su halo de poder. Experimentar que ya no pueden hacerme daño, que ya no tienen poder sobre mí... y así sentir que estoy abrazando a ese niño herido que aún llora desconsolado. El momento cumbre: poder defender a ese niño, que ya no tiene miedo porque hay alguien que le abraza».

Sesión tras sesión vamos acompañando la integración de las nuevas formas de enfocar las situaciones que pudieran estar vinculadas con las agresiones sexuales sufridas. A su vez, vamos poniendo la atención sobre las creencias, los valores y las emociones que en relación con el agresor necesiten ser actualizadas y expresadas. De esta manera, vamos dirigiéndonos hacia el encuentro con el responsable de la institución, primero, y con el religioso que agredió, después. Este último sólo se realiza con la voluntad expresa de la víctima, siempre que no existan indicios terapéuticos de que pudiera generar una afectación negativa en su situación emocional.

5. La esfera victimaria: el clérigo o religioso que agrede

5.1. Implicaciones de la terminología utilizada

Entramos en un ámbito delicado. El menos escuchado. La vergüenza, la negación y la justificación de los religiosos que agredieron impiden que las víctimas y la sociedad conozcan la verdad. También que puedan visibilizarse sus historias de vida y los impulsos conscientes e inconscientes que los llevaron a cometer actos de injerencia violenta en la sexualidad de los menores, aprovechando la cobertura de la institución religiosa a la que pertenecían.

En cualquier caso, estamos percibiendo un intenso sufrimiento. Tiene un origen en etapas de infancia enmarcadas en ámbitos sistémicos: el familiar y/o el institucional. Tres de los religiosos

con quienes hemos trabajado han sido víctimas de abuso sexual reiterado, a su vez, de otros adultos de referencia en su adolescencia. Y, hemos observado, en la mayoría de los casos, que las personas, ya sean víctimas o agresoras, refieren haber tenido antepasados que han padecido o causado transgresiones en el ámbito de la sexualidad.

Los facilitadores no emitimos juicios. La transgresión de la sexualidad habita en lugares recónditos de las historias de quiénes estamos vinculados de alguna manera a estos temas, aunque no lo conozcamos o no queramos ver. Por ello, podemos hacer una valoración ética o jurídica de los comportamientos. Nunca de las personas. Su dolor y sus historias biográficas nos merecen todo el respeto. Esta ausencia de juicio no la adoptamos por estrategia profesional. Estamos convencidos de ella en lo más profundo. Hemos tenido que hacer un riguroso trabajo terapéutico respecto del tema de la sexualidad y sus transgresiones en nuestra propia historia. Gracias a ello podemos permanecer en una escucha atenta que posibilita el acompañamiento restaurativo.

En esta misma línea, el lenguaje que utilizamos responde a una concepción del ser humano vinculada a la perfectibilidad. Todos podemos evolucionar. Por ello, hablamos de personas que cometan delitos contra la libertad sexual y no de abusadores, pederastas o depredadores. Lo expresamos conscientemente por respeto al ser humano que cuenta con una historia de sufrimiento, aunque el daño que causan sus comportamientos sea enorme. Tenemos experiencia de que cuando una persona es calificada o adjetivada por su comportamiento, por muy grave que sea, se le están dificultando las posibilidades de cambio. La experiencia con las personas a las que hemos acompañado nos permite afirmar que la transformación, en ellas, es posible y las garantías de no repetición son creíbles. Para ello, es necesario una seria intervención terapéutica, en la que la honestidad con las historias biográficas de sufrimiento causado y padecido suponga un compromiso real.

5.2. El proceso restaurativo: tránsito hacia la responsabilización

La motivación de los clérigos para iniciar el proceso restaurativo está relacionada directamente con la denuncia de las víctimas. Ninguna de las personas con las que hemos trabajado han decidido iniciar voluntariamente. En todos los casos ha existido, previamente, un conocimiento institucional de los abusos cometidos.

Tras la denuncia, se han abierto a visualizar un camino orientado, en principio, a reparar el daño causado. Posteriormente, a caer en la cuenta de que se trata de una oportunidad de evolución personal y espiritual. Nuestro objetivo es acompañarlos en ambos objetivos.

Conectamos con ellos a través de los datos que nos aportan los responsables de gestionar estos asuntos en las instituciones. Buscamos el lugar más adecuado para la primera entrevista en función del contexto y su situación personal. Ya hemos referido líneas atrás que la acogida, desde la aceptación incondicional, sin juicio, y comprometida con la confidencialidad, nos permite entablar un vínculo restaurativo basado en la confianza. Les explicamos y entregamos el documento de consentimiento informado para que lo lean con detenimiento y tomen su decisión con la mayor información posible.

A lo largo de las primeras reuniones, nuestra escucha va encaminada a elaborar una biografía en relación con los aspectos educativos y formativos de la sexualidad, tanto en la familia, como en seminarios y noviciados. Hemos percibido que, ni el afecto relacionado con la corporeidad, ni la

sexualidad relacionada con la genitalidad, habían sido elaboradas. En algunos casos, podríamos calificarla como negada y reprimida. En otros, experimentada desde la clandestinidad, saltándose las normas, los valores, los votos de castidad y los compromisos institucionales.

En la infancia, la educación afectiva y sexual no existió. En la adolescencia, durante las etapas de formación religiosa, fue silenciada. Los formadores en los seminarios y noviciados tenían la misma limitación. De eso no se hablaba. Así, el tema de la sexualidad se conceptualizaba en categorías espirituales o trascendentales desde una visión negativa y violenta: el pecado.

A su vez, de alguna manera, hemos contrastado que la represión sobre la sexualidad guarda una relación directa con la necesidad de controlar, ejercer dominio y poder. Cuando se reprimen los instintos y se pretende vivir como un «ángel», las conductas y comportamientos puede ser calificados como los de una bestia.

En el trabajo desplegado en nuestra experiencia hemos sido testigos de la evolución de los clérigos. La apertura interior para ver la herida o heridas sufridas y causadas en el ámbito de la sexualidad ha necesitado varias sesiones de trabajo. La posición inicial parte de la negación, la justificación e incluso la ocultación y desmemoria de las agresiones como mecanismo inconsciente de autoprotección ante la culpa.

La verdad duele, y a la vez sana. Alcanzarla exige transitar por caminos interiores sembrados de obstáculos mentales, morales y físicos. El miedo es el principal compañero de este caminar: a) miedo a sentir la herida de abusos sufridos en la infancia; b) miedo a la transgresión moral del voto de castidad que les ha dado identidad; c) miedo a sentir que han quemado algunas páginas del Evangelio en el que creían al agredir a inocentes; d) miedo que se conozca socialmente su agresión y que, como consecuencia, el personaje ideal, tanto familiar, como social y espiritual, se desmorone; e) miedo a conectar con su deseo de placer enfrentándose a los dogmas morales; f) miedo a enfrentarse al rostro de la víctima y oír las consecuencias que, a lo largo de toda una vida, han causado sus abusos; g) miedo a que la institución o congregación religiosa se vea envuelta en un juicio social; h) miedo a las consecuencias jurídicas que puede implicar la expulsión del sacerdocio. Estos temores tienen un antídoto: las justificaciones. Algunas las hemos oído en las sesiones, otras, en opiniones recogidas en medios de comunicación: «no fue para tanto», «me provocó», «le gustaba y por eso no me decía nada», «quieren hacer daño a la Iglesia con esta campaña de desprestigio», «ahora más que arreglar, voy a escandalizar», «no veo daño en ello porque no hubo violencia», «como tampoco decía nada, entendía que no le molestaba». Incluso, con la calificación como error y pecado, se puede pretender borrar la culpa en la conciencia.

En las sesiones de trabajo hemos escuchado, tímidamente, el reconocimiento del daño causado y, con determinación, los padecidos en diferentes momentos vitales. Hemos observado, en la mayoría, que la apertura a la conciencia de ser víctimas -la tenían negada- les ha permitido llegar a comprender la intensidad del daño provocado a inocentes. En algunos, esta cuestión, y en otros, el trabajo de introspección empática ha posibilitado que las justificaciones vayan desapareciendo, hasta reconocer la gravedad de sus abusos. Y toman conciencia del gran tema oculto en su biografía: la trasgresión de la sexualidad. Surge la crisis y la soledad. Y brota, de una parte profunda del ser, la verdad molesta; la que permite reconocer el rostro de la infancia arrebatada que, durante años, borró de su mente.

Sesión tras sesión va surgiendo la necesidad ética y moral de reparar a la persona agredida. Es un asunto de Justicia. De la frialdad del orgullo justificador se desciende a la sensible humildad. Expresan que no tienen derecho a pedir nada, ni siquiera perdón. Se abren con absoluta disponibilidad al encuentro con la persona agredida.

En las etapas finales del proceso, vislumbrando la posibilidad de tener enfrente a su víctima, nos queda confirmar que han comprendido el origen de su impulso trasgresor. En los encuentros que hemos realizado, la víctima ha necesitado conocer esta cuestión. Y, a su vez, hemos de constatar que están en condiciones emocionales, no sólo de atender la narrativa de la persona inocente que sufrió la violencia de sus impulsos sexuales, sino también, de expresar la verdad.

Otra tarea a la que nos vamos enfrentando consiste en preparar a los victimarios para que puedan dar respuesta e información a las cuestiones que las víctimas necesitan conocer. He aquí algunos ejemplos con los que nos hemos encontrado: -Yo me he acordado de ti toda la vida, ¿has tenido tú mi recuerdo presente? -En qué plano? - ¿Qué has pensado respecto de aquello que ocurrió? - ¿Cómo te lo explicas a ti mismo? - ¿Has tenido necesidad en algún momento de buscarme y pedirme perdón? - ¿Hubo más víctimas? - ¿Antes de mí? - ¿Durante? - ¿Y después? - ¿Has sentido suciedad con este tema? - ¿Necesitas mi perdón? - ¿Cómo ha sido tu vida desde entonces? - ¿Qué sueles sentir en el día a día respecto de esta historia pasada? - ¿Cuánta verdad hay en tu arrepentimiento? - ¿Hubo más abusos hacia mí de los que yo recuerdo? - ¿Solo ha significado un recurso erótico para ti? - ¿Cómo te sientes cuando oyas hablar de pedofilia en los medios de comunicación? - ¿Cómo pudiste hacerlo, siendo además sacerdote y educador? - ¿Te fuiste de la Iglesia Católica para poder tener relaciones sexuales permitidas? - ¿Huías de algo, incluso de ti mismo, cuando te fuiste a X? - ¿Por qué insististe en tu vocación si tus tendencias iban por otro lado? - ¿Vas a decir toda la verdad? - ¿Qué hiciste al saber de mi denuncia? - ¿Qué piensas hacer además de esto? - ¿Si hay más víctimas, piensas decir quiénes son? - ¿Vas a pedir perdón a la Congregación?

Respecto de la expresión de la verdad, nos hemos encontrado con distintos niveles de reconocimiento de los hechos. De los 11 clérigos, 7 han reconocido abiertamente las agresiones. Otros 4, al finalizar el proceso y prepararse para el encuentro han expresado no recordar los hechos, pero se han abierto a asumir como ciertas, todas las expresiones que las víctimas han vertido en las denuncias.

6. La esfera de la institución eclesiástica

6.1. La responsabilidad institucional

En las primeras sesiones de trabajo, las víctimas derivan la responsabilidad de los abusos sufridos, exclusivamente, en el clérigo. Pero, ha sido práctica común en todas que, en la tercera o cuarta sesión, se dan cuenta de que la institución también fue cómplice.

Si bien inicialmente las habían excluido de su juicio, en un momento determinado, las incluyeron. Aparece el resentimiento. Caen en la cuenta de que los religiosos y clérigos que vivían en la comunidad con su agresor no habían impedido sus comportamientos transgresores, o en todo caso, no pusieron el debido cuidado para prevenirlos. Y, por sí solas, se van dando cuenta de que los responsables institucionales de la época conocieron los abusos, y los ocultaron, para proteger, no sólo el buen nombre de la congregación, sino también, a su compañero.

También toman conciencia de que sus agresores fueron trasladados a otros colegios o países, e intuyen, en buena lógica, que pudieron continuar con comportamientos abusivos. Parece claro que las instituciones no pueden desatender a sus miembros, pero lo reprochable en esa época fue la inacción y la complicidad, cuanto menos imprudente, al no adoptar medidas preventivas hacia otros menores o adultos.

El resentimiento se amplifica ante la incoherencia existente entre los valores cristianos que les transmitían y la gestión que se hizo de los abusos sexuales padecidos. Este malestar ha necesitado ser expresado ante los responsables actuales de las congregaciones o instituciones religiosas en los encuentros que hemos realizado.

Las víctimas con las que hemos trabajado, aun habiendo gestionado su situación de una forma adecuada con la institución eclesial a la que pertenecía la persona que abusó de ellas, aún persiste, incluso después de finalizados los procesos restaurativos, una sensación de injusticia social. Nos exponen la intuición de que, a nivel de la sociedad, la Iglesia no es transparente. Es preciso, dicen, poner verdad para que haya justicia. Esta idea les calma. Ha sido el impulso para su participación en la Comisión de Investigación del Defensor del Pueblo.

El historial de agresiones y agresores se han ocultado durante años bajo justificaciones públicas emitidas por algunos de sus responsables. Y, en la actualidad, aunque se ha hecho un esfuerzo por parte de algunas congregaciones en aportar datos, se escuchan, desde otras, argumentos que, cuando son escuchados por las víctimas, nos llaman para expresar su enfado y malestar. En este sentido, son públicamente conocidos las siguientes expresiones: - «Los abusos de aquellos años, no pueden ser analizados con la mirada actual. -No son tantos, para el escándalo que se está montando. -Ya lo hemos arreglado, y no va a haber denuncia. -Van a la prensa y no vienen a hablar con nosotros. -Es un asunto movido por la homosexualidad...».

Estas argumentaciones denotan temor y necesidad de autoprotección sistémica. Hemos percibido ciertos miedos institucionales: a) a perder legitimidad ante la sociedad, b) a que la fuerza en el mensaje del Evangelio pierda intensidad y coherencia; c) a que los fieles queden decepcionados y abandonen la Iglesia; d) a abordar un diálogo honesto y sincero sobre la sexualidad en la iglesia; d) a perder patrimonio por las indemnizaciones que tengan que pagar como forma de reparación a las víctimas.

Y, entre estos temores, se ignora que la legitimidad ante los ciudadanos y la fuerza del mensaje del Evangelio, se ganan e intensifican: a) con la verdad y la transparencia; b) con la asunción de responsabilidad y la atención prioritaria a las víctimas; c) con una apuesta por la justicia y por la elaboración de una memoria de las transgresiones institucionales de carácter sexual y de abuso de conciencia. Se gana coherencia cuando se compaginan adecuadamente los valores del Evangelio basados en honestidad, misericordia y reconciliación con acciones y apuestas que faciliten la justicia y la reparación.

Por otro lado, en nuestra experiencia restaurativa, algunos de los abusos sexuales fueron cometidos en situaciones de acompañamiento espiritual. Desde este punto de vista aparece un nuevo reto de carácter eclesiológico vinculado a la forma de entender determinados servicios de liderazgo. En este sentido, ¿es posible que algunas formas de entender el sacerdocio incremente la separación o superioridad respecto de los laicos hasta deteriorar la utilización de un poder que puede llegar a concretarse en abuso de conciencia?

Por último, aparece una responsabilidad no menos importante. Eran los encargados de la formación, también sexual, del clérigo que cometió las conductas abusivas. Y aparece una pregunta necesaria: ¿En qué comprensión de la sexualidad viven y vivían las instituciones eclesiásticas? ¿Cómo era la formación afectivo sexual de los futuros sacerdotes? ¿en qué estado se encuentra en la actualidad?

7. Los procesos restaurativos

7.1. El encuentro entre las víctimas y los responsables de las instituciones eclesiásticas

El encuentro de las víctimas con los responsables actuales de las instituciones de la Iglesia en que ocurrieron los abusos es un trámite obligado. Para la parte inconsciente de la mente todo es presente; el tiempo de los calendarios no existe. La herida sigue abierta. Esta noticia presenta una posibilidad: el trauma puede quedar integrado y sanado desde una intervención en tiempo presente, aunque hayan transcurrido decenas de años.

Hemos observado la importancia del rol que desempeñan los actuales provinciales. Ellos son los representantes del pasado institucional. A través de ellos, la información que quedó ocultada y silenciada puede ser visibilizada, mirada y sentida por la víctima. Son los encargados de poner verdad y de permitir, con su presencia y escucha, la expresión del sufrimiento. El reconocimiento del dolor causado por conductas conscientes o negligentes de ocultación, son las que pueden permitir, en algún nivel, que la víctima sienta que se hace justicia. La autoridad del sistema, después de muchos años, puede reconocer la ilegitimidad del abuso y expresar su disponibilidad para reparar a la víctima en la medida y la forma en que se acuerde.

La eficacia de este encuentro restaurativo está en función de una buena preparación. Se necesita que la víctima pueda: a) detectar y reconocer sus necesidades en relación con la institución; b) elaborar la información que necesita obtener; c) concretar aquello que considera imprescindible expresar. Estas cuestiones precisan de una coherencia entre la expresión del contenido y la emoción sentida.

A estos efectos, antes de estos encuentros, hemos dedicado 13 sesiones de trabajo con la víctima y, entre 2 y 3, con los responsables institucionales. Sin esta preparación, el resultado de una entrevista entre personas abusadas y los provinciales de las congregaciones o los obispos, puede derivar en un enquistamiento de la relación, ante la frustración de las expectativas. Nos encontramos ante temas muy delicados, que precisan de una sutil y cuidadosa escucha para concretar y permitir un adecuado espacio comunicativo.

Por tanto, en las sesiones previas a estos encuentros, escuchamos a las víctimas sus sentimientos y necesidades. Entre todas, hay una prioritaria: conocer la verdad. Algunas personas, en estos encuentros, añaden que esta necesidad es muy profunda y que con ella no quieren hacer daño a nadie, ni siquiera a la persona que abusó de su sexualidad. Desean que todos los miembros de la institución puedan conocer lo ocurrido, para que ninguna otra persona padezca situaciones similares a la suya. Además, necesitan explicaciones. Por un lado, el porqué del comportamiento que posibilitó la ocultación institucional. Por otro, conocer las dinámicas que lo posibilitaron. Es muy difícil de entender que las agresiones pudieran darse en espacios comunitarios donde existían otros adultos que tenían que velar por el cuidado de los niños.

Y, previamente, desean expresar el relato de las consecuencias que los hechos abusivos han tenido su vida. Hablan de secuelas en el ámbito físico, en el terreno emocional (temores, sentimientos de asco, limitación en el contacto físico afectivo con otras personas, dificultades en la expresión de las emociones, vergüenza ante personas del mismo u otro sexo, culpa, devaluación en la autoestima...). Así mismo, relatan la afectación en el campo relacional (inseguridades y desconfianzas) o en el ámbito académico o laboral. Cuando eran niños o jóvenes no pudieron expresarlas por diferentes motivos. Por un lado, el desconcierto causado les impidió poner nombre a los hechos padecidos. Por otro, el temor reverencial ante la autoridad les hizo enmudecer. Ahora, ya adultos, acompañando a su niño interior, pueden expresar lo que quedó ahogado en su garganta; un grito de indignación: ¿dónde estabais? Obviamente, estas narrativas necesitan ser acogidas en toda su dimensión. Ello depende, no sólo de la calidad de la escucha, sino también, del grado de conciencia que tenga el provincial de la congregación o el obispo de la diócesis, sobre la responsabilidad institucional del pasado en la gestión de los abusos.

En este aspecto, nuestra experiencia ha sido altamente positiva. Los provinciales de la Compañía de Jesús, de los Salesianos, de los capuchinos y de los claretianos han tenido una presencia intensamente acogedora: a) han asumido los errores institucionales; b) han facilitado toda la información que la víctima ha necesitado respecto de los hechos que sufrió; c) se han abierto a otorgar las medidas de reparación necesarias; d) han relatado las actuaciones que en el presente están impulsando para prevenir y proteger a los menores; e) se han comprometido en aplicar las medidas canónicas, dentro de sus posibilidades legales frente al autor, para que pueda haber justicia. Hemos desarrollado estos encuentros en lugares seleccionados por las víctimas. Hemos cuidado la estética y la intimidad; también nuestra disposición y presencia como facilitadores para permitir la expresión y la escucha, creando las condiciones comunicativas adecuadas para el diálogo.

En algunos encuentros, además de los facilitadores, los responsables institucionales y la víctima, han estado presentes profesionales de la psicología, cuando aquella está en un proceso terapéutico y, en un caso, el cónyuge de una víctima.

Tres personas agredidas han necesitado dos encuentros de estas características. Uno, previo al mantenido con el agresor y, otro, posterior. La duración media ha sido de 3 horas.

Este encuentro es de tal importancia que, de las 13 víctimas, 6 no han necesitado el encuentro con la persona que les agredió. El resto lo han sentido como un paso obligado previo al mismo, sin el cual, difícilmente hubiera sido factible. Este dato nos indica la implicación, en calidad de victimaria, que tienen las instituciones religiosas en este asunto. Y, ello, no solo desde una cuestión puramente objetiva y evidente, sino desde la subjetividad de las víctimas: el sistema no les cuidó, no les protegió.

7.2. El encuentro restaurativo entre víctima y victimario

Para cualquier persona implicada o ajena a estos temas, visualizar el escenario de un encuentro entre una víctima y un agresor, está teñido de un juicio de irracionabilidad. ¿Para qué? Esta misma pregunta nos la hemos encontrado en los delitos de terrorismo, cuando sus autores quieren encontrarse con sus víctimas, y viceversa. El temor es la revictimización. Nuestra experiencia con las personas que han dado el paso desde su necesidad es totalmente contraria.

Estamos viendo el alcance de este potencial terapéutico. Hasta la fecha, ninguna víctima nos ha comunicado que el encuentro con su agresor le haya resultado retraumatizante. Al contrario, la experiencia de ponerse frente a él y expresarle: «Ahora, me doy cuenta de que ya no te tengo miedo» supone un empoderamiento necesario. Nos habla de una elaboración emocional muy significativa que se está produciendo en el mismo instante del encuentro: la víctima ya no solo observa al agresor desde su mirada de niño-niña herido-a, sino también desde la mirada del adulto que es, capaz hoy, con sus recursos, de comprender qué sucede, ponerle nombre y defenderse en caso necesario. Esta nueva vivencia es la entrada para una nueva reestructuración cognitiva, que tiene que ver consigo mismo, con el otro y en general, con la percepción del mundo y de las relaciones que las personas establecemos en él.

Efectivamente, la perspectiva de expresar ante el rostro y la mirada del agresor todo el dolor vivido, a veces acumulado por décadas, en un ambiente de plena seguridad emocional y de una buena calidad de escucha, tiene valor terapéutico. La mente está reconociendo al otro y haciéndole depositario de intensas y persistentes emociones guardadas durante años. No siempre es posible hacer esta práctica. En unas ocasiones, porque el agresor ha fallecido, en otras, porque no tiene las capacidades cognitivas en suficiente buen estado para el encuentro. En esos casos, las víctimas consiguen hacer ejercicios muy útiles para ayudar a la mente a cerrar lo que quedara abierto, a través de técnicas utilizadas en el ámbito de la psicoterapia.

En sí mismo, el encuentro es sanador, entre otras cuestiones que ya han sido referidas en este texto, por: a) poder expresar las consecuencias del abuso; b) realizar preguntas destinadas a elaborar un relato de verdad; c) ver la humanidad del agresor que, en ocasiones, está muy quebrada; d) detectar el arrepentimiento en sus ojos y en sus gestos; e) dejarse sentir la emoción que un día reprimió. Y para la otra parte, la agresora, estas actuaciones son intensa y auténticamente responsabilizadoras. Esta es nuestra experiencia.

En las semanas próximas al encuentro, aparece el temor. Las víctimas nos preguntan por la situación personal y emocional del agresor. Les da seguridad saber que estamos trabajando con ellas, y que si hemos decidido llevar adelante el encuentro es porque, con toda seguridad, el agresor está en condiciones emocionales y físicas de establecer una comunicación, acogedora, responsabilizadora y reparadora. En este sentido, hemos tenido que constatar que el religioso es capaz de escuchar, desde la hondura más profunda de su ser, traspasando la vergüenza y la culpa, para no esconderse mentalmente en justificaciones que dificulten la comunicación. La media de las sesiones de trabajo con la persona agresora ha sido de entre 18 y 20.

Para la propuesta del encuentro, proponemos al victimario la elaboración de una carta. Le pedimos que sea breve, clara y directa, con tono respetuoso y sencillo. Se pone atención a que no tenga ropajes ni términos religiosos, dado que es con ellos, desde donde la víctima quedó anulada en su consentimiento. Ha de mostrarse sin la protección del rol, ni como sacerdote, ni como profesor, ni como referente. Se trata de situarse de forma transparente ante la persona a la que agredió. No valen ropajes, ni protecciones, ni ideas.

La duración media de estos encuentros es de 3 horas y media. Preparamos el lugar con todas las claves estéticas y simbólicas que faciliten la comunicación en función de las necesidades de la víctima. Permite verter en él todo lo que durante las sesiones de preparación hemos elaborado.

Una vez concluido, pueden iniciar sus propios caminos. El vínculo inconsciente que les ataba durante años se ha deshecho. Cada uno puede mirarse en su propio espejo, casi siempre el familiar que la antecede, para poder seguir poniendo orden, comprensión y verdad. Para algunas víctimas el encuentro ha cerrado el asunto. Para otros se ha abierto un nuevo espacio que necesita de una elaboración terapéutica; han aflorado déficits o heridas que estaban ocultas y que solo han podido ser sentidas después del acompañamiento restaurativo y del consiguiente encuentro.

Nuestro acompañamiento continúa varias sesiones después del encuentro con ambos protagonistas.

7.3. La reparación económica del daño sufrido por el abuso sexual. Riesgos y posibilidades.

Como venimos manteniendo a lo largo de este artículo, los daños sufridos a consecuencia de la violencia sexual precisan de un laborioso proceso para que pueda darse una reparación -sanación-, utilizando otros términos. Quizá, ayudaría, complementándolo, si fuere necesario, con trabajo terapéutico y reconocimiento social.

No me gusta generalizar. Hablar de necesidades de reparación de las víctimas es pretencioso. A lo más, puedo hablar de necesidades que, en mi propio proceso personal, y en el de quienes hemos acompañado en procesos de justicia restaurativa, hemos detectado y abordado. Y, seguramente, la realidad personal sea mucho más compleja de lo que creemos ver. Cada ser humano elabora el sufrimiento con las herramientas y posibilidades que tiene; y son diferentes, no generalizables.

En nuestra experiencia y en relación a cuestiones de reparación económica ninguna de las personas que han sufrido la violencia ha solicitado a las instituciones eclesiásticas compensación económica como forma de reparación. Únicamente, se han pagado los gastos del proceso restaurativo, del terapéutico, y de otros gastos médicos.

La hipótesis de partida es que las personas que han decidido comenzar los procesos que se relatan en este artículo necesitaban un abordaje más profundo que el meramente económico. Otra posibilidad es que el proceso ha colmado sus necesidades en aspectos reparatorios.

Esta experiencia nos lleva a formular una serie de intuiciones sobre el aspecto indemnizatorio. No pretende determinar un método, sino únicamente establecer sugerencias por si ayudan a la reflexión.

Somos conscientes de que el dinero cumple funciones importantes. Puede, entre otras cosas: 1) aliviar el sentimiento de injusticia, 2) posibilitar el desarrollo material de procedimientos terapéuticos, 3) compensar situaciones sociales y laborales de incapacidad o limitación que el abuso provocó. No obstante, queremos poner una mirada sobre el riesgo en la forma de proceder y en el tiempo de su realización. También de lo que puede privar a algunas víctimas cuando una reparación económica se impone como primera puerta de entrada a la solución de un tema tan complejo: 1) abordar la sanación del dolor emocional, 2) posibilidad de aflojar nudos y vínculos que mantienen atados a las víctimas, con la institución que ocultó y con las personas que agredieron, 3) posibilidad de retirar pantallas por las que la víctima ha de transitar pero sin que se conviertan en muros opacos que no impiden ver la herida y transformarla en cicatriz.

Estas gestiones indemnizatorias se pueden desarrollar con distintas metodologías y actores:

1. Despachos de abogados, en modelos de para-justicia penal. Siguen una metodología adversarial (testimonios víctima/victimario) para la obtención de pruebas, en la necesidad de objetivar la existencia del daño y formalizar su conceptualización (leve, menos grave y grave). Lo positivo de estos procesos es la objetividad y la rapidez en la inmediatez de la respuesta ante la pretensión económica de la víctima. Sus riesgos:

a) Pueden generar una falsa idea subjetiva de satisfacción de justicia, suplantando la figura del Juez que, en nuestra sociedad, tiene el encargo de juzgar y dictar sentencias, y que, simbólicamente, desde el inconsciente colectivo, permite colmar la existencia de la realización de Justicia. Si esta la desarrolla un abogado, desde una empresa privada, con intereses mercantilistas, es una distorsión de la necesidad de Justicia que se busca. La justicia queda sin ser satisfecha, y lo único que se obtiene es una reparación económica, como compensación del daño.

b) Este abordaje implica comenzar el proceso por el final: la indemnización. Y esto condiciona los resultados. Si el abogado llama a la víctima, y le presenta el objetivo indemnizatorio, como principal y único del proceso, cierra otras posibilidades. A partir de ahí, se llama a la institución para que obligue al religioso a acudir a la cita, con un abogado, que será no de su elección, sino el de la institución, para someterse a un interrogatorio por quien no tiene ninguna legitimidad: el abogado de una empresa. Obviamente, negará los hechos o se negará a acudir. Resultado: se cierra el proceso, la víctima sólo satisface su necesidad de reparación económica y otras, que pueden aparecer posteriormente, difícilmente podrán quedar satisfechas. Serán reclamadas, desde el resentimiento, en otras instancias público-mediáticas. Si, a su vez, la institución pide una discutible cláusula de confidencialidad de lo desarrollado, todo quedará en ámbitos privados, silenciados, que no ayudan a la gestión del conflicto, cuya esencia va de la mano de la transparencia y la verdad. La intuición nos dice que esta gestión permite una sutil posición defensista de la institución: satisfecha la indemnización, el asunto queda cerrado. Y, el clérigo o religioso victimario, estará tentado a negar los hechos o a no declarar. Esto es, a seguir silenciando o minimizando lo ocurrido, con el consiguiente prejuicio hacia la reparación emocional de la víctima desde la construcción de la verdad y el avance de su propio proceso de evolución personal.

c) El centramiento en la baremación del *quantum* indemnizatorio facilita la posible aparición de víctimas falsas, cuyo único interés puede ser la de obtener dinero. Ante esta previsible situación, las instituciones eclesiásticas pueden necesitar incrementar los medios de prueba, y con ellos, generar nuevas victimizaciones hacia las personas que realmente han sufrido el daño, por la desconfianza instaurada.

d) Este proceso pseudojudicial o parajudicial, es difícilmente compatible con la búsqueda de la verdad real, el reconocimiento del daño y de la persona dañada, que son, entre otras, las claves que permiten liberar el vínculo dañino entre víctima-infractor-institución. Esta incompatibilidad la hemos aprendido del proceso penal (civil).

2. Comisión de expertos. La determinación de la cuantía inicial puede realizarse a través de un expediente específico en el que una comisión formada por tres expertos (juristas especialistas en evaluación de daños, psicólogos especializados en acompañamiento de víctimas) emita un dictamen, basándose en criterios objetivos, para la fijación de la cantidad económica. Este equipo ha de ser independiente de la institución religiosa y con el suficiente prestigio profesional para que

otorgue a sus consideraciones la legitimidad de imparcialidad⁴³. Lo ideal, en nuestra opinión, es que esta comisión tuviera carácter público/institucional. Ello no sólo garantizaría la imparcialidad, sino también la legitimidad, hecho que quizá ayudase a la satisfacción simbólica de Justicia. Esto es, la declaración por un representante legitimado institucionalmente desde los poderes públicos para determinar en una resolución el injusto proceder de los agresores y la determinación de una compensación económica.

3. Proceso de Justicia restaurativa. Parte del reconocimiento del daño, la construcción de la verdad, la reparación, las garantías de no repetición, desde claves de dialogo, intrapersonal e interpersonal. Todo bajo criterios de voluntariedad y confidencialidad. Como hemos venido detallando a lo largo de este artículo son procesos sumamente cuidadosos y respetuosos con la situación de víctimas y victimarios. Tienen como factor positivo que, una vez trabajadas las necesidades restaurativas de la víctima, con el acompañamiento al sacerdote o religioso infractor, y una vez establecida la verdad y el reconocimiento, la determinación de la cuantía económica por las consecuencias del daño sufrido tiene más elementos para su satisfacción.

Ahora bien, esta forma de proceder tiene el riesgo de la lentitud en una demanda de rapidez de la víctima.

La clave esencial para la elección de un modelo u otro depende de quién y cómo se informe a la víctima de los instrumentos de reparación.

8. Resultados y propuestas para la reflexión

Realmente y debido a las limitaciones metodológicas, no podemos hablar de resultados concluyentes ni extrapolables a otras realidades. A lo más, podemos describir algunas interpretaciones que, como observadores participantes en estos procesos, hemos realizado. Sugerimos al lector que lo tome desde este punto de vista. Son simples intuiciones de unas personas que durante más de 500 horas hemos escuchado y acompañado hasta encontrarse a víctimas, victimarios e instituciones religiosas.

Primera. El desarrollo de estos procesos restaurativos, con independencia de que culminen con un encuentro cara a cara, permiten satisfacer en la víctima necesidades emocionales y físicas, en relación consigo misma, con la persona que le agredió y con la institución religiosa. Estos procesos de acompañamiento, cuya media ha durado un año y 8 meses, han permitido descubrir el carácter dinámico de los estados emocionales y, así, han posibilitado que los facilitadores hayan podido acompañar las necesidades que, de sesión en sesión, han ido apareciendo de forma novedosa en cada protagonista.

Segunda. Existe una sensación generalizada de injusticia en las víctimas que traspasa los límites de su caso concreto. Sienten una necesidad de colaborar, exponiendo su situación ante instituciones que estén investigando la dimensión cuantitativa de las transgresiones cometidas en el seno de la Iglesia Católica -Defensor del Pueblo-. Lo vinculan con la idea de realización de Justicia.

⁴³ Una metodología similar ha sido utilizada por el Síndic de Greuges de Cataluña (op. cit.) y por la asociación *Eshma* (Atención a víctimas de abuso sexual, de poder y de conciencia en la Iglesia Católica, desde claves restaurativas) con las personas e instituciones religiosas con las que trabaja.

Tercera. ¿Cómo gestionar las conductas abusivas ya prescritas? No hay respuesta cierta. Justicia y verdad son imprescindibles. Se trata de dos cuestiones que están pendientes desde el inicio de este asunto. Una, no existe información suficientemente acreditada sobre la dimensión cuantitativa y cualitativa de los abusos sexuales cometidos en el seno de la Iglesia Católica. La ocultación ha sido la metodología utilizada durante décadas por la Iglesia. La segunda, de la mano de la anterior, surge la imperiosa necesidad de que haga justicia, entendida esta como un valor individual y social de primer orden, que lleve a las personas e instituciones a asumir las correspondientes responsabilidades. Si socialmente pudiera quedar colmada la sensación de justicia, y expresada la indignación social, se abre la posibilidad a las personas de profundizar en sus biografías dañadas para poder gestionarlas desde otros ámbitos y miradas que no sean estrictamente las vindicativas.

Ante estos escenarios, creemos que es imprescindible el desarrollo de las investigaciones que cuantifiquen y pongan nombre a las consecuencias de las conductas abusivas, no solamente en el ámbito de la sexualidad, sino también relacionados con el ámbito del poder y la autoridad en las instituciones religiosas. Se trata de la asunción de las responsabilidades individuales e institucionales. Es la única manera que existe, hacia futuro, de una prevención eficaz; y hacia el pasado de que pueda quedar mínimamente colmada una sensación colectiva de que se ha realizado una intervención justa.

Cuarta. Observamos la existencia de un miedo en la Iglesia que la lleva a autoprotegerse: la contradicción entre el mensaje que se predica, basado en la bondad, la verdad y la compasión, y lo que se hace, esconder, justificar o minimizar. Un ejercicio de humildad pasaría por valorar el vendaval de críticas mediáticas. Les están encaminando a una realidad que debe ser mirada. El dolor de las víctimas ante la injusticia del ocultamiento debería ser recibido como una oportunidad para liberar la carga histórica de trasgresiones silenciadas y ocultadas, cometidas y sufridas, desde la transparencia y la verdad.

Esta verdad exige «desnudez». En palabras de una víctima: «A la verdad, le llamo desnudez. Hemos adoptado la desnudez por la fuerza, ahora les toca a ellos adoptar la desnudez, como único modo de sellar una nueva alianza y como único medio creíble de estar ante la vida y ante nosotros». No hay otra vía de credibilidad.

Quinta. La intervención en este complejo asunto necesita, según nuestra experiencia, la presencia activa y respetuosa de los tres protagonistas: la víctima, el victimario y la institución católica. Hemos observado que todos están entrelazados por un vínculo inconsciente motivado por la agresión y la ocultación. Hemos constatado, gracias a los 7 encuentros restaurativos entre víctima y agresor; los 12 entre víctima y responsables de las instituciones, 4 con profesores de la época de los abusos, y 2 entre religiosos y sus provinciales, que las claves para deshacer tales vínculos y permitir que cada persona implicada inicie o continúe su camino vital más pacificado son: a) la escucha acogedora y respetuosa, b) la asunción de la responsabilidad personal e institucional por los abusos cometidos, c) el reconocimiento del daño, d) la elaboración de la verdad personal e institucional, e) el desarrollo de un proceso de Justicia, aunque sea el canónico, f) la elaboración de una memoria biográfica -personal e institucional-, g) el reconocimiento, en términos materiales y económicos, de la necesidad de reparación por los daños físicos y emocionales, h) la puesta en marcha de actuaciones encaminadas a garantizar la no repetición de conductas abusivas, y poner los medios para que puedan realizarse.

Esta misma hipótesis la venimos observando y acreditando en los procesos restaurativos entre víctimas de terrorismo y las personas que los cometieron.

Sexta. Hemos observado una clave esencial para que los 3 protagonistas de este complejo y doloroso asunto puedan abrirse a gestionarlo desde la verdad, la honestidad y la responsabilidad. Se trata de la presencia de un valor, poco fácil de aplicar debido a la injusticia que rodea a los comportamientos abusivos: el respeto. Hemos observado que cuando se intensifican las posiciones vindicativas, en cualquiera de sus formas y términos, los victimarios e instituciones se ocultan.

Somos conscientes de que, gracias a la presión vindicativa desplegada a través de los medios de comunicación, las instituciones religiosas han comenzado a colaborar con la justicia y la verdad. Por iniciativa propia no lo hubiesen hecho. Aún queda bastante trecho por caminar en esta dirección. Ahora bien, el equilibrio entre la atención vindicativa y el respeto adecuado y proporcional para que agresores e instituciones victimarias colaboren con la justicia y la verdad no es fácil de alcanzar.

Séptima. Ante la ausencia de justicia penal la intervención del ámbito canónico es imprescindible. Ahora bien, las personas encargadas de gestionar y tramitar estos procesos han de recibir una formación específica para atender a víctimas y victimarios. En sí mismo, el proceso no tiende a cuidar o satisfacer necesidades ni de unos ni de otros, únicamente está orientado a satisfacer intereses estructurales de la Iglesia Católica. La normativa canónica presenta déficits importantes. Existe una ausencia de garantías jurídicas exigibles en un estado de derecho en relación con las personas involucradas en el proceso. Las víctimas quedan insatisfechas y, a veces, revictimizadas. Sienten que no son tratadas con la sensibilidad que precisa su estado emocional; tampoco se satisface su derecho a conocer la verdad. No sienten que se les otorgue un protagonismo adecuado en la actividad procesal.

Octava. El inicio de un proceso restaurativo, basado en los principios de asunción de verdad y responsabilidad, es difícilmente compatible con el inicio de un proceso de Justicia canónica donde ha de quedar garantizado el derecho a la presunción de inocencia. Ambos procesos únicamente pueden coexistir cuando la persona acusada es capaz de asumir, desde el primer momento, la verdad y la responsabilidad por los hechos cometidos. De lo contrario habrá que esperar a la finalización del proceso canónico.

Novena. Hemos observado, en el trabajo biográfico que desplegamos en el proceso restaurativo con víctimas y victimarios, la importancia de ampliar estos conceptos que califican a quien sufrió los abusos y a quien los causó. Obviamente, en cada caso concreto no existe objeción alguna. El religioso acusado cometió delitos de abuso sexual frente a una víctima inocente y menor de edad. Ahora bien, finalizando el proceso y, con posterioridad, hemos observado, en la biografía de los victimarios, episodios en los que fueron víctimas. Hemos tenido que detener el proceso restaurativo iniciado en la calidad de agresor para entrar en contacto con sus victimarios y desarrollar un proceso restaurativo. Y, posteriormente, continuar con el proceso iniciado, ya en calidad de agresor. Así mismo hemos observado, en algunos, que en sus familias y en una o dos generaciones anteriores, hubo otras agresiones sexuales, algunas, de cierta entidad. En el mismo sentido, hemos observado, en algunas víctimas, que esta circunstancia se repite en los contextos familiares, y que la transgresión sexual en calidad de victimarios también existe en estas biografías. Esta observación de la realidad, simplemente, se expone para que pueda intuirse la complejidad existente en la intervención de este doloroso fenómeno. Es responsabilidad y decisión de cada persona poder elaborar una biografía de las transgresiones sexuales, en toda su dimensión histórica.

Décima. La respuesta de la Iglesia hacia este grave asunto de los abusos sexuales y de conciencia no puede consistir únicamente en establecer protocolos de entornos seguros. Necesitan avanzar hacia una cultura de respeto y del cuidado mutuo, de la atención preferencial por lo frágil y vulnerable, el cuidado de los afectos, el diálogo de los temas complejos sin límites ni censuras y asumir la importancia de colocar al ser humano en el centro de todo. La dimensión afectiva y física de la sexualidad ha de ser mirada desde diferentes planos.

Undécima. Hemos constatado la importancia de que todas las personas y profesionales que intervienen en la gestión de los abusos, con independencia de la institución, pública o privada, o asociaciones, universidades, o medios de comunicación, etc. miren si están implicados o vinculados a estos asuntos desde las propias heridas de carácter sexual, si las hubiere, bien como víctimas y/o victimarios. Como hipótesis: quienes están/amos en estos temas, quizás la trasgresión habite dentro y en silencio. Mirar la propia herida permitirá no proyectarla en quienes acuden en demanda de apoyo y, quizás, en algún nivel e intensidad permitirá sanar algo propio, personal o sistémico, para que generaciones posteriores no tengan que gestionarlo.

9. Bibliografía

BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *Nueva criminología desde el Derecho penal y las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

BELMONTE, Olga, *Víctimas e ilesos, ensayo sobre la resistencia ética*, Herder, Barcelona, 2022.

BOHM, Bettina, et al. «Child sexual abuse in the context of the roman Catholic Church: A review of literature from 1981-2013», *Journal of Child Sexual Abuse*, 23(6), 2014, pp. 635-656.

SAUVE, Jean Marc, *Les violences sexuelles dans l'Église catholique*, France 1950-2020, Commission Indépendante sur les Abus Sexuels dans l'Église, 2021.

CHRISTIE, Nils, «The ideal victim», en FATTAH, EZZAT A. (ed.), *From crime policy to victim policy*, Macmillan, London, 1986, pp. 17-30.

COMPAÑÍA DE JESÚS, *Guía básica del sistema Entorno seguro*. 2022, Recuperado el 23/11/2022 de https://entornoseguro.org/wp-content/uploads/2019/11/Guia%20basica%20de%20entorno%20seguro_WEB.pdf.

COMPTE GRAU, María Teresa, «Dimensiones ignoradas: Mujeres víctimas de Abusos sexuales en la Iglesia Católica en España. Una aproximación», en LIZARRA, MIKEL (coord.), *Abusos sexuales a menores en la Iglesia Católica. Hacia la verdad, la Justicia y la reparación desde Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2020, pp. 101-133.

DARMODY, Melissa, «Towards healing: Diecinueve años de escucha y aprendizaje», *Eguzkiloa: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 29, 2015, pp. 77-92.

DOMÍNGUEZ, Iñigo/NÚÑEZ, Julio, *Base de datos sobre el abuso sexual en la Iglesia Católica*, 2022, El País, recuperado el 23/11/2022 de <https://elpais.com/especiales/pederastia-en-la-iglesia-espanola/>

DICASTERIO PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Vademécum sobre algunas cuestiones procesales ante los casos de abusos sexuales a menores cometidos por clérigos*, Vaticano, 2022, Recuperado el 23/11/2022 de https://www.vatican.va/resources/index_sp.htm

EUROPEAN FORUM FOR RESTORATIVE JUSTICE, *Comments on the EU strategy on victims' rights (2020-2024)*. Leuven: European Forum for Restorative Justice, 2020.

GAVRIELIDES, Theo, «Clergy child sexual abuse and the restorative justice dialogue», *Journal of Church and State*, 55(4), 2013, pp. 617-639.

HURTADO, Miguel, *El manual del silencio: La historia de pederastia en la iglesia que nadie quiso escuchar*, Planeta, Barcelona, 2020.

IBÁÑEZ, Carmelo, «Victimización por abusos sexuales en la iglesia», *Prevención, Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 29, 2015, pp. 115-129.

JOHN JAY COLLEGE, *The nature and scope of sexual abuse of minors by catholic priests and deacons in the United States 1950-2002*, Washington, D.C: United States Conference of Catholic Bishops, 2004.

KEENAN, Marie, *Child sexual abuse and the Catholic Church: Gender, power, and organizational culture*, Oxford University Press, New York, 2012.

LIZARRAGA, Mikel, *Informe sobre la estructura y dimensión de los abusos sexuales cometidos en el seno de la Iglesia Católica en Navarra*, 2022, Recuperado el 23/11/2022 de <https://www.navarra.es/documents/48192/14780975/110222PM202022informe+ABUSOS+UPNA.pdf/18521068-7aff-fd71-ea8c-9d5b3bfd4c07?t=1644575573239>

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, «Justicia restaurativa, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?», *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I. Edisofer, Madrid, 2008.

MENESES, Cristian, «Perseguido por la culpa», en BROWN, MARIA OLIVIA/CONTRERAS, NICOLE, *Vidas robadas en nombre de Dios*, Catalonia, Santiago de Chile, 2022.

MERELO ROMOJARO, Paula, *Adultos vulnerados en la Iglesia*. San Pablo, Madrid, 2022

MURILLO URRUTIA, José Andrés, «Abuso sexual, de conciencia y de poder: Hacia una nueva definición», *Estudios Eclesiásticos: Revista de Investigación e Información Teológica y Canónica*, 95(373), 2020, pp. 415-440.

OLALDE ALTAREJOS, Alberto, «Justicia restaurativa y victimizaciones a menores en su sexualidad en el seno de la Iglesia Católica española: Reflexiones inacabadas desde una práctica incipiente», *Revista de Victimología*, 10, 2020, pp. 119-152.

PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Sal Terrae, Santander, 2013.

PEREDA, Noemí, et al., «Características del abuso sexual infantil por representantes de la Iglesia Católica en España/Characteristics of Child Sexual Abuse by Representatives of the Catholic Church in Spain», *Revista de psicopatología y salud mental del niño y del adolescente*, 34, 2020, pp. 45-58.

PROYECTO MHG, *Sexueller Missbrauch an Minderjährigen durch katholische Priester, Diakone und männliche Ordensangehörige im Bereich der Deutschen Bischofskonferenz [Abuso sexual de menores por parte de sacerdotes católicos, diáconos y religiosos en el ámbito de la Conferencia Episcopal Alemana]*, 2018.

RASSENHOFER, Miriam, et al. «Child sexual abuse in the roman catholic church in Germany: Comparison of victim-impact data collected through church-sponsored and government-sponsored programs», *Child Abuse Neglect, Germany*, 40, 2015, pp. 60-67.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, *Biografía de la reconciliación. Palabras y silencios para sanar la memoria* (2^a ed.), Comares, Granada, 2020.

ROYAL COMMISSION INTO INSTITUTIONAL RESPONSES TO CHILD SEXUAL ABUSE, *Analysis of claims of child sexual abuse made with respect to Catholic Church institutions in Australia*, 2017, Recuperado el 23/11/202 de <https://www.childabuseroyalcommission.gov.au/>

SANTO PADRE FRANCISCO, *Carta del Santo Padre Francisco al cardenal Reinhard Marx, arzobispo de Múnich und Freising*. 2021, Recuperado el 07/07/2021 de <https://www.vatican.va/content/francesco/es/letters/2021/documents/20210610-cardinale-marx.html>

SÁNCHEZ GIRÓN, José Luis, «Garantías procesales en los procedimientos penales administrativos de la Iglesia», en RUANO ESPINA, LOURDES/PEÑA GARCÍA, CARMEN (eds.), *Verdad, Justicia y caridad. Volumen conmemorativo del 50º aniversario de la Asociación Española de Canonistas*, Dykinson, Madrid, 2019.

SEGOVIA BERNABÉ, José Luis/BARBERO GUTIÉRREZ, Javier, *Víctimas de la iglesia. Relato de un camino de sanación*, PPC, Madrid, 2016.

SÍNDIC DE GREUGES, *Informe sobre la prevención y reparación de los abusos sexuales infantiles por representantes de la Iglesia Católica*, 2020.

TAMARIT SUMALLA, Josep María (coord.), *Abusos sexuales en la Iglesia Católica: Análisis del problema y de la respuesta jurídica e institucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, «Abusos sexuales en la Iglesia Católica: ¿puede haber justicia?», *PostC: La PosRevista sobre Crimen, Ciencia y Sociedad de la era PosCovid19*, 2021. <https://postc.umh.es/minipapers/abusos-sexuales-en-la-iglesia-catolica-puede-haber-justicia/>

TAMARIT SUMALLA, Josep María, «Abusos sexuales en la Iglesia Católica: ¿cómo responder a las demandas de justicia?», *Nuevo Foro Penal*, 14(91), 2018, pp. 11-42.

TERRY, Karem, *The causes and context of sexual abuse of minors by catholic abuse of minors by catholic priests in the United States, 1950-2010*. Washington D.C.: United States Conference of Catholic Bishops. 2011. The-Causes-and-Context-of-Sexual-Abuse-of-Minors-by-Catholic-Priests-in-the-United-States-1950-2010.pdf (usccb.org).

TROYA CACERES, Lidia, «El relato de las víctimas desde la experiencia de la escucha», en PORTILLO, DANIEL (coord.), *Prevenir y acompañar los abusos en la vida religiosa*, PPC, Madrid, 2022.

VARONA MARTÍNEZ, Gema, «Culturas organizacionales e identificación de contextos de victimización primaria y secundaria en abusos sexuales en la Iglesia, en clave de prevención y reparación victimal», Ponencia presentada en la Jornada sobre abusos sexuales de menores en instituciones religiosas: respuestas restaurativas desde la victimología, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Universitat Oberta de Catalunya, Universitat de Barcelona. 2021. Recuperado el 23/11/2022 de <https://eu.bbcollab.com/guest/9e4efe249c7e4313a331064ac592513d>

VARONA MARTÍNEZ, Gema, «Testimonios de víctimas de abusos sexuales en la Iglesia Católica española: Hermenéutica de los factores organizacionales victimógenos», versión preliminar extendida del capítulo publicado en TAMARIT, JOSEP MARÍA (coord.), *Abusos sexuales en la Iglesia Católica: Análisis del problema y de la respuesta jurídica e institucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

VARONA MARTÍNEZ, Gema, «Estudio exploratorio sobre los abusos sexuales en la iglesia española y otros contextos institucionales: Marco teórico y metodológico de una investigación victimológica abierta». *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 29, 2015, pp. 7-76.

VARONA MARTÍNEZ, Gema, «Reconocer a las víctimas para reparar y prevenir el sufrimiento: Los abusos sexuales en la iglesia y las posibilidades de la Justicia restaurativa desde un enfoque victimológico», *Razón y Fe: Revista Hispanoamericana De Cultura*, 272(1405), 2015, pp. 383-396.

VARONA MARTÍNEZ, Gema, *La mediación reparadora como estrategia de control social*, Comares, Granada, 1998.

WALKLATE, Susan, «Justicia restaurativa: ¿terapia y/o reconciliación?», *Revista de Victimología*, 4, 2016, pp. 83-104.

Gender gap and personal injury compensation. Reverse engineering against judicial opacity

Hugo Acciari**Universidad Nacional del Sur,
Bahía Blanca (Argentina)****Fernando Delbianco****Universidad Nacional del Sur,
Bahía Blanca (Argentina) –
Instituto de Matemática de Bahía
Blanca (INMABB-CONICET)****Gonzalo Ramírez Muñoz de Toro,****Universidad Nacional del Sur,
Bahía Blanca (Argentina)**

Abstract

Damages for personal injuries is a field prone to gender biases. Empirical exploration of the issue, however, is far from being simple, especially in Civil Law countries, given a pervasive lack of transparency and explicitness on the details of reasoning and treatment of numerical values. Accounting for that feature, our research sketches a canon of analysis that goes beyond the words. To deal with risks of cherry picking and inaccurate sample design, our database encompasses all the decisions made during the span time selected (more than 20,000) by an Appellate Court. Scrapers designed ad hoc have been instrumental to that aim.

In our case study, the well-known earnings gap, usually assumed a cause of other, second order gaps, ought not to be mirrored in magnitude by pecuniary damages, because the “shadow price” of non-remunerated activities must be computed together with earnings lost, what should counterbalance the latter derivative gap. Non-pecuniary damages, in turn, must be independent of earnings, being theoretically free from that effect. Nonetheless, we found differences with statistical significance in any of them, in favor of men. Some reverse engineering in search of the primary source of the gap leads to find a systematic bias in percentages of disability against women, even in cases where the predictable result should be the opposite.

In more general terms, the said obscurity on the treatment of numerical values, usually covered by rhetoric, renders difficult any honest scrutiny of systematic biases on the matter without the assistance of high technology and some sophistication, and shields decisions to criticism. Accordingly, it helps perpetuate gaps whenever existed.

Sumario

La indemnización por lesiones personales es un campo propenso a los sesgos de género. Sin embargo, la exploración empírica tendiente a demostrarlo está lejos de ser sencilla, especialmente la que tiene por objeto sentencias de países de derecho civil, dada la generalizada falta de transparencia y claridad en los detalles del razonamiento y el tratamiento de los valores numéricos implicados.

Teniendo en cuenta esa característica, nuestra investigación esboza un canon de análisis que procura ir más allá de las palabras. Para hacer frente a los riesgos de selección parcial y diseño de muestra inexacto, nuestra base de datos abarca la totalidad de las sentencias emitidas, durante el lapso elegido (más de 20 000), por el Tribunal de Apelaciones más relevante de un sistema judicial nacional del civil law. Los web scrapers diseñados ad hoc han sido fundamentales para su análisis.

En nuestro caso de estudio, la conocida brecha de ingresos —generalmente asumida como causa de otros sesgos, de segundo orden, como los judiciales— no debería reflejarse pura y simplemente en la magnitud de la indemnización por daños materiales, porque el precio sombra de las actividades no remuneradas de la víctima (actividades domésticas, de cuidado, etc.), incluidas dentro de su capacidad, debería computarse junto con el puro lucro cesante y contrarrestarla. La indemnización por daños no patrimoniales, a su vez, debería ser independiente de la capacidad de ganancia monetaria explícita de la víctima, lo que la dejaría al margen de la brecha de ingresos. No deberían verse, aquí, diferencias en contra de las mujeres.

No obstante, aunque de acuerdo con lo expresado en palabras, sea por la doctrina autoral o en las mismas sentencias, no deberían existir, encontramos diferencias con significación estadística, en todos estos conceptos, a favor de los hombres. El empleo de una particular ingeniería inversa, en busca de la fuente primaria de la brecha en las determinaciones judiciales, encuentra un sesgo sistemático en los porcentajes de discapacidad otorgados, en contra de las mujeres, incluso en los casos en que el resultado, predeciblemente, debería ser el contrario.

En términos más generales, resulta sumamente relevante advertir que la oscuridad en el tratamiento de los valores numéricos, generalmente encubierta por la retórica, dificulta cualquier escrutinio honesto de los sesgos sistemáticos en la materia y que, sin la ayuda de alta tecnología y cierta sofisticación de análisis, “blinda” las decisiones a la crítica. En consecuencia, ayuda a perpetuar las tales brechas de género en las indemnizaciones al contribuir a la dificultad de comprobarlas.

Título: *Brecha de género e indemnización por lesiones personales: ingeniería inversa contra la opacidad judicial*

Keywords: Law and Economics; Gender Gap; Personal injury compensation; Non-pecuniary damages; Web scraping.

Palabras clave: Derecho y Economía; Brecha de género; Compensación por lesiones personales; Daños inmateriales; Web scraping.

DOI: 10.31009/InDret.2023.i1.09

1.2023

Recepción
15/09/2022

Aceptación
29/12/2022

1. Introduction. Theoretical remarks

2. Methodology and Data

3. Total Damages

4. Pecuniary damages (PD)

4.1. The income gap and non-remunerated homework

5. Non-pecuniary damages (NPD)

6. Conclusions

7. References

8. Appendix

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

1. Introduction. Theoretical remarks

Gender gap is the term usually employed to name a broad range of unequal results based on gender. Probably the most popular, in media and public agenda, is the so-called *earnings gap*, *pay gap* or *income gap*, denominations that allude to differences in remuneration due to gender. This bias might be regarded as the basic source of several other gaps. We call these derivative gaps “*second order gaps*”, i.e., disadvantages as social security differential benefits coming from the former. Gaps in damages awarded for personal injuries might be suspicious of being only a typical candidate of the second order ones.

However, in this field, unfair treatment might stem, indeed, from diverse sources. Firstly, from straightforward and explicit norms or principles, i.e., as if, according to scheduled damages or legal rules, differential amounts of compensations for the same kind of injury were awarded based on gender. Secondly, gaps may be the indirect result of some interaction between legal norms or doctrines and the real world, as when strategies to assess damages employ statistical data on factors unequally distributed among genders.

Thirdly, they may derive not strictly from norms or doctrines, but from the improper performance of courts and officials in applying them. In this case, some practices and systematic misapplications of the rules or principles, either deliberately or not¹, may lead to biases.

Nowadays, in Western countries, the first source of gaps is almost a bad memory of a bygone age. The second and third ones, on the contrary, may be serious issues in many of them. The third, in particular, turns out to be peculiarly hard to discover and solve.

Different national systems are prone to different weaknesses. Methodologies, rules, and procedures applied in different nations derive correlated differential risks on the matter. A survey of European countries’ law about only one category of the damages relevant to the field (*housekeeping capacity*) is enough to realize how scattered and nuanced the landscape in this field is².

It is far from our aim to endeavor a detailed comparative quest, although distinguishing a cleavage between *classes* of systems help to point out typical sources of potential biases. We may separate:

- Systems pursuing a case-by-case *restitutio in integrum*, i.e., aiming to restore the plaintiffs to the position they would have enjoyed but for the tort.
- Systems that replace traditional expert-driven damages calculations with scheduled damages using general multipliers and schedules³.

Both kinds of systems are vulnerable to gender biases, but the inquiry on the matter should account for peculiarities in each of them. If a legal schedule undervalues certain kind of damages, e.g., the alluded housekeeping capacity, this would, indirectly but visibly, impact far more on one gender than on the other⁴.

* Corresponding author: Fernando DELBIANCO (fernando.delbianco@uns.edu.ar). Co-authors: Hugo ACCIARI (acciari@criba.edu.ar; ORCID 0000-0002-1560-2587); Gonzalo RAMÍREZ MUÑOZ DE TORO (grrmdt@gmail.com; ORCID 0000-0002-8288-0771)

Funding: PICT BID 2019-02302 and PGI UNS 24/E172.

¹ «...In this Article, bias includes both deliberate and unconscious disparities in the treatment of persons who are similarly situated, whether stemming from animus, hostility, insensitivity, lack of empathy, or the use of stereotypes or unfair generalizations about a group...». CHAMALLAS, «The architecture of bias: Deep structures in tort law», *University of Pennsylvania Law Review*, 146, 2, 1998, pp. 463-531. <https://doi.org/10.2307/3312624>.

² KARNER/OLIPHANT (eds.), *Loss of housekeeping capacity*, De Gruyter, 2012.

³ WARD/THORNTON (eds.), *Personal Injury and Wrongful Death Damages Calculations: Transatlantic Dialogue*, Emerald Books, 2009.

⁴ MARTÍN-CASALS, «Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal (“baremo”)», *InDret Penal*, 4, 2012.

Its generality, however, gives it a communicative advantage. It allows such a factor, which harms an entire category of individual claims, to be easily exposed, criticized, and eventually fixed once and for all.

Restitutio in integrum systems, in turn, may incur in several flaws at a different level. Details on strategies of assessment (types of services admitted as housekeeping capacity, characterization as pecuniary or non-pecuniary of any feature of those services, *input* vs. *output* valuation, et cetera) determine a broad range of cases of study hard to compare⁵. Particularized assessment, in itself, makes it difficult to notice any instances of unfair treatment and, accordingly, to solve the problem.

Paralleling the previous example, if, beyond the role of experts, assessing housekeeping capacity and its valuation is ultimately a matter of judge's or jury's discretion, either under or overvaluation may occur case by case. Aside from their effects on each individual claim, this creates an improper variance, undermining the functions of the system⁶. At the same time, as far as our issue is concerned, discovering a systematic tendency across the entire universe of cases, i.e., a bias, would require costly and time-consuming efforts. Fixing the bias would be, in turn, harder.

General (scheduled damages) vs. *particular* (*restitutio in integrum*), perhaps, are not clear-cut defining factors, but nuanced features of real legal systems. For instance, to assess damages, *restitutio in integrum* systems usually account for statistical data. This strategy induces the pros and cons of generality in particular-oriented systems, as far as the choice of data pervades a whole class of individual cases.

«Reliance on race-based and gender-based economic data to determine lost earning capacity is bad social policy» has been told⁷. Some proposals to break the link between damages and gender-biased earnings data consist of avoiding gender as a reference class⁸. In practice, in rare cases in the US, gender-neutral income averages may be used depending on the profession the court predicts the plaintiff would have held⁹. Recently, a more drastic position claims for the usage of general agency *Statistical Value of Life* (VSL), instead of estimations of future earnings¹⁰.

On the bright side, resource to statistics, in turn, induces the advantages of generality (easy communication, less variance) in *restitutio in integrum* system as well. In contrast, judicial discretion plus no transparent reference to values and multipliers employed as references (if any) combines the disadvantages of both previous systems and none of their benefits.

The case *Carvalho Pinto de Sousa Moraes v. Portugal*¹¹ shows up as an example of bad performance of judges and officials in applying the law in *restitutio in integrum* systems. In the case, Portuguese Administrative Supreme Court upheld the first-instance judgment on the merits but reduced the amount of damages awarded to the applicant. In SC reasoning, being the plaintiff a 50-year-old woman, the impact of the medical malpractice suffered on her sex life was less important than it would have been if she had been

⁵ TINARI, «Challenges in Valuing Loss of Services», in TINARI (ed.), *Forensic Economics. Assessing Personal Damages in Civil Litigation*, Palgrave Macmillan, New York, 2016, pp. 161-177.

⁶ Speaking of housekeeping capacity, WARD (WARD, «Differences Among Nations in Measuring Economic Damages» in TINARI (ed.), *Forensic Economics. Assessing Personal Damages in Civil Litigation*, Palgrave Macmillan, New York, 2016, pp. 305-316) quotes BERNSTEIN's incensed reproach «...By all reasonable measures, the American tort system is a disaster. It resembles a wealth-redistribution lottery more than an efficient system designed to compensate those injured by the wrongful actions of others» (BERNSTEIN, «Procedural tort reform: Lessons from other nations», *Regulation*, 19, 1, 1996, p. 71). The former would be a specific case of this broader criticism.

⁷ CHAMALLAS, «Questioning the Use of Race-Specific and Gender Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument», *Fordham Law Review*, 63, 1994, p. 73. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol63/iss1/6>.

⁸ GOODMAN, «For what it's worth: the role of race-and gender-based data in civil damages awards», *Vanderbilt Law Review*, 70, 2017, p. 1353. <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol70/iss4/4>.

⁹ RENAUD, «Apples to Oranges: Gendered Damages in Personal Injury Litigation: A Focus on Infant Claims», *Alberta Law Review*, 56, 2018, p. 207.

¹⁰ SHARKEY, «Valuing Black and Female Lives: A Proposal for Incorporating Agency VSL into Tort Damages», *Notre Dame Law Review*, 96, 2020, p. 1479.

¹¹ *Carvalho Pinto De Sousa Moraes v. Portugal*, judgment (merits and just satisfaction), 4th Section, ECHR, Case No. 17484/15, judgment date: 25 July 2017.

younger and had no children («...50 years old and had two children, that is, an age when sex is not as important as in younger years, its significance diminishing with age...»). In its judgement, the European Court of Human Rights (ECHR) compared the amounts adjudicated to the plaintiff with two cases of equivalent injuries caused for medical malpractice involving prostatectomy to male plaintiffs. At the end, the ruling of the Portuguese Court was deemed discriminatory and reversed.

Two features relevant to our goals arise from the case. Firstly, the explicit language of the Portuguese Court allows the European Court of Human Rights to infer discrimination and probably seals the fate of the judgment. Secondly, the limited comparison (one female vs. two male cases) carried out by the European Court is probably too narrow to conclude discrimination in every other case.

Our concern focuses on cases where discrimination may be present beyond the language employed, either in *restitutio in integrum* systems or any discretionary aspect of judicial assessment. A good part of the problem of unfair treatment does not involve judicial words as explicit and rough as those employed in the grounds for *Carvalho Pinto* judgement, but conclude in an equally unfair result. Vagueness, imprecision in describing the method of assessment, and conglomeration of separable categories of damages usually favor the perpetuation of discriminatory tendencies and cover them up.

Let us think, for example, of a case as common as a court of first instance adjudicating a female victim a global amount for PD of 100,000 €, remarking that the sum includes sub-categories of damages A, B, C... N (earning loss, housekeeping capacity, et cetera) with no negative reference to gender and even with positive remarks (e.g., invoking the decision has taken a gender perspective).

To conclude that such a judgment is biased or not, it would be needed much more than a comparison against two other judgments favoring male plaintiffs. Focusing only on total amounts of compensations is not enough to extract useful conclusions on the matter. Intuitions must face some fine-grained considerations: in actual case-law, not any disparity is an obvious gap caused by gender bias, nor every damage gap is merely a second order effect of earnings gap. Variance of circumstances, subcategories of damages adjudicated in each judgment, and a myriad of factors make the relevant comparison hard and costly, an put it outside the usual skills of lawyers. Nonetheless, some sort of “reverse engineering” can help to unveil some regularities. A treatment of that sort requires an analysis of judicial data combined with some exogenous information, all of them regarded in the light of idiosyncratic legal analysis. There is, however, a dearth of analysis of this sort, at least, in the Civil Law literature.

In our work, we employ the best technological and conceptual technologies available to explore gaps among a vast universe of case-law, beyond the words of the grounds for the judgement. The aim of research is dual.

On the one hand, taking exploration of our dataset as a model case, we suggest some clues for the design of a procedure tending to study whether actual judicial decisions on each subcategory of damages are gender-biased or not. The dissection of total amounts, according to the idiosyncrasy of any legal system in determining those subcategories, and the exogenous information employed, go in that way. All of it, beyond the wording of the grounds for the judgments.

On the other hand, it tries to expose the risks of the aforementioned opacity on the adjudication. Court decisions that deliberately or not (either by prejudice or out of habit) hide the procedure of calculation behind “judicial discretion” or other labels, are particularly prone to improperly reproduce previous biases or introduce their own. Opacity, which makes the results less visible and, therefore, less open to criticism, is a negative feature in itself to the objective of eliminating gender bias.

Thus, by applying a methodology of that kind in the scope of our dataset, we demonstrate that, in our case, some gaps exist, and every difference observed goes systematically against women. Some of them, moreover, are not merely a derived effect of the most visible earnings gap—not properly second order gaps.

The paper is structured as follows. Section 2 presents the database and methodology applied. Section 3, 4 and 5 undertakes the analysis of total damages, pecuniary damages (PD), and non-pecuniary damages (NPD), respectively. In Section 6 we draw some conclusions.

2. Methodology and Data

Argentina is a typical case of Civil Law country. Its original Civil Code, in force between 1871 and 2015, followed the French Civil Code with some ingredients of German Law, colonial Spanish Law, and others.

Argentina's Civil National Court of Appeals periodically publishes online summarized data regarding its own rulings on personal injury compensations since 1993 to present date, comprising decisions on death, injuries, NPD, healthcare professional's responsibility and damages derived from violence against women. Search results are displayed as dull tables coded in HTML markup language and cannot be downloaded in a structured, processable and, therefore, meaningful way.

The unstructured fashion in which said rulings are presented to the user hinders any substantial statistical analysis that could be directly performed. Manually gathering and classifying these search results into a structured layout would not only be time-consuming—exceeding our small team capabilities—but also extremely tedious and error prone. To avoid these kind of issues, new strategies must come into play.

Web scraping is a technique used for extracting and structuring data from websites, where software automatically draws information from an unstructured human-readable source, usually storing it into some form of database or other data management system for its later recovery, processing and usage. This technique unleashes a wide gamut of possibilities for the kind of analysis we aim to tackle.

We further explore a dataset constructed in previous research¹², for which web scraping software was specifically developed to automatically download and structure data of thousands of rulings by Argentina's National Court of Appeals. The referred dataset is a compound of exactly 20,624 appellate decisions for a timespan dating back to 1992 through 2015. Here, we focus on a subset of 16,236 injury compensation rulings that represent 78.7% of the total data, of which 6,906 (42.5%) correspond to female victims and 9,330 (57.5%) to male ones.

To normalize monetary values in a context of high inflation, we adjust them to constant 2007 Argentinian pesos (ARS) using Argentina's National Institute of Statistics and Census (INDEC) indexes for the pre-2007 time series and inflation data from *inflacionverdadera* site since 2007¹³. The selected period is 1992-2015, discarding the first four years of the sample due to the hyperinflation context, which also results in some inconsistencies in the sums reported in the rulings, aggravated by the currency switch that took place in 1992. The same Civil Code was in force along the entire considered timespan.

The control variables that are scraped together with the appellate decisions can be seen in Table 14 in the appendix. There are several and will be crucial in order to isolate the possible gender gap, by controlling for the intrinsic characteristics of each particular sentence. Many of these variables correspond to character variables that indicate several categories and allow us to construct many indicator or dummy variables.

We use classical mean tests and linear regression approaches such as t-tests and OLS, but when accounting for all the possible variables present in the database, we choose a selection variable approach. This is so because many of the web scraped fields are string or character variables, such as occupation or education, which generates many indicator variables (as many as the categories present in the aforementioned string

¹² RAMÍREZ MUÑOZ DE TORO, «Reconstrucción y análisis de la base de datos de jurisprudencia de cuantificación de daños de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil», *Jurisprudencia Argentina, Número especial de Derecho y Economía*, I, 6, 2020, pp. 65-84.

¹³ CAVALLO, «Online and official price indexes: Measuring Argentina's inflation», *Journal of Monetary Economics*, 60, 2, 2013, pp. 152-165; MIRANDA-ZANETTI/DELBIANCO/TOHMÉ, «Tampering with inflation data: A Benford law-based analysis of national statistics in Argentina», *Physica A: Statistical Mechanics and its Applications*, 525, 2019, pp. 761-770.

variable). We propose a LASSO (Least Absolute Shrinkage and Selection Operator). A penalization term is added in the multivariate regression. This penalty term can be seen in equation 1.

$$\lambda \sum_{p=1}^P \left[(1 - \alpha) |b_p| + \alpha |b_p|^2 \right] \quad (1)$$

As in classic OLS, the sum of squared residuals is minimized, but with the penalty term controlled by λ and α . If we have $\alpha=1$, so that we only penalize it quadratically, we have a RIDGE regression, and if $\alpha=0$ then the estimation becomes in the framework of LASSO estimators (least absolute shrinkage squared, the p coefficients corresponding to the p variables included as regressors (b_1, \dots, b_p) are obtained).

When $\lambda \neq 0$, we are in the context of penalty and variable selection, and when $\lambda=0$, we are in the classic context of OLS¹⁴. We chose LASSO because the optimization process makes some coefficients equal to zero (and therefore selects the rest of the variables)¹⁵. The method penalizes for the number of variables, so it reduces to zero the coefficients of those that contribute the least and the most important remain to explain the dependent. According to the penalty parameter, the coefficients are reduced towards zero. The remaining coefficients that stay different from zero are the ones resulting by applying the optimal λ obtained by cross validation.

We will also prove different assumptions for the reduced model, taking the possibility of non-linearities by means of interquartile and logit regressions, for the sake of completeness in the empirical exercise. The detailed results of this robustness checks are in the appendix.

3. Total Damages

Just to start, by means of descriptive statistics, the most superficial analysis on our database confirms the first intuition we pointed out. The total amount of damages received by persons classified as belonging to each of both genders, in the binary classification made by the court between “men” and “women”, shows a consistent gap in favor of men.

Figure 1:

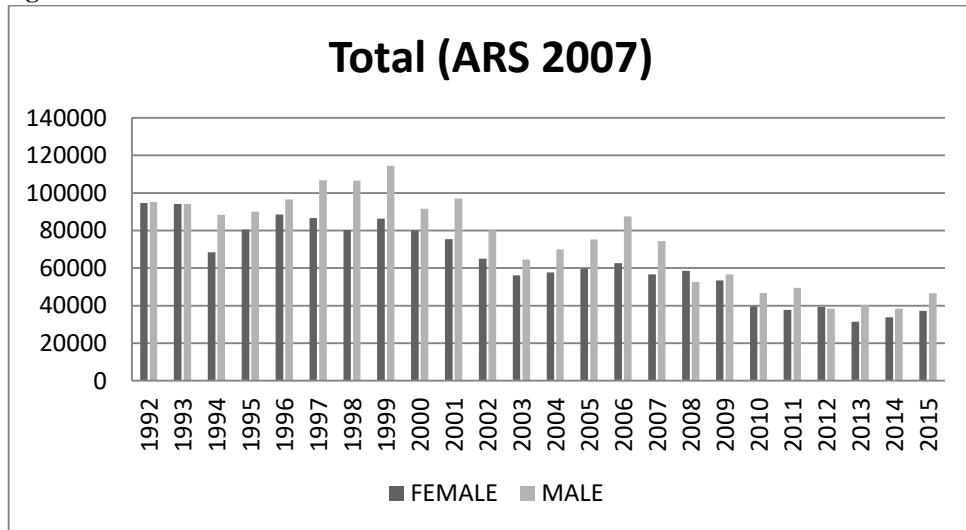


Figure 1 shows that total compensations awarded to men are greater than those assigned to women in every analyzed year, the exceptions being 2008 and 2012. For example, we can observe that in 2001, in average, a man received almost ARS 100,000, while a woman obtained below ARS 80,000. Table 1 shows that those differences are also, in most cases, statistically significant.

¹⁴ VARIAN, «Big data: New tricks for econometrics», *Journal of Economic Perspectives*, 28, 2, 2014, pp. 3-28.

¹⁵ JAMES et al., *An introduction to statistical learning*, Springer, New York, 2013.

Table 1: Mean t-test's p-values for total damage by year.

Year	P-value	Year	P-value
1992	0.487	2004	0.032
1993	0.501	2005	0.068
1994	0.024	2006	0.017
1995	0.208	2007	0.011
1996	0.181	2008	0.805
1997	0.035	2009	0.336
1998	0.001	2010	0.047
1999	0.047	2011	0.003
2000	0.082	2012	0.577
2001	0.003	2013	0.015
2002	0.025	2014	0.105
2003	0.051	2015	0.131

This initial finding is, however, still a dull and insufficient result, either to conclude the very existence of judicial discrimination or to say something significant on their characteristics and sources. As suggested, a deeper examination on its components is required to clarify those points. Hence, in the next sections, we undertake that task.

4. Pecuniary damages (PD)

Every serious enquiry on the matter requires accounting for the legal basis of reasoning. Sources of disparities, if any, may be found straightforwardly in the law the courts must apply to cases or in much more subtle facets of judicial practice, as better access to justice (access to more expensive and better lawyers), judicial prejudices or other factors.

Although sharing some common features, legal systems of different countries convey significant discrepancies on the matter. Hence, disentangling the so-called “legal ought” to shed light to numbers should be one of the basic steps of any sound framework of analysis.

In our case, according to the legal system implied (Argentina’s), the reasoning the courts ought to develop to award compensations in this field has to distinguish two kinds of losses. On the one hand, those clearly related to productive activities, in terms of human capital, hereinafter called “pecuniary losses”, and its compensation, “pecuniary damages”. On the other hand, those included in the scope of the term “non-pecuniary”¹⁶, also known in the North American tradition as “pain and suffering”.

According to the usual description of the legal system in force at the time and place of the analyzed decisions, the latter should be determined with no relation to productivity or income of the victims. The former, instead, must include a compensation for their potential productivity—not exactly a sum in place of the present earnings, but a compensation for the loss of their potential productivity.

To clarify our categories, pecuniary losses are “consequential economic losses”, by opposition to “pure economic losses”. According to the literature, “pure economic losses” occur independently of any physical damage to the person or property of the victim. The kind of loss we are addressing to, instead, is clearly “economic”, yet it is consequential to injuries to the person.

On this ground, an intuitive conclusion might hold. If there is, in the world, an income gap against women, this implies that the economic value of their potential productivity would be assessed, in pecuniary terms, smaller than men’s one. Hence, ethical and political considerations aside, at the same proportional loss of psychophysical capacity, women’s compensation should be, in average, less than men’s one simply by

¹⁶ For simplicity’s sake, we use the terminology employed by SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 2009, in this field.

derivation. Being this exact, this would be an undesirable but a derivative or second order gap, as we may call them. The source of this gap would be then merely the well-known income gap.

This rough intuition, however, must be checked more carefully. In accordance with mainstream legal understanding of the law (Argentinian Civil Code at the time of the decisions, now Civil and Commercial Code), compensation for loss of psychophysical capacity is not limited to professional or labor market earnings. Instead, that category must include the cost of certain activities that healthy victims regularly performed but they were not paid for. In usual economic language, the “shadow price” of those activities. Self-transportation, self-hygiene, general housework and care works are clear examples of these non-remunerated activities.

Judgments included in our database meet this criterion. For instance, among many other decisions¹⁷, on *Magallanes v. González Carreño*¹⁸, the Court asserted: «...[at] the time of quantifying [the] supervening disability [compensation], the incidence of permanent sequels and its pecuniary repercussions on all aspects of the victim's life shall be evaluated, which include not only the impossibility to obtain greater income, but the need to realize disbursements that were not needed before, whether it is medical care, aid from third parties, transfers, et cetera, modifications in habits that imply putting aside certain activities or the need to accommodate places to do them».

This criterion is paralleled by several European countries' systems, which compensate victims for the loss of housekeeping capacity. E.g., the Civil Division of the England and Wales Court of Appeal stated on its leading case *Daly v. General Steam Navigation Company*¹⁹ that a victim can recover the reasonable cost of replacement services associated with said loss. Other national legal systems, as French and Austrian, in turn, also award damages for the victim's loss of autonomy and the consequential cost of other person's assistance with housekeeping responsibilities²⁰.

Aside of some expenses²¹, the core of pecuniary compensation, in short, should capture the discounted value of a set of (potential) explicit earnings, lost because of the psychophysical harm, as well as the “shadow price” of some (potential) activities which victims need to substitute, according to their new psychophysical condition, by hiring costly services (cleaning, household care, transportation, et cetera). Hence, being other factors equal for both genders (discount rate, percentual loss of capacity, active life expectancy), only explicit earnings and the value of non-remunerated activities ought to be accounted for.

Then, if and only if the value of non-remunerated activities were zero for both genders, the gap in economic compensations would proportionally follow the income gap. Instead, if the value of non-remunerated activities were getting higher for women, the gap in economic compensations should narrow accordingly, tending to disappear first and reverse then.

¹⁷ On the impact of disability on every aspect of the victim's personality, as well as on his or her personal and social life *Kissner v. Donadio*, Argentina's Civil National Court of Appeals, Chamber G, judgment date: 25 September 2012; *Galván v. Arévalo*, Chamber J, judgment date: 26 May 2015; *Guerra v. Empresa de Ttes. La Primera de San Isidro*, Chamber K, judgment date: 22 March 2012; *Montes v. Transporte Larrázabal CISA*, Chamber J, judgment date: 14 December 2022; *Moreno v. Álvarez*, Chamber C, judgment date: 1 December 2010; et cetera).

¹⁸ *Magallanes v. González Carreño*, Argentina's Civil National Court of Appeals, chamber C, judgment date: 21 May 2010.

¹⁹ *Daly v. General Steam Navigation Company* [1981] 1 WLR 120.

²⁰ KARNER/OLIPHANT (eds.), *Loss of housekeeping capacity*, De Gruyter, 2012.

²¹ Medical expenses are less relevant in Argentina due to the characteristics of its social medical coverage. In countries with different kinds of universal health care, medical costs are not a relevant component or at least only a marginal fraction of damages. On the contrary, in countries with predominantly private health systems, they are.

4.1. The income gap and non-remunerated homework

According to TROMBETTA and CABEZÓN CRUZ²², and MICHA et al.²³, the income gap, in the relevant place (Argentina) and time (1992-2015) encompassed by our database, goes around 12 to 13%. It is heterogeneous and clearly diverges in relation to activities and levels of incomes, but it is clearly significant along all the income distribution. For our purposes, then, this loose consideration on its magnitude clearly helps.

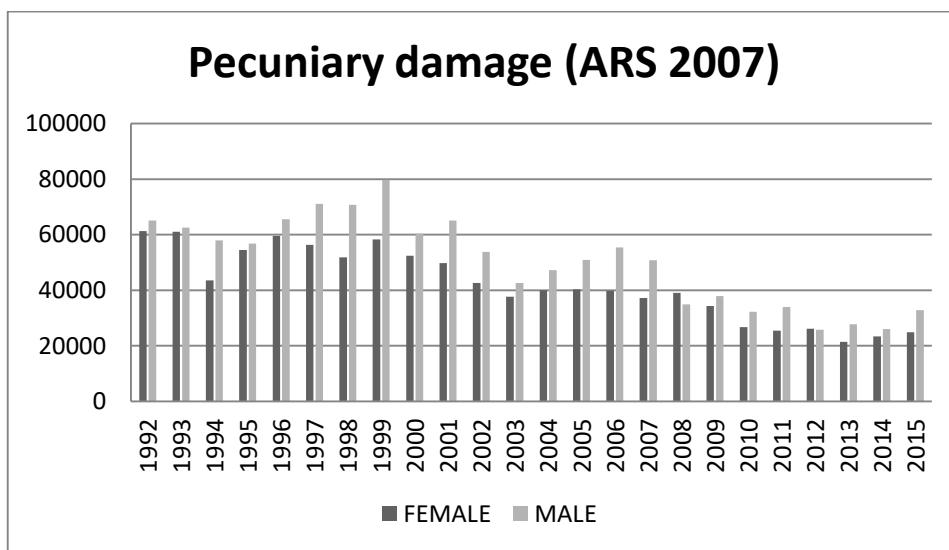
Recently, the MINISTRY OF ECONOMY OF ARGENTINA²⁴ carried out a measurement of unpaid work (domestic work and care services) and the economic impact of this sector on the GDP. This work demonstrates the importance of this phenomenon in the economy. There, it can be found different measurements that show the presence of the gender gap is observed both in the employment rate and in the income received.

However, women, in most societies and clearly in Argentina, devote a time disproportionately higher in relation to men to performing non-remunerated activities. MICHA et al.²⁵, using the Argentinian National Survey of Social Structure (2014/2015) data, find out differences by gender in the mean and median of weekly hours worked in non-remunerated activities of 19.1 y 15 versus 9.4 y 6, respectively.

Giving a pecuniary value to those time-data is not easy. Some factors should be considered. For instance, most household activities must take place in evening time, being hours that fall after the traditional workday (e.g., cooking dinner, early transportation, et cetera).²⁶ Being so, if they were standard job time, a good part of these hours should be paid with an overcharge. However, our aim is not an exact valuation of them, but a more modest one. Then, if differential non-remunerated work would roughly compensate for the income gap, resulting PD should be certainly similar.

In contrast to the previous guess, we can see that male means are greater in almost every year, and they are even significant. We can use the 2001 year again as an illustration: men are getting above ARS 60,000 in average in PD, while women receive below ARS 50,000.

Figure 2:



²² TROMBETTA/CABEZÓN CRUZ, *Brecha salarial de género en la estructura productiva argentina*, Seminario Centro de Estudios para la producción (CEP), Buenos Aires, 2020.

²³ MICHA/TROMBETTA/PEREYRA, «Determinantes del tiempo de trabajo de cuidado y brechas de género», *Márgenes*, 7, 7, 2021.

²⁴ MINISTERIO DE ECONOMÍA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, *Los cuidados, un sector económico estratégico: Medición del aporte del Trabajo Doméstico y de Cuidados no Remunerado al Producto Interno Bruto*, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los_cuidados_-_un_sector_economico_estrategico_0.pdf. More on the field on: https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/publicaciones/dosier_estadistico_8M_2022.pdf

²⁵ MICHA/TROMBETTA/PEREYRA, *Márgenes*, 7, 7, 2021.

²⁶ UN WOMEN, *Redistribute unpaid work*. <https://www.unwomen.org/en/news/in-focus/csw61/redistribute-unpaid-work>.

Table 2: Mean t-test's p-values for PD, by year.

Year	P-value	Year	P-value
1992	0.395	2004	0.056
1993	0.046	2005	0.071
1994	0.011	2006	0.016
1995	0.4	2007	0.006
1996	0.184	2008	0.79
1997	0.026	2009	0.255
1998	0	2010	0.041
1999	0.068	2011	0.004
2000	0.075	2012	0.055
2001	0.004	2013	0.021
2002	0.018	2014	0.149
2003	0.078	2015	0.147

In short, the income gap exists in favor of men, but it should be compensated and even reversed by non-remunerated activities, disproportionately done by women. Being so, the income gap is not the reason for the total damages gap.

However, claims of discrimination based exclusively on the existence of this gap might be still unsound. PD are a function of income, but also of the disability caused by the psychophysical injury. So, we must also analyze the influence of this variable. Then, when we check PD by disability ranges, the results turn out to show that gender lose significance as an explanatory variable.

In doing so, we will start with a simple exercise which consists in including some of the variables among the set of the scraped variables, controlling for trend²⁷ (e.g., year), disability, and square disability (to control for nonlinear effects or in case that diminishing or increasing returns of the percentage of disability exist over the non-economic damage). We estimate by means of robust regressions due the presence of heteroskedasticity (Breusch-Pagan test shows a p-value<0.01).

Table 3: OLS Robust Regression of PD

ED	Coef.	Std. Err.	T	P-value
Year	-1502.457	93.96616	-15.99	0
Male	1904.422	1271.355	1.5	0.134
Disability	158.7879	87.56971	1.81	0.07
Disability2	37.19887	1.154957	32.21	0
Constant	3026423	188372	16.07	0
Observations	13603			
Adjusted R2	0.3675			
F (4, 13598)	1976.66			

Table 3 shows a phenomenon out of our scope, as the declining value of PD through the years, something that is even visible in Figure 1.

²⁷ We also proved a time dummy specification and the results are similar. For parsimony purposes, we choose the trend variable.

Going back to our aim, disability, in turn, behaves as expected—its effect increases and is greater in the case of men. Finally, in this framework, gender shows non-significant. In short, then, when gravity (percentages) of disability is considered, the significance of the variable “gender” vanishes. In other words, differential PD awarded to men, aside from the effects of income gap and the neglect of non-remunerated activities, derive consistently from larger percentages of disability allocated to men.

The differential assignment of psychophysical disability percentage to men and women has also certain influence on another aspect: NPD. We study the point in the next section.

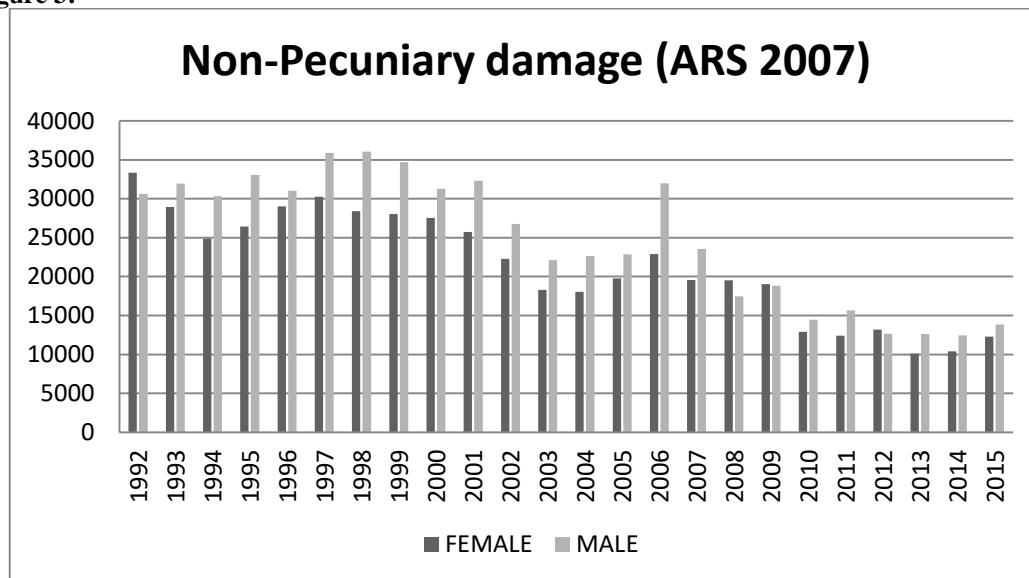
5. Non-pecuniary damages (NPD)

In this field, legal explanations on the national system we focused on fully agree that income, specifically, and economic productivity, in general, are not factors for the NPD determination.

This, too, is reflected in judgments included in our database. On *Kissner v. Donadío*²⁸, following *Chanquia v. Pérez*²⁹, the Court said: «...compensation of... [NPD], according to article 1078 of the Civil Code, is directed towards compensating sufferings, inconveniences and insecurities, only from a spiritual plane, with special importance given to the nature of the injuries and the degree of sequelae they leave behind, to show to what extent the personality and the feeling of self-worth has been affected», and that in order to «...pecuniarily estimate the repair of [said damages], there is no unit of measurement, since spiritual goods are not measurable in money».

This suggests that, in principle, and despite any difference of PD, given the same kind of personal injury, both genders should show no differences, in average. However, differences are clearly visible, as we can see in Figure 3.

Figure 3:



Tables 4 and 5 show the t-test—the first, divided by year, and the second, for the total sample. The results suggest that the difference is significant in general and, moreover, it is so for several particular years. For the sake of simplicity, means are not displayed, but they are larger for men than women for every year.

If we look one more time at the difference in year 2001 as an illustration, the gap is still there, with men on average obtaining above ARS 30,000, in contrast to women, who get slightly more than ARS 25,000. This difference is significant, as we can observe in Table 4.

²⁸ *Kissner v. Donadío*, Argentina's Civil National Court of Appeals, chamber G, judgment date: 25 September 2012.

²⁹ *Chanquia v. Pérez*, Argentina's Civil National Court of Appeals, chamber G, judgment date: 22 July 1992.

Table 4: T-test for NPD by years.

Year	P-value	Year	P-value
1992	0.6639	2004	0.0189
1993	0.2401	2005	0.1784
1994	0.0961	2006	0.0346
1995	0.0248	2007	0.0493
1996	0.2114	2008	0.8236
1997	0.072	2009	0.5288
1998	0.0102	2010	0.1063
1999	0.0198	2011	0.0076
2000	0.105	2012	0.6256
2001	0.0051	2013	0.0158
2002	0.0469	2014	0.0783
2003	0.0218	2015	0.1959

Table 5: Mean test for NPD.

Group	Obs.	Mean	Std. Err.	Std. Dev.	[95%	Interval]
Female	6,764	21034.52	402.6083	33111.93	20245.28	21823.75
Male	9,144	24732.54	406.5956	38880.4	23935.52	25529.56
Combined	15,908	23160.16	290.0551	36583.75	22591.62	23728.7
Diff.		-3698.022	585.9989		-4846.646	-2549.398

According to the values the latter table shows, the t-statistic of the t-test is -6.3106, which denotes that the difference between genders (totals) is clearly significant. As a percentage, it is approximately 15%. However, underlying both kinds of damages, PD and NPD, there is a pervasive difference in disability percentages determined to men and women. This difference deserves a more detailed analysis.

Tables 6 and 7 show the mean test exercise over the disability means, similar to the one applied to the NPD sums above.

Table 6: Mean t-test's p-values of disability, by year.

Year	P-value	Year	P-value
1992	0.0661	2004	0.0117
1993	0.041	2005	0.0043
1994	0.2471	2006	0.045
1995	0.0397	2007	0.0001
1996	0.0886	2008	0.3782
1997	0.2339	2009	0.0109
1998	0.0239	2010	0.0291
1999	0.0006	2011	0.0179
2000	0.0088	2012	0.4802
2001	0.0034	2013	0.1828
2002	0.0025	2014	0.3708
2003	0.2568	2015	0.0278

Table 7: T-test of disability means.

Group	Observations	Mean	Std. Err.	Std. Dev.	[95%]	Interval]
Female	5,805	17.15059	0.2190114	16.6866	16.72125	17.57993
Male	7,828	19.77049	0.2187981	19.35838	19.34159	20.19939
Combined	13,633	18.65492	0.1568493	18.31379	18.34748	18.96237
Diff.		-2.6199	0.3164273		-3.240141	-1.999659

As it can be seen, the t-statistic on the overall sample is -8.2796 and the difference in disability percentages for men and women is more than 2 points. The difference, in sum, is significant.

A deeper analysis on these rough totals needs to be undertaken. As we have seen, in the field of NPD, neither income nor disability percentages by themselves ought to be factors. In purity, only differential kinds of personal injuries and, moreover, their aftermath and repercussions, must make the difference. E.g., in two individual cases, the same percentage might correspond, in fact, to injuries having different moral or non-pecuniary impact. Our dataset, in turn, does not differentiate kinds of injuries but disability percentages. In large numbers, though, we may guess that percentages seem a very reasonable proxy of kinds of injuries and its non-pecuniary upshot—the higher the disability percentage, the more serious the non-pecuniary impact of the injury.

Assuming that premise, and following the conventional legal wisdom on the field, an immediate red flag shows up. In large numbers, we might guess, averages of disability for men and women must show no systematic differences between genders. Hence, if some difference appears, this will require a thorough explanation.

To test the effect of differential disability percentages, our strategy consists in segmenting the universe in N ranges of loss of capacity, each of them as a proxy of a set of relatively uniform sort of injuries. This task is done by dividing the dataset into three subsamples: the first quartile (proxy of minor injuries), the second and third quartiles (moderate) and the fourth one (serious)³⁰.

As we can see, the initial gap vanishes, and no clear pattern remains³¹. The obvious interpretation is that differential NPD are consequential to different incapacity percentages—representative of differential moral and emotional impacts. Equaled the seriousness of disability, no gap in NPD verifies.

³⁰ We also perform the analysis dividing the sample in more bins, but for presentation purposes we only show the simplest. The conclusions remained the same with 10 and 20 bins of percentage disability.

³¹ We also divided the simple in 5 percentage points bins, with similar results. In both cases we perform t-tests. These results are available upon request but for sake of simplicity not displayed.

Table 8: NPD in ARS 2007, by disability quartiles, years and gender.

	Q1	Q2-Q3	Q4	Q1	Q2-Q3	Q4	Q1	Q2-Q3	Q4
Year		1992			1993			1994	
Female	10738	32158	24931	11648	36714	18521	11310	32484	27297
Male	13333	32971	18206	11746	46303	23567	11386	33554	34447
Year		1995			1996			1997	
Female	13166	33181	28620	15308	34139	22323	14013	39346	21745
Male	11060	43954	32984	13121	44154	32896	15297	39413	65235
Year		1998			1999			2000	
Female	17259	43149	32521	15331	33173	19711	13261	37644	25603
Male	15200	43375	31415	16846	43459	34075	13367	44312	28856
Year		2001			2002			2003	
Female	13374	44431	22268	9284	32403	18329	10891	29605	15695
Male	13264	55670	33180	9641	43294	31196	9397	39140	15650
Year		2004			2005			2006	
Female	10520	22778	15088	10846	34043	19709	12312	37754	19171
Male	11726	30632	22383	9628	27786	18944	12134	33706	31194
Year		2007			2008			2009	
Female	9874	23651	20261	9482	28871	16109	7416	21080	13824
Male	10467	33057	22038	9021	22374	11223	8086	27792	20973
Year		2010			2011			2012	
Female	6705	18725	11924	7118	17975	7590	5246	16935	10290
Male	5923	22711	11845	7277	20240	14555	5890	17318	10391
Year		2013			2014			2015	
Female	5040	15729	7733	4935	15770	7947	5418	14301	16717
Male	5019	17845	9788	4712	19741	9424	5478	15725	10720

To corroborate this conclusion, we perform a series of empirical exercises to determine the relation between disability, gender and NPD. As in the case of PD, we will start with a simple regression and the same control variables.

The takeaway of this first exercise is the same as in the case of the PD: increasing effects of percentage disability declared and non-significance of the dummy variable, as we can see in Table 9, where the dummy variable corresponding to males is non-significant (and the only one with a p-value above 0.01).

Table 9: OLS Robust Regression of NPD

NPD	Coef.	Std. Err.	t	P-value
Year	-844.381	33.0693	-25.53	0
Male	664.1784	447.4251	1.48	0.138
Disability	111.7939	30.81821	3.63	0
Disability ^{^2}	15.0358	0.4064612	36.99	0
Constant	1701628	66293.31	25.67	0
Observations	13603			
Adjusted R2	0.4599			
F (4, 13598)	2896.20			

On the other hand, as we see in the t-test, there are differences between genders. If we run a simple OLS controlling with a trend variable, we find 2.6 points of difference in disability allocated to men (similar to the mean difference, so it seems that there is not a temporal effect).

Table 10: OLS Robust Regression of Disability %.

Disability	Coef.	Std. Err.	t	P-value
Year	-0.1940695	0.023328	-8.32	0
Male	2.605047	0.3156436	8.25	0
Constant	406.0823	46.75184	8.69	0
Observations 2176				
Adjusted. R2 0.0174				
F (4, 13598) 20.25				

There is a good amount of relevant information not considered in both the regression and mean test exercises so far. That is, the particularities of each observation. So, we use all the potential explanatory variables in the database, such as described in the methodology section. The number of variables increases quickly when considering all possible dummies variables resulting from available data such as occupation, studies, etc. Due to the dimensionality of this task, we run an exercise of variable selection with the final purpose to check if the gender variable remains relevant, once controlled by all other possible factors (present in our scraped database as described also in section 2).

The resulting coefficients can be seen in Table 11. For the sake of comparison, we include the regression coefficients obtained by OLS. We use a LASSO penalty, so the penalties leave the relevant coefficients different to zero. We can observe that, even shrunken, the gender dummy remains relevant in the disability equation, but is equal to zero in the NPD regression.

Table 11: Coefficients of OLS and LASSO.

METHOD	OLS	OLS	LASSO	LASSO
Dependent	DISABILITY	NPD	DISABILITY	NPD
Constant	406.0823	1701628	284.767	1599221
Male	2.605047	664.1784	2.063536	0
Disability	-	111.7939	-	143.1825
Disability^2	-	15.0358	-	14.25011
Year	-0.1940695	-844.381	-0.133838	-793.5204
Age	0.0372173	-211.5866	0.0302982	-157.143
Dummy controls:				
Chamber	NO	NO	YES	YES
Character	NO	NO	YES	YES
Occupation	NO	NO	YES	YES
Civil status	NO	NO	YES	YES
Studies	NO	NO	YES	YES
Lambda	-	-	0.2718	402.979
Alpha	-	-	1	1
Adjusted R2	0.01	0.46	0.0602	0.484
Observations	13633	13603	13622	13592

Our results, in sum, reveal that, aside from the income gap and its outcomes, and a probably inaccurate valuation of non-remunerated activities, another core point might be accounted for, which is a differential and probably biased determination of percentage of disability against women. If any, the source of this gap in NPD seems to be there.

Nonetheless, the counterargument to explore is that this gap might merely reflect the external world. Whether, in the world, men suffered accidents of higher magnitude, the differential in judicial determination of NPD would only reflect that exogenous reality.

And this might be the case. It is well known, for instance, that men, as a category, are riskier drivers than women and they are also the gender with most fatal victims in car accidents. There is a vast literature supporting that premise. For instance, SCHWARZ³² and BARRY³³ show that men more frequently engage in more dangerous activities and, consequently, they are also exposed to more severe brain damage.

However, there is an alternative to explore. When we affirm that victims' own risky actions yielded graver harms, this assumes they have the control over the action, as in the case of driving. On the contrary, if we focused on cases where victims are merely passive, the initial conjecture would not apply. If, even in these cases, the disability determined shows the same differential in favor of men, there might be an additional factor, different from men's risk proneness, to discover. Bodily structural weakness of men and implicit gender bias in medical determination of disability would be candidates.

Being a car passenger might be an archetypical case of victim passiveness. Passengers are, in larger numbers, merely passive and its influence on the causation of car accidents tends to zero. The case of car accidents, in turn, is archetypical and well documented. There is a clear consensus in data and literature on that, being all things equal, women are more prone to suffer more serious injuries and death.³⁴

Moreover, the debate is centered on the factors to explain that recognized disadvantage. A report from the DEPARTMENT OF PLANNING, TRANSPORT AND INFRASTRUCTURE OF THE GOVERNMENT OF SOUTH AUSTRALIA in 2017 shows that males are involved in more severe car accidents.³⁵ Also, a 2013 report by the National Highway Traffic Safety Administration of the US (NHTSA)³⁶ points that the protective technologies are designed for an average man and leaves less protected older and younger men, as well as female occupants.

Hence, we study the case of car passenger victims trying to check this alternative hypothesis—bias in the disability determination. Our hypothesis is, being passengers merely passive victims, the seriousness of psychophysical injuries must show no difference between equally vulnerable subjects, unless other factors show up. In our exploration, equal vulnerability is not even the case—it is an undisputed fact that women suffer, as a category, more serious injuries, either by natural or cultural factors. Then, if judicial decisions determine that women suffer the same or less disability percentages than men as a consequence of that category of events (as passengers in car accidents), we could be able to suspect a bias in that determination. Simply, for it contradicts exogenous, real-world data.

Our results, in sum, go along that line and show less disability percentages allocated to women. We test the differences, and the result is that female passengers have lower disability percentages determined than men (P-value = 0.0784 with 1411 degrees of freedom).

³² SCHWARTZ/BEAVER, «Serious fighting-related injuries produce a significant reduction in intelligence», *Journal of Adolescent Health*, 53, 4, 2013, p. 520-525.

³³ BARRY, «The Crash Test Bias: How Male-Focused Testing Puts Female Drivers at Risk», *Consumer Report*, 2019. <https://www.consumerreports.org/car-safety/crash-test-bias-how-male-focused-testing-puts-female-drivers-at-risk/>.

³⁴ INSURANCE INSTITUTE FOR HIGHWAY SAFETY (IIHS), *Fatality Facts*, 2018. <https://www.iihs.org/topics/fatality-statistics/detail/gender>.

³⁵ DEPARTMENT OF PLANNING, TRANSPORT AND INFRASTRUCTURE (DPTI) OF THE GOVERNMENT OF SOUTH AUSTRALIA, *Males and females involved in road crashes in South Australia*, 2020.

³⁶ NATIONAL CENTER FOR STATISTICS AND ANALYSIS. (2015, July) *Overview: 2013 data*. (Traffic Safety Facts. Report No. DOT HS 812 169). Washington, DC: National Highway Traffic Safety Administration.

Table 12: Mean tests, by character and gender.

	Driver	Passenger
Female	12.2953 (0.5603)	14.7922 (0.5039)
Male	14.5322 (0.3597)	16.0273 (0.7492)
Ha: diff < 0	Pr(T < t) = 0.0014	Pr(T < t) = 0.0784

As it is easy to infer, at least in this category of cases, the higher disability rates determined to men over women do not look justified. This peculiar kind of judicial error is, in our dataset and might be in any, what verifies a source of bias in compensation.

Table 13: OLS Robust regressions with Driver/Passenger subsamples.

Both				
Disability	Coef.	Std. Err.	t	P>t
Year	-0.2745476	0.0397733	-6.9	0
Male	0.9827033	0.5597293	1.76	0.079
Constant	564.5548	79.72147	7.08	0
Observations	3588			
Adjusted. R2	0.0136			
F (2, 3585)	25.65			

Driver

Disability	Coef.	Std. Err.	t	P>t
Year	-0.2687369	0.0472972	-5.68	0
Male	2.175699	0.7916381	2.75	0.006
Constant	551.0553	94.79711	5.81	0
Observations	1412			
Adjusted. R2	0.0146			
F (2, 1409)	11.42			

Passenger

Disability	Coef.	Std. Err.	t	P>t
Year	-0.2986051	0.0699753	-4.27	0
Male	2.120282	0.9690159	2.19	0.029
Constant	613.7583	140.2623	4.38	0
Observations	2176			
Adjusted. R2	0.0174			
F (2, 2173)	20.25			

6. Conclusions

Gender bias is not a single effect but a set of diverse cases of unfairness. Gaps in compensation for personal injuries are among the complex ones. Its complexity stems from various sources. Any fruitful treatment of disparities in damages awarded to each gender should be refined, focusing on any elements of damages awards. To do so, the specific law ruling the case or set of cases must be carefully considered at the risk of drawing inaccurate conclusions. Statistical studies, sometimes, tend to focus on too broad numerical aspects, disregarding this idiosyncratic and local nature of the law ruling the set of cases.

A reasonable first step, then, could be distinguishing derivative and original sources of bias. On the one hand, some elements of damages are structural derivations of factors exogenous to the legal system and to judges' activity, as earnings. Then, assuming some general earnings gap, losses depending on earnings (via *restitutio in integrum*) will mirror that difference (second order gap). In these cases, an unbiased application of legal norms or criteria in force lead to award differential amounts.

On the other hand, there exist some cases within which not the world nor the legal system, but the judges' or other officials' performance, may generate a biased adjudication. In those cases, an appropriate performance by officials and magistrates in applying the law will create no bias, but an improper one, will.

There is a third kind of malfunction relatively independent from the former. That is a particularly obscure and usually implicit way to show the judicial reasoning on quantification. Precision, transparency, and explicitness on the procedure of adjudicating every kind of damages and its numerical premises help distinguish biases from mere fair differences and first order from second order gaps, if any. Vagueness, opacity, and indistinctness, instead, make any criticism harder and contribute to perpetuate biases, if any. Courts in Civil Law countries are particularly prone to fall in that failure.

Accounting for that framework, our research sketches a canon of analysis and applies that canon to a case study. In doing so, we dealt with risks of cherry picking and inaccurate sample design by including all decisions made during the time span (16,236). A software "bot" designed ad hoc by one of us has been instrumental to build an exhaustive database.

On that basis, we start by finding out that rough averages in damages awarded show a significant gap in favor of males. This was not, however, a conclusion, but a starting point. Disentangling its elements by means of the appropriate statistical procedures, in the light of the specific legal framework, is the real task.

In our case study, according to the legal system in force, derivations of the earnings gap ought not to be mirrored in magnitude by PD. Being this category integrated by "shadow prices" of non-remunerated activities along with earnings losses, a fair quantification would be the result of two counterbalanced effects. On the one hand, earnings gap, which goes against women. On the other, the "shadow price" of time devoted to non-remunerated activities, against men, as women spend much more time in this kind of activities.

NPD, in turn, ought to be independent of earnings. Salary or pay gap should play no role on its magnitude, then. Nonetheless, we found significant differences both in PD and NPD damages separately considered.

At that point, our analysis turned the focus on two aspects. On one thing, the percentage of disability determined by expert witnesses. On the other, on ratifying the relevant role of opacity in the process of quantifying to hide potentially biased results.

PD are a function of percentages of disability reported by medical exams. NPD are not. However, reports on percentages of disability may be seen as proxies of psychophysical injury's seriousness. Hence, biased determinations of these percentages will result, in the end, in biased PD and NPD.

In our dataset, we found a systematic gap in disability percentages in favor of males. This finding is a matter of discussion and interpretation. In cases where men are active agents of their own harm there is no surprise, because abundant literature shows a tendency of men, especially young men, to enroll in riskier activities than women.

However, when the victim is clearly passive, the same effect does not hold. Then, if the gap in percentages of a disability showed a systematic disparity even in these cases, we could suspect a bias. To check this possibility, we analyze a clear-cut category as car passenger victims, in relation to which the literature finds a unanimous conclusion—women are, generally, more seriously injured, in significant measure.

Even within this subset, however, percentages of disability determined in favor of men are systematic and statistically significant in our dataset. So, a source of gender discrimination might be suspect in here. The previous findings reinforce, as seen, the concern on transparency and explicitness in the reasons to quantify damages in judicial decisions. The main advice to judicial policy in this field, maybe, should be about the emphasis on clear and explicit processes of quantification. In its absence, the difficulty in discovering neat cases and sources of discrimination is, probably, a contributory factor of biased behavior, but undoubtedly a reason for its persistence when it exists.

The effect is twofold. The exogenous critic viewpoint is, for sure, the most evident. Evolution of institutions requires openness to criticism. Efforts to ease the role of public and academic criticism to discrimination is, usually, one of the weapons to fight against it. On the other side, judges focused on the task of identifying and showing the numerical and conceptual basis of their determinations, exposing them to the parties and to the public, would hopefully be less prone to incur in improper failures as discrimination, for behavioral reasons and even for self-interest motives, related to their professional reputation and future.

Further research can be made on some particularities of the results and the Argentinian context. There are two main branches to study. One of them is the constant decline in the sums that the judges decide in their sentences, which is probably a side effect of the inflationary context. The other is the existence of differences between chambers given the significance of the dummy variables that control for this possible heterogeneity. This latter heterogeneity could be explored by controlling for the gender composition of the chambers and specific judge effects, but our database does not contain these variables.

7. References

- BARRY, Keith, «The Crash Test Bias: How Male-Focused Testing Puts Female Drivers at Risk», *Consumer Report*, 2019. <https://www.consumerreports.org/car-safety/crash-test-bias-how-male-focused-testing-puts-female-drivers-at-risk/>.
- BERNSTEIN, David E., «Procedural tort reform: Lessons from other nations», *Regulation*, 19, 1, 1996, p. 71.
- CAVALLO, Alberto, «Online and official price indexes: Measuring Argentina's inflation», *Journal of Monetary Economics*, 60, 2, 2013, pp. 152-165.
- CHAMALLAS, Martha, «The architecture of bias: Deep structures in tort law», *University of Pennsylvania Law Review*, 146, 2, 1998, pp. 463-531. <https://doi.org/10.2307/331262>.
- , «Questioning the Use of Race-Specific and Gender Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument», *Fordham Law Review*, 63, 1994, p. 73. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol63/iss1/6>.
- DEPARTMENT OF PLANNING, TRANSPORT AND INFRASTRUCTURE (DPTI) OF THE GOVERNMENT OF SOUTH AUSTRALIA, *Males and females involved in road crashes in South Australia*, 2017.

DIRECCIÓN NACIONAL DE ECONOMÍA, IGUALDAD Y GÉNERO, «Los cuidados, un sector económico estratégico: Medición del aporte del Trabajo Doméstico y de Cuidados no Remunerado al Producto Interno Bruto», Secretaría de Política Económica, Ministerio de Economía de la República Argentina. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los_cuidados_-_un_sector_economico_estrategico_0.pdf.

FRIEDMAN, Jerome/HASTIE, Trevor/TIBSHIRANI, Robert, «Regularization paths for generalized linear models via coordinate descent», *Journal of statistical software*, 33, 1, 2010, p. 1.

GOODMAN, Loren D., «For what it's worth: the role of race-and gender-based data in civil damages awards», *Vanderbilt Law Review*, 70, 2017, p. 1353. <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol70/iss4/4>

IKEDA, Keiko, «Gender differences in human loss and vulnerability in natural disasters: a case study from Bangladesh», *Indian Journal of Gender Studies*, 2, 2, 1995, p. 171-193. doi:10.1177/097152159500200202

INSURANCE INSTITUTE FOR HIGHWAY SAFETY (IIHS), *Fatality Facts, 2018*. <https://www.iihs.org/topics/fatality-statistics/detail/gender>.

JAMES, Gareth et al., *An introduction to statistical learning*, Springer, New York, 2013.

KAHANE, Charles J., *Injury vulnerability and effectiveness of occupant protection technologies for older occupants and women*, Report No. DOT HS 811 766, National Highway Traffic Safety Administration, U.S. Department of Transportation, 2013.

KARNER, Ernst/OLIPHANT, Ken (eds.), *Loss of housekeeping capacity*, De Gruyter, 2012.

KLEVEN, Henrik/LANDAIS, Camille/SØGAARD, Jakob Egholt, «Children and gender inequality: Evidence from Denmark», *American Economic Journal: Applied Economics*, 11, 4, 2019, pp. 181-209.

MARTÍN-CASALS, Miquel, «Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal (“baremo”)», *InDret Penal*, 4, 2012.

MCINNES, Mitchell, «The Gendered Earnings Proposal in Tort Law», *The Canadian Bar Review*, 77, 1998, p. 152.

MIRANDA-ZANETTI, Maximiliano/DELBIANCO, Fernando/TOHMÉ, Fernando, «Tampering with inflation data: A Benford law-based analysis of national statistics in Argentina», *Physica A: Statistical Mechanics and its Applications*, 525, 2019, pp. 761-770.

NEUMAYER, Eric/PLÜMPER, Thomas, «The gendered nature of natural disasters: The impact of catastrophic events on the gender gap in life expectancy», 1981–2002. *Annals of the association of American Geographers*, 97, 3, 2007, pp. 551-566.

NG, Serena, «Opportunities and challenges: Lessons from analyzing terabytes of scanner data», *National Bureau of Economic Research*, 2017. <https://www.nber.org/papers/w23673>.

RAMÍREZ MUÑOZ DE TORO, Gonzalo R., «Reconstrucción y análisis de la base de datos de jurisprudencia de cuantificación de daños de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil», *Jurisprudencia Argentina, Número especial de Derecho y Economía*, I, 6, 2020, pp. 65-84.

RENAUD, Kathleen, «Apples to Oranges: Gendered Damages in Personal Injury Litigation: A Focus on Infant Claims», *Alberta Law Review*, 56, 2018, p. 207.

SCHWARTZ, Joseph A./BEAVER, Kevin M., «Serious fighting-related injuries produce a significant reduction in intelligence», *Journal of Adolescent Health*, 53, 4, 2013, pp. 520-525.

SHARKEY, Catherine M., «Valuing Black and Female Lives: A Proposal for Incorporating Agency VSL into Tort Damages», *Notre Dame Law Review*, 96, 2020, p. 1479.

SHAVELL, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 2009.

SHAFIR, Eldar/DIAMOND, Peter/TVERSKY, Amos, «Money illusion», *The Quarterly Journal of Economics*, 112, 2, 1997, pp. 341-374.

ROJO BRIZUELA, Sofía/TUMINI, Lucía, «Inequidades de género en el mercado de trabajo de la Argentina: las brechas salariales», *Revista de Trabajo Nueva Época*, 4, 6, 2008, pp. 53-70.

TINARI, Frank D., «Challenges in Valuing Loss of Services», in TINARI, FRANK D. (ed.), *Forensic Economics. Assessing Personal Damages in Civil Litigation*, Palgrave Macmillan, New York, 2016, pp. 161-177.

TROMBETTA, Martín/CABEZÓN CRUZ, Julieta, *Brecha salarial de género en la estructura productiva argentina*, Seminario Centro de Estudios para la producción (CEP), Buenos Aires, 2020, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/dt_2_-_brecha_salarial_de_genero.pdf.

MICHA, Ariela/TROMBETTA, Martin/PEREYRA, Francisca, «Determinantes del tiempo de trabajo de cuidado y brechas de género», *Márgenes*, 7, 2021.

MINISTERIO DE ECONOMÍA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, *Los cuidados, un sector económico estratégico: Medición del aporte del Trabajo Doméstico y de Cuidados no Remunerado al Producto Interno Bruto*, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los_cuidados_-_un_sector_economico_estrategico_0.pdf.

UGARTE, Sebastian M./GRIMSHAW, Damian/RUBERY, Jill, «Gender wage inequality in inclusive and exclusive industrial relations systems: a comparison of Argentina and Chile», *Cambridge Journal of Economics*, 39, 2, 2015, pp. 497-535.

WARD, John O., «Differences Among Nations in Measuring Economic Damages», in TINARI, Frank D. (ed.), *Forensic Economics. Assessing Personal Damages in Civil Litigation*, Palgrave Macmillan, New York, 2016, pp. 305-316.

WARD, John O./THORNTON, Robert J. (eds.), *Personal Injury and Wrongful Death Damages Calculations: Transatlantic Dialogue*, Emerald Books, 2009

VARIAN, Hal R., «Big data: New tricks for econometrics», *Journal of Economic Perspectives*, 28, 2 2014, pp. 3-28.

8. Appendix

Table 14: Variables obtained by web-scraping

Variable	Type	Description
Case number	num	The case number, as it is identified by Argentina's Civil National Court of Appeals website.
Case name	str	The case name.
Casualty	str	The casualty or damaging event type.
District court number	num	The intervening district court.
District court case number	str	The case number, as it is identified by the intervening district court.
District court decision date	num	The date of the district court decision.
Court of appeals chamber	str	The intervening court of appeals chamber.
Court of appeals case number	str	The case number, as it is identified by the intervening court of appeals.
Court of appeals decision date	str	The date of the court of appeals decision.
Casualty date	str	The casualty or damaging event date.
Age	num	The victim's age at the time of the damaging event.
Marital Status	str	Married, Single, Concubine, Widower, Divorced
Employment	str	Main occupation activity
Gender	str	Male or Female
Health	str	Health conditions
Education	str	Education level obtained
Physical disability percentage	num	The physical disability percentage acknowledged by the court of appeals.
Psychical disability percentage	num	The psychical disability percentage acknowledged by the court of appeals.
Aesthetic disability percentage	num	The aesthetic disability percentage acknowledged by the court of appeals.
Psychophysical disability percentage	num	The psychophysical disability percentage acknowledged by the court of appeals.
Surgeries	str	The number of surgeries as consequence of the damaging event.
Recovery period	num	The recovery period acknowledged by the court of appeals, in days.
Supervening disability amount	num	The supervening disability compensation awarded by the court of appeals.
Psychical disability amount	num	The physical disability compensation awarded by the court of appeals.
Aesthetical damage amount	num	The aesthetical damage compensation awarded by the court of appeals.
Medical expenses	num	The medical expenses compensation awarded by the court of appeals.
Moral damage amount	num	The moral damage compensation awarded by the court of appeals (i.e., NPD)

Note: "num" denotes a numerical variable while "str" indicates that the variable is a string or a character.

Table 15. Partial correlations for PD and NPD by gender

	PD	NPD
Gender	0.0505	0.05

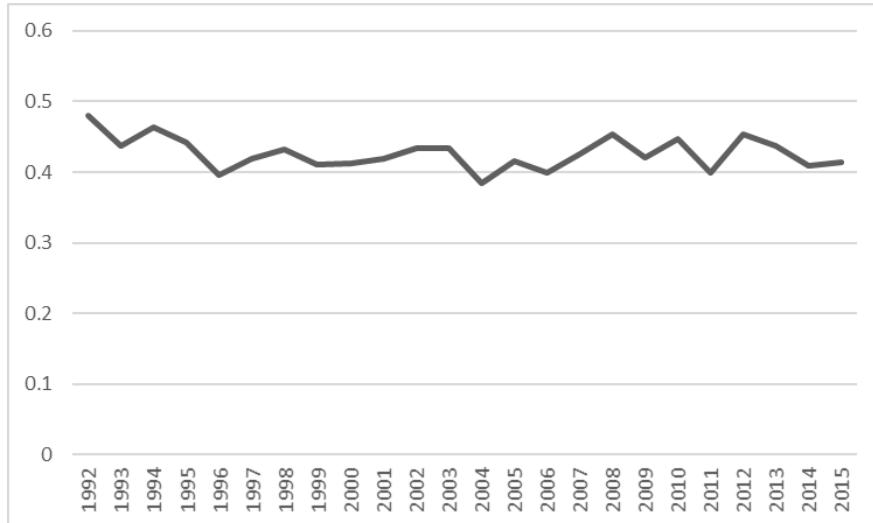
Male

Studies	-0.0461	-0.0407
Age	-0.1056	-0.0994
Year	-0.1723	-0.199
Incapacity	0.6261	0.6239

Female

Studies	0.0116	-0.0027
Age	-0.0978	-0.0968
Year	-0.1688	-0.205
Incapacity	0.5758	0.5993

Note: The gender variable takes value 1 for male and 0 for female, so the positive correlation shows higher damages (both pecuniary and non-pecuniary). The variable indicates the level of studies is a categorical one, with higher values corresponding to higher stages in level education.

Figure 4. Female ratio in cases, by year

Note: The share of woman's participations doesn't show any trend and remains mainly stable between 39 and 48% of the cases analyzed.

Robustness Checks

There exists the possibility that the effects are not linear, or, in particular, not constant for all the distribution of the variables of interest. In order to explore this characteristic, we run an interquartile regression, considering the first quartile, the median, and the fourth.

The results can be seen in tables 16 and 17, for the disability and the NPD, against the same variables that were included in previous models. In the first case, the effect is increasing, from less of a point in the first quartile, to approximately one point in the median regression, and up to above 4 points in the last quartile. The negative trend is also negative, but increasingly negative.

In the second case, it is interesting to note that there exists now a significant effect for the gender dummy, but only in the median, and not in the extreme quartiles.

Table 16: Interquartile regression for disability (%)

Disability	Coef.	Bootstrap		
		Std. Err.	t	P-value
q25				
Year	-0.0555556	0.0314291	-1.77	0.077
Male	0.7222222	0.3507402	2.06	0.04
Constant	116.2222	63.01498	1.84	0.065
q50				
Year	-0.2105263	0.0178903	-11.77	0
Male	1.052632	0.3226137	3.26	0.001
Constant	433.7368	35.7706	12.13	0
q75				
Year	-0.3125	0.0232145	-13.46	0
Male	4.25	0.4620349	9.2	0
Constant	645.125	46.85012	13.77	0

Table 17: Interquartile regression for NPD

NPD	Coef.	Bootstrap		
		Std. Err.	t	P-value
q25				
Year	-348.3315	8.593413	-40.53	0
Male	92.36914	100.956	0.91	0.36
Disability	200.9006	15.72862	12.77	0
disability2	5.108947	0.4212543	12.13	0
Constant	702406.5	17259.6	40.7	0
q50				
Year	-558.1679	13.81284	-40.41	0
Male	348.6875	152.2397	2.29	0.022
Disability	262.6863	25.38769	10.35	0
disability2	8.833909	0.6702434	13.18	0
Constant	1125319	27736.17	40.57	0
q75				
Year	-848.489	20.2337	-41.93	0
Male	215.7693	257.9681	0.84	0.403
Disability	349.2602	46.99261	7.43	0
Disability2	14.58727	1.280126	11.4	0
Constant	1710997	40703.29	42.04	0

Finally, another possible extension is by not imposing a linear relationship in the coefficients, and using the fact that disability is a percentage, transforming the dependent variable into a variable bounded between 0 and 1, we obtain the results found in the Table 18 with logit regressions. The marginal effect of the gender dummy variable is 2.56 gap disability points of difference, similar to previous results.

Table 18. Logit regressions on disability.

Disability	Observed	Bootstrap		
	Coef.	Std. Err.	z	P>z
Age	0.0160964	0.001725	9.33	0
Year	0.0077637	0.0038577	2.01	0.044
Male	0.2121723	0.0501265	4.23	0
Constant	-14.4742	7.734759	-1.87	0.061

El interrogatorio de menores: una prueba –a veces pericial– a evitar

Jordi Nieva-Fenoll
Universitat de Barcelona

Sumario

El interrogatorio de menores es un medio de prueba que cada vez se practica menos, por fortuna, en la línea de la protección internacional de la vulnerabilidad insita a un menor. Sin embargo, su variedad pericial tampoco está exenta de varios inconvenientes estrictamente científicos que desaconsejan su práctica salvo cuando sea estrictamente necesaria. En particular, no parece procedente la práctica de la prueba utilizando una cámara de Gesell, que en realidad supone una resistencia a reconocer la escasa eficiencia probatoria de los interrogatorios en general.

Abstract

The interrogation of minors is a means of evidence that is slowly disappearing, fortunately, according to the international protection of a minor's inherent vulnerability. However, its expert variety is not exempt from a number of strictly scientific drawbacks that discourage its use except when strictly necessary. In particular, the use of a Gesell chamber does not seem appropriate, which in fact represents a reluctance to acknowledge the poor evidential efficiency of interrogations in general.

Title: *The interrogation of minors: a means of evidence -sometimes expert evidence- to avoid*

Palabras clave: Cámara de Gesell, valoración de la prueba, vulnerabilidad, testifical ...

Keywords: *Gesell chamber, Assessment of evidence, Vulnerability, Witness testimony*

DOI: 10.31009/InDret.2023.i1.10

Índice

- 1. *Introducción*
- 2. *Interrogatorio y superstición*
- 3. *La vulnerabilidad de un menor y su interrogatorio*
- 4. *La evaluación psicológica de la credibilidad del menor*
- 5. *Cumplimiento de estándares científicos de la entrevista cognitiva*
- 6. *Conclusión: un medio de prueba demasiado controvertible*
- 7. *Bibliografía*

1. Introducción *

El interrogatorio, pese a algunos esfuerzos para revitalizarlo¹, ha entrado en crisis como medio de prueba. Es posible incluso que acabe desapareciendo de la práctica habitual ante el abrumador valor superior que tienen a efectos de convicción las actuales pruebas biológicas y tecnológicas, pero también las que implican otros saberes científicos bastante más fiables que escuchar hablar a una persona intentando averiguar intuitivamente si dice la verdad. Hay que darse cuenta de que hasta hace muy poco tiempo, particularmente en los procesos penales, no teníamos mucho más que reo, víctima y testigos. Pero hoy disponemos de bastantes más materiales probatorios de muy alta calidad científica. En estas condiciones, un proceso basado en la prueba obtenida a través de la simple palabra de los citados sujetos es poco menos que una farsa sólo apta para los todavía crédulos en el siglo XXI².

Pese a todo ello, uno de esos interrogatorios todavía parece relevante: el de los menores de edad. Ello es así porque no es tan sumamente sencillo que esté preparado, como ocurre recurrentemente con el interrogatorio de los mayores de edad, y si lo está, debe descubrirse ese relevante hecho en el proceso, porque resulta ser crucial. Pero lo cierto es que existen algunos delitos, como vamos a ver, que solamente se descubren a través del relato del menor, como ocurre con los abusos sexuales de que puede haber sido víctima en situaciones de clandestinidad. Hay veces que no existe otro rastro que ese testimonio, y por ello es preciso examinarlo con el mayor cuidado, obteniendo el testimonio cuanto antes³

Sin embargo, tampoco hay que tratarlo a través de una suerte de credibilidad automática⁴ que, de hecho, ni siquiera está extendida entre la sociedad al considerarse en general como poco fiable el relato de un testigo vulnerable⁵. Los menores tienen una memoria frágil⁶ y también mienten, o poseen un recuerdo alterado de la realidad que les puede llevar a creer acaecidos hechos que jamás sucedieron⁷, con mayor facilidad que un adulto, de hecho, siendo especialmente vulnerables a ser guiados⁸ en las respuestas si ya fueron abusados previamente, poseyendo una

*Jordi Nieve-Fenoll (jordinieve@ub.edu).

¹Artkämper, H. / Floren, T. / Schilling, K., *Vernehmungen. Taktik, Psychologie, Recht*, Hilden 2021. Bender, R. / Nack, A. / Treuer, W-D., *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, München 2007.

²Desarrollé esta conclusión en Nieve Fenoll, J., “La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)”, *Jus et Praxis*, vol. 26, n. 3, dic. 2020.

³Marinović, D. et al., “Obtaining the Child Testimony in the Criminal Proceedings”, *Coll. Antropol.* 34 (2010) Suppl. 2, p. 253.

⁴Vid. Chaaya, M., “Children's Evidence in Sexual Abuse Cases: The Need for Radical Reappraisal”, *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 9, no. 3, March 1998, p. 265.

⁵Aunque no siempre sea cierto, Vid. Bull, R. “The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice”, *Legal and Criminological Psychology* 2010, 15, p. 6 y 9.

⁶McEwan, J., “The testimony of vulnerable victims and witnesses in criminal proceedings in the European Union”, *ERA Forum* 2009, 10, p. 379.

⁷Lamb, M.E. / Orbach, Y. / Herschkowitz / Esplin, P. W. / Horowitz, D., „Structured forensic interview protocols improve the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol”, *Child Abuse Negl.* 2007, 31(11-12), p. 1202.

⁸Vid. las diferentes formas de guiar al menor en Pires de Souza, L. F., *Prova testemunhal*, Coimbra 2020, pp. 55 y ss.

superior dificultad a decir “no”⁹. En etapas tempranas de la vida, distinguir entre realidad e imaginación no es sencillo. Incluso los sueños se entremezclan con lo realmente acontecido, y lo imaginado puede tener una potencia lo suficientemente poderosa como para alterar el relato de la realidad¹⁰.

A continuación se irán analizando todos esos inconvenientes y algunos otros obstáculos que se dan en este caso, así como la necesidad de protección del menor, fruto de su indiscutible vulnerabilidad¹¹. También se hará referencia a la valoración científica de este tipo de interrogatorio. Vaya por delante que incluso celebrado por psicólogos especializados, su valor científico es realmente controvertido, como después se explicará con más detenimiento.

2. Interrogatorio y superstición

Antes de todo ello, es preciso dedicar unas breves palabras a la relevancia científica de los interrogatorios practicados por abogados y jueces. Como se acaba de indicar en el epígrafe anterior, son y han sido solamente una espantosa pantomima a través de la que durante siglos los seres humanos nos engañado completamente creyendo que podíamos valorarlos con seriedad, y que de esa valoración podía surgir incluso una sentencia justa. En el fondo, tuvo más sentido renunciar a la evaluación de esa credibilidad durante la larga vigencia del sistema de prueba legal, en beneficio de un valor privilegiado de los juramentos que enlazaba con las antiguas ordalías¹². También ello era absurdo, pero como mínimo se obtenía una especie de “justicia”, por llamarla de algún modo, dando la razón a quien hubiera acudido al proceso trayendo a más personas que le apoyaran, es decir, más testigos¹³. Por lo menos se fallaba a favor de quien tenía más respaldo en el grupo, lo que sin duda debía favorecer la convivencia pacífica, que al final es la razón de ser del proceso y de otras instituciones que buscan la paz social, entre ellas la mismísima noción de “justicia” en nuestra cultura. En el fondo, el método empleado por el sistema de prueba legal no es tan diferente de la validación actual de ciertas opiniones en la ciencia jurídica. Al margen de todo método científico, damos por buena una conclusión simplemente porque la apoyan varios autores o porque la jurisprudencia es mayoritaria en favor de esa opción. Es, de hecho, la misma base del controvertido *peer review*. Todo se abandona a ese

⁹Gudjonsson, G. / Vagni, M. / Maiorano, T. / Giostra, V. / Pajardi, D., “Trauma symptoms of sexual abuse reduce resilience in children to give ‘no’ replies to misleading questions”, *Personality and Individual Differences*, 168, 2021, p. 1 y ss. Benedan, L. / Powell, M. B. / Zajac, R. / Lum, J.A.G. / Snow, P., “Suggestibility in neglected children: The influence of intelligence, language, and social skills”, *Elsevier, Child Abuse & Neglect*, 79, 2018, p. 51. Roma, P. / Sabatello, U. / Verrastro, G. / Ferracuti, S., “Comparison between Gudjonsson Suggestibility Scale 2 (GSS2) and Bonn Test of Statement Suggestibility (BTSS) in measuring children’s interrogative suggestibility”, *Personality and Individual Differences* 51, 2011, p. 488. Glynn Crane, M., “Childhood Trauma’s Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions”, *South Dakota Law Review*, vol. 62, n. 3, 2017, p. 626. Vid. también Petzoldt, V. “Ermittlungsarbeit mit Irregularitätstraumatisierten Personen”, *Siak-Journal*, 2/2021, pp. 44-45.

¹⁰Montanari Vergallo, G. / Marinelli, E. / Mastronardi, V. / Di Luca, N.M. / Zaami, S., “The credibility of testimony from minors allegedly victims of abuse within the Italian legislative framework”, *International Journal of Law and Psychiatry* 56, 2018, p. 61.

¹¹Bull, R. “The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice”, *Legal and Criminological Psychology* 2010, 15, p. 5.

¹²Patetta, F. *Le ordalie*, Torino 1890, pp. 14-15.

¹³Degli Ubaldi, Baldo, *Practica Baldi*, Perugia 1521, folio 39 vuelto. De Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid 1856, pp. 133 y ss. Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Heidelberg 2012, pp. 128 y ss.

apoyo intersubjetivo. La comprobación científica, insisto, tantas veces parece brillar por su ausencia. Pura falacia *ad populum* puesta en práctica como base de una disciplina. Pero esa es otra desagradable cuestión de la que no puedo ocuparme ahora.

Sin embargo, la alternativa al sistema de prueba legal propuesta por Bentham a principios del XIX¹⁴, basada indudablemente en el funcionamiento de los jurados ingleses, tampoco era demasiado depurada. Bentham pensaba, como la enorme mayoría de personas en otras épocas¹⁵ y todavía hoy¹⁶, que mirar la cara y gestos de un interrogado permitía evaluar su credibilidad, acompañada en parte del análisis del contenido de lo declarado. Se basaba, además, en un prejuicio muy sostenido en la sociedad: que se esclarecerá la verdad si una vez que se le ha tomado juramento a un interrogado y está amenazado penalmente por quebrantarlo, se le maltrata psicológicamente, acosándole. De ahí toda la fe en la *cross-examination* que expresó con vehemencia Wigmore¹⁷ y que, en realidad, no es más que una vulgar forma de tortura. Psicológica y habitualmente leve, pero tortura. Hoy ya sabemos, gracias a las contundentes experimentaciones de la psicología del testimonio, que poco o nada de ello sirve para algo¹⁸. Las amenazas al declarante son contraproducentes para la evaluación de su credibilidad. Los interrogadores agresivos que juegan dialécticamente con el interrogado manipulan el contenido de la declaración. Finalmente, la creencia en los poderes adivinatorios del juez no era más que una superstición inveterada.

A pesar de todo lo anterior, ha quedado todavía el análisis técnico –es decir, no jurídico– de la memoria del interrogado y de las circunstancias que pueden afectarla, así como del contenido de la declaración¹⁹. Lo primero no está al alcance de un jurista habitualmente, al menos con la precisión científica deseable. Y lo segundo es más factible pero ciertamente complicado. Evaluar en una declaración su coherencia, contextualización, corroboración con otros medios de prueba, ausencia de comentarios oportunistas, o incluso la ausencia de móviles para mentir, no es algo sencillo ni siquiera para un psicólogo del testimonio, aunque lo haga de manera incomparablemente mejor que un jurista. Es difícil determinar si la contextualización debe ser evaluada con más o menos detalles, y qué cantidad de ellos es suficiente. No es fácil afirmar categóricamente que cualquier contradicción sea indicativa de mendacidad, igual que no es factible aseverar sin titubeos que miente quien formula un comentario oportunitista.

Solamente la corroboración puede comprobarse realmente, a pesar de que en ese caso, posiblemente lo que muchas veces tenga un potencial valor corroborador, y tal vez innecesario, sea la declaración del interrogado y no el medio de prueba que hubiera servido, en teoría, para corroborar lo que dice. Si encontramos sangre de un agresor en el cuerpo de una víctima, es posible que un testigo nos sirva para confirmar la hipótesis de la agresión. Aunque esa corroboración, en el fondo, es débil comparada con la fuerza de la prueba biológica. Para lo único que sirve habitualmente el testimonio es para expresar un relato de hechos que pueda convertirse

¹⁴Bentham, J., *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1823, pp. 9 y ss.

¹⁵Partida III, Tít. XVI, Ley 28.

¹⁶Ekman, P., *Cómo detectar mentiras*, Madrid 2012. Ekman, P., *El rostro de las emociones*, Barcelona 2004.

¹⁷Wigmore, J. H., *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II, Boston 1904, §1367, p. 1697.

¹⁸Loftus, *Eyewitness testimony*, Cambridge 1996. Mazzoni, G. *Psicología della testimonianza*, Roma 2015. Madrid 2010. Diges, M., *Los falsos recuerdos*, Barcelona 1997. Manzanero, A., *Memoria de testigos*, Madrid 2010.

¹⁹Sobre ambos aspectos y su tratamiento jurídico, vid. ampliamente Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, pp. 213 y ss.

en hipótesis que abra la investigación, o que confirme sus resultados. Pero al contrario de lo que, tal vez por el peso de la historia, se ha creído hasta ahora, el valor del interrogatorio es siempre instrumental y no principal, siempre que queramos acercarnos a la ciencia y separarnos de la creencia, claro está. Sorprender a un testigo en una contradicción, o en un renuncio, aunque pueda parecer espectacular y muy revelador –particularmente en la cinematografía–, puede ser solamente el fruto de la retórica y manipulación del interrogador, como ya se ha dicho, aprovechándose de los nervios del declarante, que simplemente yerra en una respuesta incluso pretendiendo decir la verdad.

Partiendo de estas realidades debe concluirse que los interrogatorios son muy escasamente útiles, más allá de lo ya indicado. Y que cuando deben realizarse es solamente en los casos en que no dispongamos de otros medios de prueba, y en ese caso debemos llamar a un perito especializado, es decir, a un psicólogo del testimonio. Uno de esos casos puede ser precisamente el del menor, que es el que se va a tratar a continuación.

3. La vulnerabilidad de un menor y su interrogatorio

Así como en principio muchas personas pueden resistir un interrogatorio, incluso innecesariamente violento verbalmente, una víctima nunca debiera ser puesta en ese riesgo de victimización secundaria, porque además suele servir de muy poco a efectos probatorios, como acabamos de ver. Pero sea como fuere, un menor, víctima o no, no puede ser sometido jamás a algo así, calificado por algunos, no sin razón, como una “ordalía”²⁰, reflejando con esa palabra más bien la violencia que la esencia de ese acto ancestral. La integridad psicológica del menor exige una alternativa, lo que ya ha sido reconocido desde hace bastante tiempo por la normativa internacional, aunque algunos tribunales hayan sido incomprensiblemente insensibles a ese hecho.

Y es que el movimiento a nivel global para proteger al menor en los procesos judiciales empezó hace ya tiempo, pero ha sido realmente lento probablemente por la resistencia a sustraer a dicho menor, no ya de las salas de justicia, sino de la propia presencia judicial. Es posible que la fe ciega en la eficacia de la *cross examination* haya tenido un peso demasiado relevante en este tema, puesto que incluso en normas muy recientes cabe observar la insistencia por no alejar al menor de las audiencias judiciales.

Todo empezó en 1989, con el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹, que dio protagonismo a un concepto que tendría mucho recorrido en los años posteriores: el “interés superior del menor”: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. La Convención dispuso además en su art. 40 una protección procesal integral para el menor imputado, atribuyéndole todos los derechos del mayor de edad de una manera adaptada a su

²⁰STEDH S.M. v. Suecia, 2-10-2002 (n. 34209/96), 47. McEwan, J., “The testimony of vulnerable victims and witnesses in criminal proceedings in the European Union”, *ERA Forum* 2009, 10, p. 373.

²¹Res. 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Sobre el traslado de la Convención al Derecho interno, vid. por ejemplo Forde, L., “The role of the courts in protecting children’s rights in the context of police questioning in Ireland and New Zealand”, *The Howard Journal of Crime and Justice*, 2022, 61, pp. 240 y ss.

condición²². Aunque en relación con el interrogatorio, sólo le reconoció el derecho al silencio (art. 40.2.b.iv).

Más tarde vino la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, referente al estatuto de la víctima en el proceso penal, que dio un paso más en su art. 8.4 disponiendo lo siguiente: “*Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho.*” Es decir, por fin se estaba reconociendo expresamente que algo había que hacer con los interrogatorios de menores, a fin de que no fueran practicados como los de cualquier adulto. Y se señalaba específicamente como problemática a la comparecencia en audiencia pública ante un juez.

Poco después se añadió a este proceso evolutivo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el asunto *S.N. v. Suecia*²³ los jueces de Estrasburgo también insistieron en tomar medidas para garantizar la integridad de un menor, aunque sin perjudicar los derechos de defensa, operando una ponderación en este sentido, pero sin realizar más concreciones al respecto.

Tras ello llegó en 2005 la sentencia del conocido *asunto Pupino* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²⁴, en el cual sí empezaron a venir ya las deseadas precisiones en el tratamiento de un menor en una sala de justicia, mencionando la posibilidad de que declarara fuera del tribunal y antes del inicio del proceso en su fase oral²⁵, evitando en la medida de lo posible la repetición de la declaración²⁶. En esta resolución, además, se declaró que la condición de menor que alega sufrir malos tratos basta para considerarlo vulnerable²⁷.

Poco más de un mes después, Naciones Unidas, en sesión plenaria del Consejo Económico y Social adoptó una *Resolución sobre las directrices en materia de menores víctimas y testigos de*

²²Lo que tendría recorrido posteriormente, como veremos seguidamente. Vid. Radić, I., “Right of the child to information according to the Directive 2016/800/EU on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 2, 2018, pp. 468 y ss. Rap, S.E. / Zlotnik, D., “The Right to Legal and Other Appropriate Assistance for Child Suspects and Accused”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 26, 2018, pp. 110 y ss.

²³STEDH S.M. v. Suecia, 2-10-2002 (n. 34209/96).

²⁴STJCE C-105/2003 16-6-2005. Sobre esta sentencia, entre otros, Schünemann, B., “Protection of children and other vulnerable victims against secondary victimisation: making it easier to testify in Court”, *ERA Forum* 2009, 10 pp. 387 y ss.

²⁵“el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta”.

²⁶Punto 56: “...la posibilidad de utilizar, para las víctimas especialmente vulnerables, un procedimiento especial, como el incidente de práctica anticipada de la prueba previsto en el Derecho de un Estado miembro y las formas particulares de declaración asimismo previstas, cuando dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública.”

²⁷Punto 53: *Sin embargo, con independencia de la cuestión de si el hecho de que la víctima de una infracción penal sea un menor basta, en general, para calificarla de especialmente vulnerable en el sentido de la Decisión marco, no cabe negar que cuando, como en el asunto principal, niños de corta edad alegan haber sufrido malos tratos, por parte, además, de una maestra, dichos niños pueden ser objeto de tal calificación habida cuenta, en particular, de su edad, así como de la naturaleza y consecuencias de las infracciones de las que consideran haber sido víctimas, a fin de disfrutar de la protección específica exigida en las disposiciones anteriormente citadas de la Decisión marco.*

delitos²⁸. En ellas se reconoció, ya sin matices, la vulnerabilidad de menores víctimas y testigos de hechos punibles, estableciendo la necesidad de adoptar medidas legislativas, particularmente procesales²⁹, en todos los Estados para prevenir daños ulteriores en sus personas, así como avanzar en la formación de profesionales adecuados para acompañar tales medidas. También se dijo expresamente que el menor es vulnerable por definición, particularmente si es mujer³⁰. Y con respecto al interrogatorio, se previó que los menores fueran oídos sobre la manera de prestar declaración para protegerlos más eficazmente³¹. Pero además, y esto es lo importante, se estableció ya un protocolo concreto³², disponiendo la creación de salas de interrogatorio especialmente diseñadas a fin de no ser agresivas para los menores, estableciendo también la posibilidad de modificar las salas de justicia ya existentes en el mismo sentido de buscar una atmósfera agradable para el menor, limitándose el número de interrogatorios o entrevistas cognitivas con el menor y previéndose la posibilidad de prescindir de la *cross examination*, respetando los derechos de defensa, evitando el contacto visual con el acusado y siendo interrogados de un modo sensible con su edad, excluyendo la intimidación y disponiendo la ayuda de psicólogos, con una extensión indeterminada en cuanto a la entidad de dicha ayuda³³. Sin duda, esta Resolución de 2005 es el documento de referencia en la materia al ser el que contiene más detalles al respecto.

Dos años después se volvió a pronunciar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *W.S. v. Polonia*³⁴, insistiendo en la utilidad de la entrevista cognitiva practicada por psicólogos, sugiriendo en su defecto, al menos, la celebración de un interrogatorio en presencia de esos mismos psicólogos y de la progenitora del menor, grabándose la diligencia para poder ser examinada posteriormente³⁵.

²⁸ECOSOC Resolution 2005/20, 22-7-2005, Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime.

²⁹I. 4. *In implementing the Guidelines, each jurisdiction should ensure that adequate training, selection and procedures are put in place to protect and meet the special needs of child victims and witnesses of crime, where the nature of the victimization affects categories of children differently, such as sexual assault of children, especially girls.*

³⁰II. 7. (b) *Recognizing that children are vulnerable and require special protection appropriate to their age, level of maturity and individual special needs; (c) Recognizing that girls are particularly vulnerable and may face discrimination at all stages of the justice system;*

³¹VIII.21 (b) *Ensuring that child victims and witnesses are enabled to express freely and in their own manner their views and concerns regarding their involvement in the justice process, their concerns regarding safety in relation to the accused, the manner in which they prefer to provide testimony and their feelings about the conclusions of the process;*

³²Punto XI.

³³XI.31. (c) *To ensure that child victims and witnesses are questioned in a child-sensitive manner and allow for the exercise of supervision by judges, facilitate testimony and reduce potential intimidation, for example by using testimonial aids or appointing psychological experts.*

³⁴STEDH W.S. v. Polonia, 24-9-2007 (n. 21508/02).

³⁵61. *However, the Court observes that it has not been shown or argued that the authorities envisaged or made attempts, either at the investigation stage, or later, before the court, to test the reliability of the victim in a less invasive manner than direct questioning. This could have been done, for example, by more sophisticated methods, such as having the child interviewed in the presence of a psychologist and, possibly, also her mother, with questions put in writing by the defence, or in a studio enabling the applicant or his lawyer to be present indirectly at such an interview, via a video-link or one-way mirror (Accardi and Others v. Italy (dec.), cited above; S.N. v. Sweden cited above, § 13). Had the authorities in the present case taken measures which would have allowed the court to have at its disposal, for instance, a recording of the interview which the psychologists had with the victim, the applicant's defence rights would have been better safeguarded.*

Todas esas sugerencias se concretaron en las *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre una justicia compatible con la protección del menor*³⁶, que vinieron precedidas en 2007 por el *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual* (arts. 30-36)³⁷, insistiendo particularmente en la necesidad de grabar las entrevistas y comparecencias del menor y disponiendo la necesidad, siempre que fuera posible, de que los menores fueran examinados solamente por “profesionales formados” a través de una entrevista cognitiva³⁸, evitando su repetición que, en caso de acaecer, debería ser practicada por el mismo profesional que la primera.

Finalmente, este periplo avanzando hacia la protección del menor en los tribunales ha culminado de momento de una forma un tanto accidentada³⁹ con la *Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, que añade a todo lo anterior una especial preocupación por la averiguación de las condiciones particulares de cada menor, disponiendo un examen individual en este sentido (art. 7), a fin de establecer los elementos concretos de su vulnerabilidad. Sin embargo, con respecto a los interrogatorios, sólo se dispone su grabación (art. 9), sin aludirse a la intervención de psicólogos, sino que sólo se refiere a la formación de jueces y fiscales en psicología infantil⁴⁰, lo que parte probablemente de la creencia –extendida entre algunos jueces⁴¹– de que un interrogatorio no traumatiza a un menor, lo cual es manifiestamente decepcionante, dado que un jurista no puede aspirar más que a ser un psicólogo *amateur*, salvo que a su profesión habitual añada efectivamente la formación y experiencia como psicólogo, lo que es difícilmente factible⁴². Ni siquiera se desarrolla realmente este importante tema en el

³⁶Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, 17-11-2010.

³⁷CETS N. 201, Lanzarote 25-10-2007. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=201>

³⁸64. *Interviews of and the gathering of statements from children should, as far as possible, be carried out by trained professionals.*

³⁹Vid. De Vocht, D., et al., “Procedural Safeguards for Juvenile Suspects in Interrogations. A Look at the Commission’s Proposal in Light of an eu Comparative Study”, *New Journal of European Criminal Law*, 5, 2014, pp. 480 y ss. Sommerfeld, M., „Die EU-Richtlinie über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder (= Personen im Alter von unter 18 Jahren), die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, und ihre Umsetzung ins deutsche Jugendstrafverfahrensrecht”, *ZJJ* 4/2018, pp. 296 y ss.

⁴⁰Punto 63 del preámbulo de la directiva: *Los Estados miembros deben adoptar medidas adecuadas para garantizar que los jueces y fiscales que intervengan en procesos penales en que estén involucrados menores dispongan de aptitudes específicas en esa materia o tengan acceso efectivo a una formación específica, en particular en materia de derechos de los menores, técnicas adecuadas de interrogatorio, psicología infantil y comunicación mediante un lenguaje adaptado a los menores. Los Estados miembros también deben adoptar medidas adecuadas para promover que reciban ese tipo de formación los letrados que intervengan en procesos penales en que estén involucrados menores.*

⁴¹Chaaya, M., “Children’s Evidence in Sexual Abuse Cases: The Need for Radical Reappraisal”, cit., p. 266.

⁴²Vid. Anzenberger P., *Vernehmung von Verbrechensopfern und Minderjährigen im Zivilverfahren nach §§ 289a und 289b ZPO*, ÖJZ 2017, p. 256.

articulado, pese a existir estudios al respecto del protocolo NICHD⁴⁵, por ejemplo⁴⁴. No se alude siquiera a la cámara de Gesell que, pese a ser muy controvertida⁴⁵, al menos aleja en parte la directa intervención de jueces, abogados y fiscales.

Sea como fuere, lo que resulta de todo lo anterior es que a día de hoy ya nadie discute que el menor sea vulnerable⁴⁶, aunque todavía no hayan quedado específicamente concretadas todas las razones científicas de por qué lo sea⁴⁷, pero sí algunas de ellas. La neurociencia ha establecido con bastante claridad una reducción del volumen del hipocampo y de la amígdala⁴⁸ ligada al shock postraumático⁴⁹. Parece ser que la mayor flexibilidad cerebral, así como la inmadurez del lóbulo prefrontal y del sistema límbico⁵⁰ del menor, hacen que sea más fácilmente vulnerable que una persona adulta, lo que basta para alejarle de cualquier experiencia traumática. Y sin duda un interrogatorio judicial es una de estas experiencias⁵¹, con más razón si además está declarando sobre un delito que ha padecido en sus propias carnes. Más allá de eso, esa experiencia traumática se traduce posteriormente en un coeficiente intelectual más bajo, dificultades para procesar emociones y para la concentración, atención e interpretación de las emociones ajenas y señales sociales⁵². En consecuencia, las dudas expresadas al respecto por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Pupino (2005) deben considerarse actualmente superadas, debiendo producirse, no sólo para los menores, sino en general, un acompañamiento psicosocial de las víctimas en el proceso⁵³.

⁴⁵Este protocolo (<https://nichdprotocol.com>) inició su andadura en Canadá en 2000. Vid. Ball, E. / Ball, J. / La Rooy, D., “The National Institute of Child Health and Human Development (NICHD) Protocol. Interview Guide”, Royal Holloway University London 9-8-2017. <http://nichdprotocol.com/wp-content/uploads/2017/09/InteractiveNICHDProtocol.pdf>. La Rooy, D., Brubacher, S. P., Aromäki-Stratos, A., Cyr, M., Hershkowitz, I., Korkman, J., Myklebust, T., Naka, M., Peixoto, C. E., Roberts, K. P., Stewart, H., & Lamb, M. E., “The NICHD Protocol: A review of an internationally-used evidence-based tool for training child forensic interviewers”, *Journal of Criminological Research, Policy and Practice*. 2, 2015, pp. 76 y ss. Lamb, M.E., Brown, D.A., Orbach, I.H.Y., Esplin, P.W., *Tell Me What Happened: Questioning Children About Abuse*, Hoboken 2018.

⁴⁶Lamb, M.E. / Orbach, Y. / Herschkowitz / Esplin, P. W. / Horowitz, D., „Structured forensic interview protocols improve the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol”, cit. p. 1201 y ss. Otgaar, H. /de Ruiter, C./Sumampouw, N./ Erens, B./Muris, P., “Protecting Against Misinformation: Examining the Effect of Empirically-Based Investigative Interviewing on Misinformation Reporting”, *Journal of Police and Criminal Psychology*, July 2020, pp. 1 y ss.

⁴⁷Aun alejándose del tema, vid. Ossmer, C., “Normal Development: The Photographic Dome and the Children of the Yale Psycho-Clinic”, *Isis*, vol. 111, n. 3, sept. 2020, pp. 516 y ss.

⁴⁸Vid. algunas experiencias y consecuencias dramáticas de esa vulnerabilidad en Guerrini, F., “Über Sexualität sprechen, über Gewalt schweigen. Zur Dethematisierung sexueller Gewalt in jugendamtsinternen Sittlichkeitsdiskursen (1945-1960)”, *Jahrbuch erziehungswissenschaftliche Geschlechterforschung. Generation und Sexualität*, 16/20, pp. 51 y ss.

⁴⁹De Vocht, D., et al., “Procedural Safeguards for Juvenile Suspects in Interrogations. A Look at the Commission’s Proposal in Light of an eu Comparative Study”, *New Journal of European Criminal Law*, 5, 2014, p. 489.

⁵⁰Glynn Crane, M., “Childhood Trauma’s Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions”, cit. p. 644.

⁵¹Benedan, L. / Powell, M. B. / Zajac, R. / Lum, J.A.G. / Snow, P., “Suggestibility in neglected children: The influence of intelligence, language, and social skills”, *Elsevier, Child Abuse & Neglect*, 79, 2018, p. 52.

⁵²Glynn Crane, M., “Childhood Trauma’s Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions”, cit. pp. 628 y 639 y ss.

⁵³Chaaya, M., “Children’s Evidence in Sexual Abuse Cases: The Need for Radical Reappraisal”, cit., p. 270.

⁵⁴Glynn Crane, M., “Childhood Trauma’s Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions”, cit. p. 652.

⁵⁵Behrmann e.a. (ed.), *Psychosoziale Prozessbegleitung*, Opladen ; Berlin y Toronto 2022.

Los que aún no se han superado son los titubeos con respecto a la necesidad de que sea un psicólogo⁵⁴, y no un juez, fiscal o policía, quien practique el interrogatorio al menor. Todavía existe una resistencia a estas alturas un tanto excesiva a proteger, no sólo al menor, sino a las víctimas en general⁵⁵, de las salas de justicia, e incluso a alejar a dicho menor de los abogados, particularmente de los del acusado. Se sigue partiendo de una fe absurda en los interrogatorios y se los relaciona en estos casos de una forma irracional con el derecho de defensa. Incluso los propios psicólogos se resisten a establecer hechos potencialmente probados en su dictamen como fruto de la entrevista, arguyendo que esa es una labor judicial a la que ellos son ajenos, estando limitado su dictamen a la averiguación de las condiciones de credibilidad del menor⁵⁶.

Vamos a ver a continuación si todo ello es adecuado a día de hoy. Corresponde valorar, por tanto, desde un punto de vista científico, la potencialidad y utilidad de la entrevista cognitiva.

4. La evaluación psicológica de la credibilidad del menor

A decir verdad, la información en este punto es lamentablemente escasa, aunque probablemente suficiente a los fines de evaluar si es más conveniente a efectos probatorios que un juez, fiscal o abogado practique el interrogatorio a un menor, o es más razonable que lo haga un psicólogo.

Vaya por delante que el interrogatorio de un menor desde el mundo del Derecho no posee ningún tipo de estrategia, más allá de prohibir su declaración –lo que se hizo históricamente⁵⁷– y evitar la confrontación visual con el agresor. Pero sobre la valoración de este interrogatorio⁵⁸, que habría de ser lo esencial a efectos probatorios, no se dice absolutamente nada, casi igual que en el interrogatorio de mayores de edad, en el que además aún subsisten en algunos ordenamientos antiguas normas del sistema de prueba legal⁵⁹.

Sin embargo, en el mundo de la Psicología al menos existen algunas metodologías⁶⁰. Una de las más difundidas se conoce con el nombre de *Statement Validity Assessment* (SVA)⁶¹, y consiste en una entrevista cognitiva con el menor que tiene como fase previa la familiarización del

⁵⁴Vid. Martire, K.A. / Kemp, R.I., “Can experts help jurors to evaluate eyewitness evidence? A review of eyewitness expert effects”, *Legal and Criminological Psychology*, 2011, 16, p. 24 y ss.

⁵⁵Acker, T., „Mehr Opferschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren?”, NK 33, 4/2021, pp. 489 y ss.

⁵⁶Vid. Montanari Vergallo, G. / Marinelli, E. / Mastronardi, V. /Di Luca, N.M. / Zaami, S., “The credibility of testimony from minors allegedly victims of abuse within the Italian legislative framework”, cit. p. 59.

⁵⁷Fuero Juzgo, Lib. II, tít. IV, XII.

⁵⁸Vid. *in extenso* Conteras Rojas, C., *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Madrid 2015.

⁵⁹Vid. sobre algunas de estas carencias De Vocht, D., et al., “Procedural Safeguards for Juvenile Suspects in Interrogations. A Look at the Commission’s Proposal in Light of an EU Comparative Study”, *New Journal of European Criminal Law*, 5, 2014, p. 503.

⁶⁰Vid. Montanari Vergallo, G. / Marinelli, E. / Mastronardi, V. /Di Luca, N.M. / Zaami, S., “The credibility of testimony from minors allegedly victims of abuse within the Italian legislative framework”, cit. p. 60: “The scientific community has set up several methodologies to be applied to the questioning of child and adolescent witnesses in a judicial setting, e.g., the Step-Wise interview(Goodman et al., 1998), the Cognitive Interview (Koehnken, Thurer, & Zorberbier, 1994; Mestitz, 2003, chap. 2), and the Structured Interview (Klettke, Hallford, & Mellor, 2016; Lamb, Orbach, Hershkowitz, Esplin, & Horowitz, 2007).”

⁶¹Seguiré en la explicación a Köhnken, G. / Manzanero, A.L. / Scott, M. T., “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2015, pp. 13 y ss. Vid. también Bueno Ochoa, L., “El protocolo SVA como sistema de análisis de validez de las declaraciones en contextos forenses”, en Fuertes-Planas (ed.), *Concepciones sistemáticas y visiones literarias del Decho. Principios del Derecho VI*, Madrid 2020, pp. 441 y ss.

profesional con los autos del caso, formulando ya tras su lectura las primeras hipótesis sobre el “origen de la declaración”, es decir, sobre la verosimilitud de los hechos que van a declararse y que se concretaron en la *notitia criminis*. Esas hipótesis son después contrastadas en la entrevista en sí, que será adaptada al caso y circunstancias del menor, y que también, precisamente para ello, le someterá a cuestionarios sobre personalidad y capacidad cognitiva, habitualmente relacionada con la edad aunque no siempre⁶², pues existen grandes diferencias entre menores de la misma edad en función de su madurez, padecimiento de posibles trastornos mentales, consumo de estupefacientes, etc.⁶³. Finalmente se accede a la evaluación de resultados que se reparte en cuatro grandes fases:

- a. Análisis de los criterios de realidad: entre otros 19 criterios, se procede al análisis de la coherencia y contextualización de la declaración, cantidad de detalles aportados, lenguaje empleado o sensaciones del menor⁶⁴.
- b. Diagnosis de los resultados valorando la capacidad cognitiva del menor, su experiencia previa relacionada con los hechos –abusos anteriores, visualización de pornografía, por ejemplo–, así como el tiempo transcurrido desde los hechos y otras circunstancias ambientales.
- c. Análisis de la consistencia de la declaración.
- d. Estudio de la evolución de la declaración desde la denuncia inicial y a lo largo de las diferentes entrevistas, incluyéndose un análisis de la reacción de otras personas a la declaración inicial.
- e. Análisis de la motivación (interés del menor en declarar falsamente fantaseando, atribuyendo el abuso a otra persona, por presiones de terceros o voluntad de ayudarles, etc.)⁶⁵.

Con ello concluye el examen, evaluando finalmente las hipótesis del principio y exponiendo los resultados, relacionándolos con los autos. Es importante que el profesional mantenga en todo momento la neutralidad alejándose de la sugestión, es decir, que no tenga un especial empeño en descubrir, por ejemplo, que han existido abusos sexuales⁶⁶. Es decir, todo lo contrario de lo que suelen hacer policías y jueces abusando del método inductivo⁶⁷, que en estas situaciones ha sido acertadamente descrito como “efecto túnel”⁶⁸, y que naturalmente provoca el sesgo de confirmación⁶⁹.

⁶²Vid. Brewer, N. / Keast, A. / Sauer, J.D., “Children’s eyewitness identification performance: Effects of a Not Sure response option and accuracy motivation”, *Legal and Criminological Psychology*, 2010, 15, p. 264.

⁶³Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 16.

⁶⁴Vid. ampliamente Steller, M. / Köhnken, G., „Análisis de declaraciones basados en criterios”, en Raskin (ed.), *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*, pp. 217 y ss, Bilbao 1994. Vid. también Undeutsch, “The development of statement reality analysis”, en Yuille (ed.), *Credibility Assessment*, Dordrecht 1988, pp. 101 y ss.

⁶⁵Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 15.

⁶⁶Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 15.

⁶⁷Ruiz Tejedor, M.P., “Valoración de la credibilidad del testimonio en menores abusados sexualmente”, *Boletín Galego de Medicina Legal e Forense*, n. 11, abril 2003, p. 88.

⁶⁸Judson, K., “Bias, Subjectivity, and Wrongful Convictions.”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n. 3, Spring 2017, p. 784. Leo, R.A., “Police Interrogation, False Confessions, and Alleged Child Abuse Cases.”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n. 3, Spring 2017, p. 710.

⁶⁹Kahneman, D. / Slovic, P. / Tversky, A. (ed.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge 1982, p. 16.

El método tiene obviamente sus limitaciones –empezando por la actitud del psicólogo⁷⁰, y no es aplicable a cualquier menor. Contiene el CBCA (*Criteria Based Content Analysis*)⁷¹, pero va más allá de ese análisis del contenido de la declaración, centrado fundamentalmente en la detección de la mentira deliberada⁷², aún sin pararse en aspectos externos habitualmente irrelevantes como la gestualidad del menor. Con todo, y esto es importante, el cometido del SVA no es la detección de la mentira, sino más bien la detección de la incorrección de la declaración cuya causa puede ser, ciertamente y entre otras, esa mentira deliberada, pero no solamente, puesto que también pueden existir errores no intencionales, como la mala interpretación de lo sucedido⁷³, o incluso el siempre enigmático falso recuerdo⁷⁴, cuyo carácter espontáneo o creado es habitualmente problemático⁷⁵.

Es importante que la entrevista no se repita, no solamente por la consabida victimización secundaria del menor, sino porque es una peligrosa oportunidad para reconstruir el recuerdo y alterar la realidad⁷⁶.

Leyendo lo anterior, que es solamente un resumen extraordinariamente condensado del SVA, ya se puede detectar con mucha facilidad que el análisis de los psicólogos está a años-luz del de los juristas interrogadores, de manera que lo único que deberíamos sentir es probablemente vergüenza por estar instalados en la simple y burda intuición y no atender prácticamente a nada de lo anterior. Es más, cuando algún jurista más avezado intenta profundizar en alguno de esos contenidos del SVA, buscando sobre todo los móviles para mentir de los testigos o tratando de escudriñar sus capacidades cognitivas, o incluso intentando valorar la capacidad de contextualización del testigo, las preguntas formuladas suelen ser declaradas impertinentes por los jueces al no tener que ver directamente –y supuestamente– con el objeto del proceso... Cabría decir realmente que en comparación con el examen de un psicólogo, los interrogatorios de los juristas están claramente en la prehistoria y son prácticamente ordálicos.

Y todo ello con respecto a los mayores de edad. Con respecto a los menores, el intento de interrogatorio por un jurista es simplemente una aberración que debe ser expulsada definitivamente de nuestros tribunales y, mejor aún, de nuestras leyes. Un jurista puede evaluar eventualmente la credibilidad de un mayor de edad sólo con enormes limitaciones. Con un menor de edad, simplemente no le es posible, cayendo algunos jueces y fiscales sobre todo –también policías, que ni siquiera son juristas– en una falsaria “sensación de saber” influida por todo tipo de prejuicios fundamentalmente⁷⁷ –pero no solamente– gestuales. Basta conversar con algunos

⁷⁰Godoy-Cervera, V. / Higuera, L., “El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio”, *Papeles del Psicólogo*, 2005, vol. 26, p. 97.

⁷¹Sobre el mismo, Godoy-Cervera / Higuera, “El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio”, cit. pp. 92 y ss.

⁷²Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 17.

⁷³Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 15.

⁷⁴Diges, M. *Los falsos recuerdos*, Barcelona 1997.

⁷⁵Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 16.

⁷⁶Köhnken / Manzanero / Scott, “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, cit. p. 15. Loftus, E., *Eyewitness Testimony*, Cambridge 1996, pp. 88 y ss.

⁷⁷Vid. algunos de esos prejuicios sociales en George, R. / Ferguson, S. *Review into de Criminal Justice System response to adult rape and serious sexual offences across England and Wales*, Research Report, HM Government, junio 2021, pp. 71-72.

policías para darse cuenta de la importancia que para ellos tienen las miradas y las primeras reacciones de una persona para considerarle sospechoso... y de cómo sus interrogatorios no son más que procesos psicológicamente coercitivos para hacer sentir al detenido que ha sido “atrapado” y que la única salida a ese estado de desesperación es la confesión, minimizando las repercusiones de la misma⁷⁸, obteniendo así declaraciones de culpabilidad de personas inocentes⁷⁹. El problema es que sus prejuicios se trasladan con enorme facilidad a jueces y fiscales, condicionándose así todo el proceso hasta la mismísima sentencia⁸⁰.

Dicho lo cual, es preciso profundizar algo más en las evidentes limitaciones del SVA, a los efectos de evaluar su aceptabilidad científica en un proceso.

5. Cumplimiento de estándares científicos de la entrevista cognitiva

Al proceso, especialmente en los últimos tiempos, se aproximan muchos científicos prometiendo maravillas que no son reales. Ha sucedido particularmente en EEUU como consecuencia de su sistema de jurados, pero también en otros países. Fiscales y abogados sólo buscan impresionar a un conjunto de personas legas que deben juzgar sin motivar por qué declaran a una persona culpable o inocente. En ese contexto, presentar una prueba “científica” espectacular es lo que desean todos los participantes, a fin de poder resolver el caso de manera prácticamente mágica. Pero esa magia suele ser *junk science* es decir, ciencia basura. Ocurrió particularmente con algunas supuestas pruebas neurocientíficas de triste recuerdo⁸¹, pero también con el polígrafo⁸² y hasta con a veces con análisis parapsicológicos de lo más entretenido.

A fin de evitar el acceso al proceso de toda esta inmundicia pseudocientífica, en 1993 el Tribunal Supremo de los EEUU dictó una sentencia que acabó siendo histórica y que formó una serie de tres pronunciamientos que conocemos con el nombre de una de las partes del primer proceso: Daubert⁸³. En esos fallos⁸⁴, el tribunal exigió que a partir de entonces esos dictámenes periciales,

⁷⁸Leo, R.A., “Police Interrogation, False Confessions, and Alleged Child Abuse Cases.”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n. 3, Spring 2017, p. 713.

⁷⁹Glynn Crane, M., “Childhood Trauma’s Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions”, cit. p. 627 y 648 y ss. Leo, R.A., “Police Interrogation, False Confessions, and Alleged Child Abuse Cases.”, cit. p. 704.

⁸⁰De Vocht, D., et al., “Procedural Safeguards for Juvenile Suspects in Interrogations, cit. pp. 482-483.

⁸¹Vid. Julià Pijoan, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interpretación desorientada*, Madrid 2020, pp. 111 y ss

⁸²Vid. National Research Council (Committee to Review the Scientific Evidence on the Polygraph), *The polygraph and lie detection*, 2003, pp. 212 y ss.

⁸³Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997), Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).

⁸⁴Sobre los mismos, Faigman, D. L., “The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Managing Scientific Evidence in the Age of Science”, *Legal Studies Research Paper Series*, n. 19, 46 UC Davis Law Review 2013, p. 104. Fournier, L. R., “The Daubert Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control”, *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 5, 2016, p. 308. Garrie, D.I B., “Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 12, 2014, 2, p. 122. Vázquez, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid 2015, p. 125. Taruffo, M., “La prova scientifica. Cenni generali”, 47 *Ragion pratica* 2016, p. 335 y ss. Dondi, A., “Paradigmi processuali ed ‘expert witness testimony’ nel diritto statunitense”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, pp. 261 y ss. Auletta, F., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002. Ansanelli, V., *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano 2011

antes de acceder al proceso y formar parte del material de convicción, fueran analizados por los jueces a través de los siguientes cinco criterios a los fines de acreditar su adecuación científica:

1. Que la técnica utilizada por el perito ha sido probada suficientemente frente a errores.
2. Que la técnica ha sido revisada por otros científicos y, en su caso, ha sido publicada.
3. Que el perito indique el grado de acierto de la técnica.
4. Justificación del mantenimiento de estándares de calidad en el uso de la técnica.
5. Consenso en la comunidad científica sobre la fiabilidad de la técnica.

La pregunta es si el análisis SVA supera dichos criterios. Y en este sentido, la respuesta es altamente comprometida. Dicho análisis está especialmente diseñado para superar el primer criterio, puesto que su propia práctica está configurada teniendo en cuenta que en sí misma es un método de generación y falsación de hipótesis, habiendo recogido una cantidad bastante grande de datos sobre los que trabajar⁸⁵. También supera sin problemas el segundo, puesto que ha sido ampliamente revisada por pares científicos, y muchos de ellos la han validado. También podría controlarse *a posteriori* el cumplimiento del cuarto criterio, teniendo en cuenta que la grabación de la entrevista y los materiales utilizados podrán ser revisados por completo, incluyendo la competencia del psicólogo⁸⁶, exigiendo ya la técnica de entrada, como vimos, unos parámetros de calidad.

Sin embargo, en donde falla la técnica es el tercer y en el quinto criterio. En ningún momento se habla de porcentajes de acierto, que son de por sí imposibles de obtener en cada caso concreto, por lo que probablemente este criterio debería ser dejado de lado, como ocurre con otras técnicas, particularmente las que provienen de la psiquiatría⁸⁷. Y ello no es motivo para dejar de realizar el examen, dado que está ayudando realmente a jueces y tribunales a realizar su labor sin poner en riesgo al menor.

Pero justamente esa falta de determinación del grado de acierto⁸⁸, debida a la carencia de resultados empíricos consistentes en la doctrina⁸⁹, es el que hace que la comunidad científica muestre sus recelos sobre el SVA en una medida demasiado elevada quizás. Sin duda, si pudiera avanzarse en el tercer criterio, la comunidad científica se alejaría de esas dudas, pero de momento no es así. Y ello debe ser tenido inevitablemente en cuenta a efectos procesales.

⁸⁵Köhnken / Manzanero / Scott, "Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones", cit. p. 14.

⁸⁶Ese parece ser un problema recurrente. Vid. Bull, R. "The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice", cit. p. 7. Stalker, K. / McArthur, K., "Child Abuse, Child Protection and Disabled Children: A review of recent research", *Child Abuse Review* Vol. 21, 2012, p. 34.

⁸⁷American Psychiatric Association, *Manual diagnóstico estadístico de los trastornos mentales, DSM-5*, Madrid 2014.

⁸⁸Es demoledor el análisis de Cooper, Penny, et al. "One Step Forward and Two Steps Back? The '20 Principles' for Questioning Vulnerable Witnesses and the Lack of an Evidence-Based Approach." *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 22, no. 4, October 2018, p. 396-397. De 20 principios para evaluar a personas vulnerables, sólo dos están respaldados por evidencia científica.

⁸⁹Benedan, L. / Powell, M. B. / Zajac, R. / Lum, J.A.G. / Snow, P., "Suggestibility in neglected children: The influence of intelligence, language, and social skills, cit. p. 52. Brewer, N. / Keast, A. / Sauer, J.D., "Children's eyewitness identification performance: Effects of a Not Sure response option and accuracy motivation", *Legal and Criminological Psychology*, 2010, 15, p. 261. Bull, R. "The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice", *Legal and Criminological Psychology* 2010, 15, p. 14.

6. Conclusión: un medio de prueba demasiado controvertible

Todo ello conduce a un final un tanto decepcionante, al menos en apariencia. Si ya partíamos de la base de que los interrogatorios debían ser ciertamente arrinconados en los procesos en beneficio de pruebas periciales, nos encontramos con un método que sin duda constituye una prueba pericial, pero que aún siendo mucho mejor que el interrogatorio del menor a cargo de un jurista, no deja de ser un medio de prueba con una fiabilidad demasiado escasa a los efectos, por ejemplo, de obtener una declaración de culpabilidad. Tampoco habría de ser suficiente para sustentar una excusación, pero en este segundo sentido, al menos la vigencia de la presunción de inocencia lo pone bastante más sencillo.

Sin embargo, para condenar, aun sin entrar en la lógica de los estándares de prueba, son precisos más elementos de juicio que la palabra del menor, incluso proviniendo del SVA. A partir de ahí, el estudio de la personalidad del acusado, así como de los daños físicos y psicológicos que haya podido padecer el menor, podrán ser de ayuda, incluso sin descartar que el SVA aporte datos interesantes que podrían abrir otros caminos probatorios, como la comprobación de los entornos donde se produjo el delito, o bien incluso la existencia de otras denuncias sobre hechos parecidos sobre ese reo. Pese a lo peligrosa que resulta esta consideración de la supuesta multireincidencia desde el punto de vista de la presunción de inocencia, al menos es un dato más que puede acabar conformando la convicción judicial de un modo razonable.

Dicho lo cual, parece obvio que se trata de un medio de prueba difícilmente evitable si ha existido una denuncia de un delito cometido sobre el menor. Pero que cuando no sea imprescindible por ser particularmente evidente la agresión por la existencia de un parte médico convincente⁹⁰, vídeos, fotografías o grabaciones, por ejemplo, junto con un dictamen pericial médico que confirme los daños padecidos por el menor, parece que no será necesario someterle a una entrevista cognitiva, por enriquecedora que se piense que puede resultar, puesto que es posible que con ello estemos cayendo en el mismo prejuicio de la importancia de la *cross examination*, aunque reconvertida ahora en una idea falsa acerca de que esta prueba sea insustituible. Al contrario, si tenemos otros elementos de convicción que aportan información suficiente para afirmar que los hechos han ocurrido, no debe molestarse al menor sometiéndole a un examen que jamás olvidará. Carece de sentido. Insisto, si por ejemplo un agresor sexual grabó en vídeo sus fechorías con el menor y dicho vídeo se localiza, ¿qué sentido tiene que el menor reviva la experiencia? Si existe, por ejemplo, una grabación en la que el agresor reconoce los hechos y hasta se extiende en sus detalles constando en la causa suficientes vestigios, ¿por qué tenemos que preguntarle al menor sobre los mismos, incluso si ya es mayor de edad?

Fuera de esos casos de particular evidencia, más frecuentes actualmente de lo que parece por la gran presencia de tecnología en nuestras vidas cotidianas⁹¹, la entrevista cognitiva no podrá ser evitada, a riesgo de dejar a la defensa sin material probatorio para realizar su labor, cuestionando

⁹⁰Lo que no siempre es fácil. Vid. Barnes, P., “Child Abuse - Nonaccidental Injury (NAI) and Abusive Head Trauma (AHT) - Medical Imaging: Issues and Controversies in the Era of Evidence-Based Medicine.” *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, no. 3, Spring 2017, pp. 679 y ss. Ta Yo Yu, D. / Ngo, T.L. / Goldstein, M., “Child Abuse—A Review of Inflicted Intraoral, Esophageal, and Abdominal Visceral Injuries”, *Clinical Pediatric Emergency Medicine*, Vol. 17, n. 4, pp. 284 y ss.

⁹¹Vid. ampliamente Merkel, L., *Derechos humanos e investigaciones policiales: Una tensión constante*, Madrid 2022, pp. 251 y ss.

por ejemplo la regularidad y verosimilitud del examen pericial fruto de la entrevista cognitiva. Pero a día de hoy debería ya abandonarse por completo la posibilidad de que los juristas interroguen a los menores. La entrevista cognitiva sólo deberá ser celebrada cuando no quede otro remedio. Y esa será la única oportunidad de examen del menor. Habrá que tener buen cuidado en practicarla correctamente desde un principio, puesto que de lo contrario es posible que las pruebas en el proceso sean inexistentes, con las inevitables consecuencias que se derivan en ese caso.

7. Bibliografía

ACKER, T., „Mehr Opferschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren?”, NK 33, 4/2021, pp. 489 y ss.

American Psychiatric Association, *Manual diagnóstico estadístico de los trastornos mentales, DSM-5*, Madrid 2014.

ANSANELLI, V., *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano 2011.

Anzenberger P., *Vernehmung von Verbrechensopfern und Minderjährigen im Zivilverfahren nach §§ 289a und 289b ZPO*, ÖJZ 2017, p. 256.

ARTKÄMPER, H. / FLOREN, T. / SCHILLING, K., *Vernehmungen. Taktik, Psychologie, Recht*, Hilden 2021.

AULETTA, F., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002.

BALL, E. / BALL, J. / LA ROOY, D., “The National Institute of Child Health and Human Development (NICHD) Protocol. Interview Guide”, Royal Holloway University London 9-8-2017. <http://nichdprotocol.com/wp-content/uploads/2017/09/InteractiveNICHDProtocol.pdf>.

BARNES, P., “Child Abuse - Nonaccidental Injury (NAI) and Abusive Head Trauma (AHT) - Medical Imaging: Issues and Controversies in the Era of Evidence-Based Medicine.” *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, no. 3, Spring 2017, pp. 679 y ss.

BEHRMANN E.A. (ED.), *Psychosoziale Prozessbegleitung*, Opladen ; Berlin y Toronto 2022.

BENDER, R. / NACK, A. / TREUER, W-D., *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, München 2007.

BENEDAN, L. / POWELL, M. B. / ZAJAC, R. / LUM, J.A.G. / SNOW, P., “Suggestibility in neglected children: The influence of intelligence, language, and social skills, Elsevier, *Child Abuse & Neglect*, 79, 2018, p. 51.

BENTHAM, J., *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1823.

BREWER, N. / KEAST, A. / SAUER, J.D., “Children’s eyewitness identification performance: Effects of a Not Sure response option and accuracy motivation”, *Legal and Criminological Psychology*, 2010, 15, p. 261.

BUENO OCHOA, L., “El protocolo SVA como sistema de análisis de validez de las declaraciones en contextos forenses”, en Fuertes-Planas (ed.), *Concepciones sistemáticas y visiones literarias del Decho. Principios del Derecho VI*, Madrid 2020, pp. 441 y ss.

BULL, R. "The investigative interviewing of children and other vulnerable witnesses: Psychological research and working/professional practice", *Legal and Criminological Psychology* 2010, 15, p. 6 y 9.

CETS N. 201, Lanzarote 25-10-2007. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty whole=201>

CHAAYA, M., "Children's Evidence in Sexual Abuse Cases: The Need for Radical Reappraisal", *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 9, no. 3, March 1998, p. 265.

CONTRERAS ROJAS, C., *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Madrid 2015.

COOPER, PENNY, ET AL., "One Step Forward and Two Steps Back? The '20 Principles' for Questioning Vulnerable Witnesses and the Lack of an Evidence-Based Approach." *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 22, no. 4, October 2018, p. 396-397.

DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid 1856.

DE VOCHT, D., ET AL., "Procedural Safeguards for Juvenile Suspects in Interrogations. A Look at the Commission's Proposal in Light of an eu Comparative Study", *New Journal of European Criminal Law*, 5, 2014, pp. 480 y ss.

DEGLI UBALDI, BALDO, *Practica Baldi*, Perugia 1521.

DIGES, M., *Los falsos recuerdos*, Barcelona 1997.

DONDI, A., "Paradigmi processuali ed 'expert witness testimony' nel diritto statunitense", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, pp. 261 y ss.

ECOSOC Resolution 2005/20, 22-7-2005, Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime.

EKMAN, P., *Cómo detectar mentiras*, Madrid 2012.

EKMAN, P., *El rostro de las emociones*, Barcelona 2004.

FAIGMAN, D. L., "The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Managing Scientific Evidence in the Age of Science", *Legal Studies Research Paper Series*, n. 19, 46 UC Davis Law Review 2013, p. 104.

FORDE, L., "The role of the courts in protecting children's rights in the context of police questioning in Ireland and New Zealand", *The Howard Journal of Crime and Justice*, 2022, 61, pp. 240 y ss.

FOURNIER, L. R., "The Daubert Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control", *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 5, 2016, p. 308.

GARRIE, D.L B., "Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 12, 2014, 2, p. 122.

George, R. / Ferguson, S. *Review into de Criminal Justice System response to adult rape and serious sexual offences across England and Wales*, Research Report, HM Government, junio 2021, pp. 71-72.

GLYNN CRANE, M., "Childhood Trauma's Lurking Presence in the Juvenile Interrogation Room and the Need for a Trauma-Informed Voluntariness Test for Juvenile Confessions", *South Dakota Law Review*, vol. 62, n. 3, 2017, p. 626.

GODOY-CERVERA, V. / HIGUERA, L., "El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio", *Papeles del Psicólogo*, 2005, vol. 26, p. 97.

GUDJONSON, G. / VAGNI, M. / MAIORANO, T. / GIOSTRA, V. / PAJARDI, D., "Trauma symptoms of sexual abuse reduce resilience in children to give 'no' replies to misleading questions", *Personality and Individual Differences*, 168, 2021, p. 1 y ss.

GUERRINI, F., "Über Sexualität sprechen, über Gewalt schweigen. Zur Dethematisierung sexueller Gewalt in jugendamtsinternen Sittlichkeitsdiskursen (1945-1960)", *Jahrbuch erziehungswissenschaftliche Geschlechterforschung. Generation und Sexualität*, 16/20, pp. 51 y ss.

COUNCIL OF EUROPE, Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, 17-11-2010.

JUDSON, K., "Bias, Subjectivity, and Wrongful Convictions.", *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n. 3, Spring 2017, p. 784. LEO, R.A., "Police Interrogation, False Confessions, and Alleged Child Abuse Cases.", *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n. 3, Spring 2017, p. 710.

JULIÀ PIJOAN, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interpretación desorientada*, Madrid 2020, pp. 111 y ss

KAHNEMAN, D. / SLOVIC, P. / TVERSKY, A. (ED.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge 1982, p. 16.

KÖHNKEN, G. / MANZANERO, A.L. / SCOTT, M. T., "Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones", *Anuario de Psicología Jurídica*, 2015, pp. 13 y ss.

LA ROOY, D., BRUBACHER, S. P., AROMÄKI-STRATOS, A., CYR, M., HERSHKOWITZ, I., KORKMAN, J., MYKLEBUST, T., NAKA, M., PEIXOTO, C. E., ROBERTS' K. P., STEWART H., & LAMB M. E., "The NICHD Protocol: A review of an internationally-used evidence-based tool for training child forensic interviewers", *Journal of Criminological Research, Policy and Practice*, 2, 2015, pp. 76 y ss.

LAMB, M.E. / ORBACH, Y. / HERSHKOWITZ / ESPLIN, P. W. / HOROWITZ, D., „Structured forensic interview protocols improve the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol”, *Child Abuse Negl.* 2007, 31(11-12), p. 1202.

LAMB, M.E., BROWN, D.A., ORBACH, I.H.Y., ESPLIN, P.W., *Tell Me What Happened: Questioning Children About Abuse*, Hoboken 2018.

LEO, R.A., "Police Interrogation, False Confessions, and Alleged Child Abuse Cases.", *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 50, n. 3, Spring 2017, p. 713.

LOFTUS, E. *Eyewitness testimony*, Cambridge 1996.

MANZANERO, A., *Memoria de testigos*, Madrid 2010.

MARINOVIC, D. ET AL., "Obtaining the Child Testimony in the Criminal Proceedings", *Coll. Antropol.* 34 (2010) Suppl. 2, p. 253.

MARTIRE, K.A. / KEMP, R.I., "Can experts help jurors to evaluate eyewitness evidence? A review of eyewitness expert effects", *Legal and Criminological Psychology*, 2011, 16, p. 24 y ss.

MAZZONI, G. *Psicología della testimonianza*, Roma 2015.

MC EWAN, J., "The testimony of vulnerable victims and witnesses in criminal proceedings in the European Union", *ERA Forum* 2009, 10, p. 379.

MERKEL, L., *Derechos humanos e investigaciones policiales: Una tensión constante*, Madrid 2022, pp. 251 y ss.

MONTANARI VERGALLO, G. / MARINELLI, E. / MASTRONARDI, V. / DI LUCA, N.M. / ZAAMI, S., "The credibility of testimony from minors allegedly victims of abuse within the Italian legislative framework", *International Journal of Law and Psychiatry* 56, 2018, p. 61.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL (Committee to Review the Scientific Evidence on the Polygraph), *The polygraph and lie detection*, 2003, pp. 212 y ss.

NIEVA FENOLL, J., "La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)", *Ius et Praxis*, vol. 26, n. 3, dic. 2020.

NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Madrid 2010.

NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Heidelberg 2012.

OSSMER, C., "Normal Development: The Photographic Dome and the Children of the Yale Psycho-Clinic", *Isis*, vol. 111, n. 3, sept. 2020, pp. 516 y ss.

OTGAAR, H. / DE RUITER, C. / SUMAMPOUW, N. / ERENS, B. / MURIS, P., "Protecting Against Misinformation: Examining the Effect of Empirically-Based Investigative Interviewing on Misinformation Reporting", *Journal of Police and Criminal Psychology*, July 2020, pp. 1 y ss.

PATETTA, F. *Le ordalie*, Torino 1890.

PETZOLDT, V. "Ermittlungsarbeit mit lriminalitätstraumatisierten Personen", *Siak-Journal*, 2/2021, pp. 44-45.

PIRES DE SOUZA, L. F., *Prova testemunhal*, Coimbra 2020, pp. 55 y ss.

RADIĆ, I., "Right of the child to information according to the Directive 2016/800/EU on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings", *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 2, 2018, pp. 468 y ss.

RAP, S.E. / ZLOTNIK, D., "The Right to Legal and Other Appropriate Assistance for Child Suspects and Accused", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 26, 2018, pp. 110 y ss.

ROMA, P. / SABATELLO, U. / VERRASTRO, G. / FERRACUTI, S., "Comparison between Gudjonsson Suggestibility Scale 2 (GSS2) and Bonn Test of Statement Suggestibility (BTSS) in measuring children's interrogative suggestibility", *Personality and Individual Differences* 51, 2011, p. 488.

RUIZ TEJEDOR, M.P., "Valoración de la credibilidad del testimonio en menores abusados sexualmente", *Boletín Galego de Medicina Legal e Forense*, n. 11, abril 2003, p. 88.

SOMMERFELD, M., „Die EU-Richtlinie über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder (= Personen im Alter von unter 18 Jahren), die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, und ihre Umsetzung ins deutsche Jugendstrafverfahrensrecht”, *ZJJ* 4/2018, pp. 296 y ss.

STALKER, K. / MCARTHUR, K., “Child Abuse, Child Protection and Disabled Children: A review of recent research”, *Child Abuse Review* Vol. 21, 2012, p. 34.

STELLER, M. / KÖHNKEN, G., „Análisis de declaraciones basados en criterios”, en Raskin (ed.), *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*, pp. 217 y ss, Bilbao 1994.

TA YO YU, D. / NGO, T.L. / GOLDSTEIN, M., “Child Abuse—A Review of Inflicted Intraoral, Esophageal, and Abdominal Visceral Injuries”, *Clinical Pediatric Emergency Medicine*, Vol. 17, n. 4, pp. 284 y ss.

Taruffo, M., “La prova scientifica. Cenni generali”, 47 *Ragion pratica* 2016, p. 335 y ss.

UNDEUTSCH, “The development of statement reality analysis”, en Yuille (ed.), *Credibility Assessment*, Dordrecht 1988, pp. 101 y ss.

VÁZQUEZ, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid 2015, p. 125.

MONTANARI VERGALLO, G. / MARINELLI, E. / MASTRONARDI, V. / DI LUCA, N.M. / ZAAMI, S., “The credibility of testimony from minors allegedly victims of abuse within the Italian legislative framework”, cit. p. 59.

WIGMORE, J. H., *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II, Boston 1904.

La disclosure: aspectos a aprender en España de la experiencia inglesa

Xènia Fuguet Carles
Universitat Rovira i Virgili

Sumario

El acceso a las fuentes de prueba se encuentra regulado en los artículos 283 bis a) a k) de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), para los procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia. Desde su entrada en vigor, la doctrina y la práctica judicial han aflorado algunas cuestiones procesales surgidas en la regulación y aplicación privada del derecho de la competencia.

El presente trabajo tiene dos objetivos: el primero, analizar las normas de la disclosure de las Civil Procedure Rules (CPR) de Inglaterra y Gales y, el segundo, reflexionar sobre cómo esta regulación podría mejorar nuestra LEC.

Abstract

Access to sources of evidence is regulated in articles 283 bis a) to k) of the Spanish Civil Procedure Law, for procedures to claim damages for infringement of competition law. Since they came into force, the doctrine and judicial practice have brought to light some procedural issues that have arisen in the regulation and private application procedures of competition law.

This research paper has two objectives: the first, to analyse the rules of civil procedure regarding disclosure (CPR), applicable in England and Wales and, the second, to reflect on how this regulation could improve our LEC.

Title: Disclosure: aspects to learn in Spain from the English experience

Palabras clave: información, divulgación, inspección, documento, prueba, acceso a las fuentes de prueba

Keywords: information, disclosure, inspection, document, evidence, access to evidence sources

DOI: 10.31009/InDret.2023.i1.11

1.2023

Recepción

18/10/2022

Aceptación

12/12/2022

1. Introducción

1.1. Problemas procesales del acceso a las fuentes de prueba

a. La prueba de la existencia del daño

b. La prueba de la cuantificación del daño

1.2. Ámbito normativo de estudio de la disclosure

2. Qué es la disclosure

2.1. Documento

2.2. Divulgación

a. Tipos de divulgación

b. Deber de búsqueda. La búsqueda razonable de documentos electrónicos.

c. Cómo divulgar

d. Límites de la divulgación

e. Órdenes de divulgación contra una persona que no es parte del procedimiento

2.3. Inspección y sus límites

3. Finalidad

4. Procedimiento

4.1. Pre-action conduct

4.2. Pre-action disclosure

4.3. Disclosure en el seno de un procedimiento judicial

a. Informe con declaración de veracidad

b. Propuesta conjunta de las partes

c. Resolución judicial

5. Especialidades de la disclosure

5.1. En el derecho de la competencia

a. Solicitud y notificación

b. Contenido de la solicitud

c. Audiencia

d. Resolución

5.2. En los tribunales de comercio y propiedad

a. Deberes en relación con la divulgación

b. Divulgación inicial

c. Divulgación ampliada. Documento de revisión de la divulgación.

6. Conclusiones

7. Bibliografía

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

1. Introducción*

El acceso a las fuentes de prueba antes del proceso (al margen de la prueba anticipada, arts. 293-296 LEC) es de reciente creación en España y con un ámbito de aplicación limitado: se permite desde 2017 y sólo para un determinado ámbito del derecho de la competencia y el secreto empresarial¹.

Sin embargo, reciente doctrina científica ha planteado la posibilidad de ampliar y adaptar su ámbito de aplicación a los procedimientos en que se ejerciten acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores², a fin de regular la exhibición de pruebas prevista en la Directiva (UE) 2020/1828³, la cual debería haber sido traspuesta a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro en diciembre de 2022 o a lo más tardar dentro de los siguientes 6 meses.

Con este telón de fondo, el presente trabajo de investigación tiene como principal finalidad detectar qué problemas se están planteando en la práctica y ver cómo podrían resolverse desde la perspectiva de la *disclosure* o divulgación e inspección de documentos de las CPR aplicables en Inglaterra y Gales⁴, cuya última reforma ha entrado en vigor el 1 de octubre de 2022, incorporando una *Practice Direction* específica para la divulgación de documentos en los tribunales de comercio y propiedad.

* Autora de contacto: Xènia Fuguet Carles (xenia.fuguet@urv.cat). Este estudio ha sido realizado durante mi estancia de investigación en la *University of Oxford* (abril-julio 2022), con todo mi agradecimiento a los profesores Adrian Zuckerman y Andrew Higgins. Este estudio se enmarca en el Proyecto I+D+i del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación del período 2021-2025 «Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio» (PID2020-115304GB-C21), cuyo investigador principal es Joan Picó i Junoy, del cual soy miembro del equipo de trabajo. Así mismo, se enmarca en el Grupo de Investigación Consolidado *Evidence Law* (2017 SGR 1205), financiado por la *Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca de la Generalitat de Catalunya* (AGAUR), cuyo investigador principal es el profesor Joan Picó i Junoy y del cual soy miembro del equipo de investigación.

¹ Véanse el art. 71 de la Ley de Defensa de la Competencia (BOE-A-2007-12946) y el art. 18 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (BOE-A-2019-2364), fruto de la transposición de las Directivas (UE), respectivamente, 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas que regulan las acciones por daños y perjuicios en virtud del Derecho nacional por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DOUE-L-2014-83627); y 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DOUE-L-2016-81073).

² CASTRILLO SANTAMARÍA, «La ‘exhibición de pruebas’ del artículo 18 de la Directiva (UE) 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», en ROMERO PRADAS (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 785-800.

³ Véase el art. 18 Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (DOUE-L-2020-81785).

⁴ *Civil Procedure Rules* 1998 (SI 1998/3132) (CPR). Las CPR disponen las normas de procedimiento civil, cuyo objetivo primordial es permitir que los tribunales conozcan de los litigios con justicia y con unos costes proporcionados. Tramitar un caso de forma justa y proporcionada implica, entre otros aspectos: a) garantizar que las partes estén en igualdad de armas y puedan participar plenamente en los procedimientos; b) aplicar una política de ahorro en el gasto; c) tener en cuenta la cuantía del procedimiento, la importancia del caso y su complejidad, la situación financiera de las partes, y d) hacer cumplir las normas, instrucciones y resoluciones judiciales.

A tal fin, examinaremos primero los principales problemas procesales detectados en el ordenamiento jurídico español en cuanto a la regulación y aplicación práctica del acceso a las fuentes de prueba, con las interpretaciones dadas por el TJUE en sus recientes sentencias de 22 de junio de 2022⁵ y 10 de noviembre de 2022⁶ para, en segundo lugar, estudiar la normativa inglesa y, en concreto, la institución de la *disclosure*⁷.

1.1. Problemas procesales del acceso a las fuentes de prueba

El art. 283 bis LEC es un instrumento procesal previsto legalmente para facilitar la prueba de la práctica anticompetitiva, del daño causado y de su cuantificación, a través del acceso a fuentes de prueba, y pretende eliminar o reducir la asimetría de información entre las partes del procedimiento de reclamación de daños por prácticas *antitrust*, garantizando sobre todo al perjudicado el derecho a obtener la exhibición de fuentes de prueba relevantes para fundar sus pretensiones, cuando éstas se hallen en poder de la parte contraria o de un tercero, para después poder aportarlas al procedimiento como medios probatorios

Este artículo surge de la necesidad de proteger a los consumidores y empresas perjudicados por infracciones del derecho de la competencia quienes, ante las múltiples dificultades que presentaba el proceso de reclamación de esos daños, decaían en su intento de accionar ante los tribunales⁸. Y este escenario no se daba sólo en España, sino que era una situación generalizada a nivel europeo⁹.

Así, los principales problemas detectados se basaban en la necesidad de lograr normativas nacionales equitativas dentro de la UE, de que los Estados miembros de la UE se proveyeran de normativas específicas en esta materia, de prevenir la asimetría de información entre las partes, de eliminar o reducir las dificultades en la cuantificación del perjuicio y de potenciar la colaboración entre las autoridades de la competencia y los tribunales de justicia.

⁵ ECLI: EU:C:2022:494.

⁶ ECLI: EU:C:2022:863.

⁷ Al tratarse de disposiciones en lengua inglesa, se ha procurado ser lo más fiel posible a su redactado original para no tergiversar su contenido y significado.

⁸ MARCOS FERNÁNDEZ, «La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles», en *ICE-Información Comercial Española*, núm. 876, enero-febrero 2014, pp. 91 ss. contabilizó solamente 323 casos de aplicación privada del derecho de la competencia en los 49 años que durrieron entre la aprobación de la L 110/63 hasta mediados de 2012.

⁹ A nivel europeo se sintió la necesidad de que los Estados miembros se dotaran de una normativa específica que regulara y facilitara este tipo de cuestiones litigiosas. Estaba claro que, a través de los cauces procesales existentes hasta el momento, no se lograba una tutela judicial efectiva de los perjudicados, cuando ejercían acciones de reclamación en la aplicación privada del derecho de la competencia. En este sentido se había pronunciado el TJUE, por todas, STJUE de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, C-453/99, Rec. 2001, pág. I-06297 (apartados 24-26 ss.) y STJUE de 13 de julio de 2006, *Manfredi*, C-295/04 a C-298/04, Rec. 2006, pág. I06619 (apartados 39, 58-64 y 95). Ello culminó con la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. DOUE núm. 349, de 5 de diciembre de 2014 [DOUE-L-2014-83627].

La regulación de las acciones de daños por infracción del derecho de la competencia¹⁰ se propone hacer frente a todas estas carencias, sin embargo, muchos son los problemas que plantea. Así, a modo de ejemplo, a nivel doctrinal surgen dudas o cuestiones sobre la determinación de la competencia territorial; sobre el efecto vinculante de las decisiones de las autoridades de la competencia y la relación de éstas con los órganos jurisdiccionales; sobre la posible extensión de legitimación pasiva a la filial de la matriz sancionada por una autoridad de la competencia; sobre el resarcimiento de daños y la posible repercusión del sobrecoste que haya podido trasladar el reclamante a otros eslabones de la cadena de suministro o a sus clientes, o sobre la cuantificación del daño.

Y, concretamente en relación con el art. 283 bis LEC, la problemática puesta de manifiesto gira en torno a los concretos medios o fuentes de prueba que cabe solicitar; sobre la asunción del coste de la exhibición de las fuentes de prueba, a cargo del solicitante; sobre las *“fishing expeditions”* o búsquedas indiscriminadas de información; sobre el plazo legal de 20 días establecido para presentar la demanda después de haber tenido acceso a los medios de prueba; sobre la protección de la información reservada y el incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad; sobre qué debe considerarse un incumplimiento grave y no grave de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba; sobre la posible responsabilidad de terceros no previstos en la ley, ante estos incumplimientos de confidencialidad; sobre las garantías que merece el tercero no parte del proceso cuando es requerido de aportar algún medio de prueba; o, también, sobre las costas del incidente de acceso a fuentes de prueba y su cuantificación¹¹.

Pero los problemas no se han planteado sólo a nivel doctrinal, sino también en la práctica judicial española.

¹⁰ Véase el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017 [BOE-A-2017-5855]), que reforma la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Enjuiciamiento Civil siguiendo los principios imperativos impuestos por la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DOUE núm. 349, de 5 de diciembre de 2014 [DOUE-L-2014-83627]).

¹¹ Sobre el acceso a las fuentes de prueba puede consultarse, por ejemplo: CABALLOL ANGELATS, *Resarcimiento de daños por infracción de las normas concurrenceales en el Real Decreto-Ley 9/2017 de transposición de la Directiva 2014/101/UE*, 2020; CASTRILLO SANTAMARÍA, «Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia», en IZQUIERDO BLANCO/PICÓ I JUNOY/ADÁN DOMÈNECH (dirs.), *Todas las preguntas y respuestas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 666 ss.; GASCÓN INCHAUSTI, «Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2017), Vol. 9, N° 1; GÓMEZ TRINIDAD, *Guía de buenas prácticas en el ejercicio de acciones judiciales de daños por infracciones de Derecho de la competencia*, 2021; GONZÁLEZ GRANDA/ARIZA COLMENAREJO, *Justicia y proceso. Una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, 2021; HERRERA PETRUS, «La medida de acceso a fuentes de prueba en la nueva acción de reclamación de daños por ilícitos antitrust», en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 38, 2017-2018; PELLICER ORTIZ, «El problema de la prueba sobre la existencia y la valoración del daño en los procedimientos de reclamación de daños en el ámbito de la defensa de la competencia», en *La Ley Probática*, núm. 6, 2021; RUIZ PERIS, *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la directiva 2014/104/UE. Directiva y propuesta de transposición*, 2016; TORRE SUSTAETA, *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la Competencia: La Tutela procesal del Derecho de la Competencia en el plano nacional español*, 2016; y TUDOR, *Acciones de indemnización por ilícitos competitivos y cuantificación de daños*, tesis leída en la Universidad de Valladolid, 2016.

Para determinar los problemas procesales surgidos a raíz de la aplicación privada del derecho de la competencia, hemos examinado algunos procedimientos judiciales incoados como consecuencia de la sanción de la Comisión Europea¹² a los fabricantes de camiones, que participaron en el cártel para la coordinación de precios en el Espacio Económico Europeo, entre 1997 y 2011, y para pactar el calendario y la repercusión de los costes de una normativa más exigente en materia de emisiones (Euro 3 a Euro 6).

Estos procedimientos judiciales empezaron a tramitarse en los Juzgados de lo Mercantil españoles, a partir de 2016, a raíz de las demandas interpuestas por los perjudicados en el cártel de los fabricantes de camiones, ejercitando la acción de reclamación de daños y perjuicios por la adquisición de los camiones objeto de la Decisión de la Comisión Europea¹³.

De todas las cuestiones procesales planteadas en estos procedimientos, nos centraremos en la prueba de la existencia del daño y la prueba de su cuantificación, porque son los dos aspectos procesales que se ven facilitados por el acceso a las fuentes de prueba del art. 283 bis LEC. Pasémoslo seguidamente a examinar.

a. La prueba de la existencia del daño

En cuanto a la prueba de la existencia del daño, la solución común que ha venido aplicándose en las acciones *follow on*, es decir, en aquellas interpuestas ante los órganos jurisdiccionales una vez la autoridad de la competencia ya se ha pronunciado sobre la conducta anticompetitiva, es entender que del propio tenor literal de la decisión administrativa resulta la existencia de efectos en el mercado de camiones, con el alcance que describe la decisión sancionadora¹⁴.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la SAP de Oviedo, Secc. 1^a, de 7 de octubre de 2021¹⁵, que en su fundamento de derecho segundo, recoge la doctrina jurisprudencial y comunitaria específica en el ámbito del derecho de la competencia sobre la presunción de la causación del daño a consecuencia de la conducta colusiva de los carteles, porque considera que la presunción está en la naturaleza de las cosas y no precisa de una regulación positiva.

No obstante, la reciente sentencia del TJUE, de 22 de junio de 2022¹⁶, ha determinado el ámbito de aplicación temporal de las normas que regulan la presunción *iuris tantum* relativa a que todo cártel causa un daño en el mercado afectado. Y ha establecido que, al considerar tal regla

¹² Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del art. 101 TFUE y del art. 53 del Acuerdo EEE (asunto AT. 39824 – Camiones), notificada con el número C (2016) 4673, DOUE núm. C 108/6, de 06.04.17, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017XC0406%2801%29> (fecha última consulta: 02.01.23). Y Decisión de la Comisión Europea de 27 de septiembre de 2017, notificada con el número C (2017) 6467, DOUE C 216/9, de 30.06.20, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020AT39824%2803%29> (fecha última consulta: 02.01.23).

¹³ PELLICER ORTIZ, *La Ley Probática*, núm. 6, 2021, pp. 6 ss.

¹⁴ Véase PELLICER ORTIZ, *La Ley Probática*, núm. 6, 2021, p. 3.

¹⁵ ECLI:ES:AP0:2021:2713. Y en la misma línea la SAP de Valladolid, Secc. 3^a, de 12 de marzo de 2021 (ECLI:ES:APVA:2021:22); o el AAP de Lleida, Secc. 2^a, de 28 de abril de 2020 (ECLI:ES:APL:2020:49A).

¹⁶ STJUE, Sala Primera, de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, Volvo y DAF Trucks vs RM, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por la Audiencia Provincial de León, mediante auto de 12 de junio de 2020.

sustantiva, está prohibida su aplicación retroactiva, por lo tanto, no puede aplicarse a una acción por daños referida a una infracción del derecho de la competencia que finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de la Directiva al derecho español.

Así pues, en estos casos y en los que se ejercite una acción *stand alone*¹⁷, la parte actora tendrá la carga de la prueba, para lo cual deberá tener acceso a documentos de la parte contraria o de terceros, a fin de poder probar el daño causado por el cártel.

Al respecto de estos documentos a los que podrá tener acceso en virtud del art. 283 bis LEC, la también recentísima STJUE de 10 de noviembre de 2022¹⁸ ha establecido que se podrá requerir la exhibición de fuentes de prueba creadas por la parte requerida, mediante la agregación o clasificación de información, conocimientos o datos que estén en su poder, siempre y cuando esas fuentes sean pertinentes, proporcionadas y necesarias, tomando en consideración los intereses legítimos y derechos fundamentales de la persona requerida. Pero este requerimiento no podrá suponer, en ningún caso, el traslado de la carga de la prueba de la parte demandante de demostrar la existencia y el alcance del perjuicio sufrido.

b. La prueba de la cuantificación del daño

La segunda cuestión procesal detectada que queremos destacar es la dificultad de la prueba para cuantificar el daño. De nuevo, la parte actora se verá afectada por la carga de la prueba, complicada en sí misma, por cuanto deberá delimitar el escenario contrafactual¹⁹, esto es, determinar qué hubiera pasado en el mercado de camiones afectado si no hubiera existido el cártel.

De ahí la gran importancia del acceso a las fuentes de prueba, pues la parte actora necesitará información que no está en su poder, a fin de poder elaborar el pertinente informe pericial²⁰.

Sin embargo, para controlar que el acceso no sea indiscriminado y genérico, deberá estar acotado a los hechos objeto de autos y, además, deberá motivarse, debiendo aportar la parte solicitante un principio de prueba justificativa de la solicitud y de la viabilidad de la reclamación que pretende entablar²¹.

¹⁷ Las acciones *stand alone* o independientes son aquellas acciones de daños y perjuicios que se ejercitan sin que las autoridades de la competencia hayan sancionado previamente la conducta anticompetitiva. Sobre su ejercicio en los juzgados mercantiles en materia de derecho privado de la competencia, véase PELLICER ORTIZ, *La Ley Probática*, núm. 6, 2021.

¹⁸ STJUE, Sala Segunda, de 10 de noviembre de 2022, asunto C-163/2021.

¹⁹ Será esencial seguir las pautas de recreación del escenario contrafactual marcadas por la Guía práctica de la Comisión Europea para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 y 102 TFUE, que describe métodos de cuantificación del daño, o por el Estudio passing-on de la Comisión, que resalta la necesidad de contar con datos suficientes para poder aplicar los métodos establecidos por la Guía de la Comisión. El Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia, de 14 de junio de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:48A), en su F.J. 2º, explica estas dos guías.

²⁰ Como destaca el AAP Lleida, Secc. 2ª, de 22 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APL:2020:88A), que a su vez se remite al auto del mismo tribunal de 12 de marzo de 2020, la jurisprudencia menor ha matizado que, si bien se pretende salvar la asimetría de información entre las partes, no se debe «decantar en exceso la balanza a favor del lesionado mediante el acceso a requerimientos que trasciendan de lo razonable para combatirla (la asimetría)».

²¹ Así lo disponen el AAP de Valencia, Secc. 8ª, de 4 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APV:2019:3717A); Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia, de 14 de junio de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:48A); AAP de Vizcaya, Secc.

Así mismo, una vez acordado el acceso, será necesario preservar la confidencialidad de la información aportada, adoptando las medidas pertinentes.

Sobre la cuantificación del daño, PELLICER²² afirma que es una cuestión que reviste extraordinaria dificultad y expone que la situación más frecuente en los juzgados mercantiles españoles es que el juez no dé suficiente validez a la pericial de las partes y proceda a la estimación judicial del daño²³. En relación con este aspecto, la jurisprudencia menor no es uniforme en esa estimación judicial y los porcentajes con que se fija el daño causado por el sobrecoste en el precio de los camiones oscila entre el 5%²⁴ y el 15%²⁵.

La citada STJUE de 22 de junio de 2022, también precisa el ámbito de aplicación temporal de las normas que regulan la cuantificación del perjuicio resultante de infracciones del derecho de la competencia, estableciendo que la estimación judicial de la cuantía del perjuicio, cuando sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo con precisión -sobre la base de las pruebas disponibles-, es una forma de suavizar el nivel de prueba exigido a la parte y puede aplicarse desde su entrada en vigor, aunque los daños a cuantificar se refieran a infracciones anteriores, porque se trata de una norma procesal.

1.2. Ámbito normativo de estudio de la disclosure

Una vez señalados los problemas procesales derivados de la normativa española y, en aras a buscar soluciones a la problemática suscitada, es momento de entrar a analizar la regulación de la *disclosure* en las *Civil Procedural Rules* (CPR), para ver si puede aplicarse en España y si puede ser útil para resolver los problemas detectados.

En cuanto a la normativa inglesa estudiada, en primer lugar, analizaremos la Parte 31 CPR, que regula la divulgación e inspección de documentos, así como las *Practice Directions* 31A, 31B y 31C CPR, que son instrucciones prácticas que complementan las CPR.

La *Practice Direction* 31A CPR, titulada «Divulgación e inspección», desarrolla algunos aspectos generales de las CPR sobre esta materia. El objetivo de la *Practice Direction* 31B, titulada

4^a, de 7 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APBI:2020:263A); y AAP Lleida, Secc. 2^a, de 22 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APL:2020:88A), que a su vez se remite a los autos núm. 165/19 a 169/19 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 7 de junio de 2019, y al Auto 196/19 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño, de 5 de julio de 2019.

Sobre este mismo aspecto procesal, se pronuncia el auto del Juzgado Mercantil de Burgos, de 8 de abril de 2020 (ECLI:ES:JMBU:2020:29A), que en su F.J. 1º responde a la pregunta de qué exige el juicio de viabilidad, remitiéndose a su vez al AAP Valencia, Secc. 9^a, de 4 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APV:2019:3717A).

²² PELLICER ORTIZ, *La Ley Probática*, núm. 6, 2021, p. 3.

²³ La referencia dada es sobre datos hasta 2021 y explica los motivos por los cuales entiende que es tan difícil cuantificar el daño. PELLICER ORTIZ, *La Ley Probática*, núm. 6, 2021, pp. 8-11.

²⁴ Fijando un porcentaje del 5%, se pronuncian las SSAP de Valencia, Secc. 9^a, de 16 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APV:2019:4151); de Pontevedra, Secc. 1^a, de 28 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APPO:2020:471); de Barcelona, Secc. 15^a, de 17 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:2567); de Zaragoza, Secc. 5^a, de 27 de julio de 2020 (ECLI:ES:APZ:2020:2008); y de Zamora, de 16 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APZA:2020:501).

²⁵ En este sentido, la SAP de Oviedo, Secc. 1^a, de 7 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APO:2021:2713) fijó el porcentaje en un 8%; la SAP de Alicante, Secc. 8^a, en su sentencia de 15 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APA:2020:3024) fijó el porcentaje en un 10%; y la SAP de Vizcaya, Secc. 4^a, de 4 de junio de 2020 (ECLI:ES:APBI:2020:265), en un 15%.

«Divulgación de documentos electrónicos»²⁶, es fomentar y ayudar a las partes a llegar a un acuerdo en relación con la divulgación de los documentos electrónicos, bajo los principios de proporcionalidad y rentabilidad. Y la *Practice Direction 31C* CPR, establece las especialidades en materia de divulgación e inspección de documentos relacionados con reclamaciones sobre competencia. Esta última *Practice Direction 31C* se remite a la Parte 23 CPR, con relación a la solicitud de divulgación e inspección de documentos, como una especialidad dentro de la norma general de la Parte 31 CPR.

En segundo lugar, analizaremos las especialidades introducidas por la *Practice Direction 57AD* CPR, aprobada recientemente, el 15 de julio de 2022, y que entró en vigor el 1 de octubre de 2022²⁷, tras casi cuatro años de aplicación de la *Practice Direction 51U* CPR que, dentro de las Disposiciones Transitorias y Planes Piloto, regulaba la divulgación de documentos ante los tribunales de comercio y propiedad, la cual entró en vigor el 1 de enero de 2019 y su vigencia estaba prevista hasta el 31 de diciembre de 2022²⁸.

Y, en tercer lugar, examinaremos las *Pre-action Protocol*²⁹, que son una serie de protocolos que las partes deben seguir con anterioridad al ejercicio de la correspondiente acción ante los tribunales de justicia. Estos protocolos establecen unas pautas de conducta y unos trámites que los tribunales, en general, esperan que las partes cumplan antes de iniciar determinados tipos de procedimientos como los relativos a daños personales, resolución de conflictos clínicos, construcción e ingeniería, difamación, negligencia profesional, revisión judicial, enfermedades y dolencias, deterioro de la vivienda, reclamación de la posesión por arrendadores sociales o por atrasos hipotecarios, dilapidación de inmuebles comerciales, reclamaciones por daños personales de escasa cuantía por accidentes de tráfico o por debajo del límite de escasa cuantía, y reclamaciones por daños personales de escasa cuantía de responsabilidad civil y patronal³⁰.

En relación con lo anterior, estudiaremos la *Practice Direction: Pre-action conduct*, que se aplica a los conflictos en los que no se ha previsto un protocolo previo específico de los nombrados anteriormente y, por lo tanto, sería el que se aplicaría en caso de controversias en el ámbito de la aplicación privada del derecho de la competencia.

El objetivo principal de los protocolos previos es que las partes intercambien suficiente información sobre el conflicto existente³¹ para poder comprender la posición de la otra parte, tomar decisiones sobre cómo proceder, tratar de resolver el conflicto sin necesidad de llegar a un procedimiento judicial, considerar la posibilidad de someterse a un procedimiento de resolución alternativa de conflictos (ADR, según sus siglas en inglés) y para intentar reducir los

²⁶ Esta *Practice Direction* sólo se aplica a los procedimientos que se asignan o pueden asignarse a la vía múltiple, salvo que el tribunal acuerde lo contrario (Parte 3 *Practice Direction 31B* CPR).

²⁷ <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part-57a-business-and-property-courts/practice-direction-57ad-disclosure-in-the-business-and-property-courts#1> (fecha última consulta: 03.01.23).

²⁸ Véase la Parte 1.2 *Practice Direction 51U* CPR.

²⁹ Estos protocolos están aprobados por el *Master of the Rolls* y se adjuntan a las *Civil Procedural Rules*. Véase la Parte 1 *Practice Direction: pre-action conduct*.

³⁰ Compruébese cualquier actualización del listado en la Parte 18 *Practice Direction: pre-action conduct and protocols*.

³¹ En ningún caso las partes deben pretender asegurar una ventaja injusta sobre la otra parte (Parte 4 *Practice Direction: pre-action protocol*).

costes de la resolución de la controversia³². Así pues, a través de las pautas de conducta establecidas, se pretende que las partes identifiquen, reduzcan y, en su caso, resuelvan las cuestiones conflictivas de ámbito jurídico, fáctico y/o pericial³³.

2. Qué es la disclosure

La *disclosure* es la figura procesal que regula la divulgación e inspección de documentos entre las partes³⁴. Este deber de información está vigente durante todo el procedimiento judicial y no cesa hasta que el procedimiento haya concluido. Por ello, si alguna parte tiene conocimiento de la existencia de algún «nuevo» documento en cualquier momento procesal deberá ponerlo en conocimiento de todas las demás partes, elaborando una lista complementaria³⁵. Pero, además, las partes podrán interesar la revelación de información antes del inicio del procedimiento, lo cual estudiaremos en el epígrafe correspondiente al procedimiento³⁶.

Es tal la importancia que se ha dado a la *disclosure*, que las partes no podrán basarse en ningún documento que no hayan divulgado o respecto del cual no hayan permitido la inspección, a menos que el tribunal lo hubiese autorizado³⁷.

Para una mejor comprensión de esta institución, y previamente al análisis del procedimiento de la *disclosure*, veamos a continuación los tres conceptos esenciales de la *disclosure*: documento, divulgación e inspección.

2.1. Documento

Se entiende por documento cualquier elemento en el cual se registre información de cualquier tipo³⁸, lo que incluye los documentos electrónicos³⁹, que hacen referencia a cualquier documento conservado de forma electrónica.

³² Véanse las Partes 44 a 48 CPR en cuanto a la regulación de las costas. Téngase en cuenta que cuando las partes incurran en costes desproporcionados para cumplir con cualquier protocolo previo a la acción, dichos costes no serán recuperables como parte de las costas del procedimiento (Parte 5 *Practice Direction: pre-action protocol*).

³³ Partes 3 y 4 *Pre-action conduct and protocols* CPR.

³⁴ Véase la Parte 31.1 CPR y ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, 2021, pp. 723-730. La disclosure tiene lugar en dos fases, una primera de constatación de si un documento existe o ha existido y la segunda de inspección, que permite el examen de los documentos revelados.

Así mismo, ANDINO LÓPEZ, «Discovery y Disclosure: algunas reflexiones de Derecho Comparado», en *La Ley Probática*, Nº 8, abril-junio 2022, pp. 56-67, expone que, tras la promulgación de las CPR en 1998, se limitó la disclosure a la exhibición de pruebas documentales y, en consecuencia, se excluyó la divulgación de cualquier otro medio de prueba.

³⁵ Véase la Parte 3.3 de la *Practice Direction 31A* CPR y la 31.11 CPR.

³⁶ Parte 31.16 CPR.

³⁷ Véase la Parte 31.21 CPR. A mayor abundamiento, DE PRADA RODRÍGUEZ/ MUÑOZ Rojo, *El proceso civil inglés*, 2014, pp. 115-116.

Por otro lado, CASANOVA MARTÍ, «La *pre-action disclosure* y las diligencias preliminares: un estudio comparado», en *Revista Ius et Praxis*, Año 27, Nº 1, 2021, pp. 153-154, critica la regulación operada por el ordenamiento jurídico inglés, en relación con esa imposibilidad de aportar como prueba en un procedimiento judicial, un documento que no se ha revelado con anterioridad o cuya inspección no se ha permitido, por cuanto entiende que el hacer decaer directamente su valor probatorio, infringe el derecho fundamental a la prueba.

³⁸ Parte 31.4 CPR. Así mismo, ANDINO LÓPEZ, *La Ley Probática*, Nº 8, abril-junio 2022, p. 60, destaca que «esta definición es lo suficientemente amplia como para abarcar la información grabada en dispositivos de audio o informáticos». Y con relación al ámbito de aplicación del deber de *disclosure*, DE PRADA RODRÍGUEZ/MUÑOZ Rojo,

Así pues, incluye el correo electrónico y otras comunicaciones electrónicas -como los mensajes de texto y el buzón de voz-, los documentos con tratamiento de texto y las bases de datos, así como los documentos almacenados en dispositivos portátiles, como lápices de memoria y teléfonos móviles. Además de los documentos a los que se puede acceder fácilmente desde los sistemas informáticos y otros dispositivos y soportes electrónicos, también abarca los documentos almacenados en servidores y sistemas de copia de seguridad y los documentos electrónicos que han sido «eliminados». Asimismo, incluye la información adicional almacenada y asociada a los documentos electrónicos, conocida como metadatos⁴⁰, y otros datos incrustados que no suelen ser visibles en la pantalla o en una impresión⁴¹.

Por otro lado, la copia de un documento es cualquier elemento en el cual se haya copiado, directa o indirectamente y por cualquier medio, la información registrada en el documento original⁴².

Ahora bien, una copia de un documento que contenga una modificación, borrado u otra marca o característica en la que una parte pretenda basarse o que afecte negativamente a las pretensiones de alguna de las partes o beneficie a la parte contraria, debe tratarse como un documento independiente⁴³.

Por último, debemos mencionar qué sucede con las copias electrónicas de los documentos divulgados, pues salvo que el órgano judicial acuerde otra cosa, las copias electrónicas deben proporcionarse en su formato nativo, de manera que se conserven los metadatos relativos a la fecha de creación de cada documento⁴⁴. Si la parte receptora solicitara la divulgación de otros metadatos o de imágenes forenses de los documentos divulgados (por ejemplo, en supuestos de discusión de la autenticidad de un documento), deberá demostrar que la relevancia y la

El proceso civil inglés, 2014, p. 111, quienes reafirman que «incluye exclusivamente documentos y excluye cualquier otro medio probatorio».

³⁹ La *Practice Direction 31A* CPR, Parte 2A.1, y la *Practice Direction 31B* CPR, Parte 5, nos dan una amplia definición de lo que debemos entender por documento electrónico.

⁴⁰ La *Practice Direction 31B* CPR, Parte 5(7), define los metadatos como los datos sobre datos. En el caso de un documento electrónico, los metadatos suelen ser información incrustada sobre el documento que no es fácilmente accesible, una vez que el documento electrónico nativo (o formato nativo, es un documento electrónico almacenado en la forma original en que fue creado por un programa informático) se ha convertido en una imagen electrónica o en un documento en papel. Pueden incluir, la fecha y hora de creación o modificación de un archivo de procesamiento de textos, o el autor y la fecha y hora de envío de un correo electrónico, entre otros datos. Los metadatos pueden ser creados automáticamente por un sistema informático o manualmente por un usuario.

⁴¹ Véase la Parte 2A.1 *Practice Direction 31A* y la Parte 5 *Practice Direction 31B*.

⁴² A mayor concreción, ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, p. 730. También CUNNINGHAM-HILL/ELDER, *Civil Litigation Handbook*, editorial Oxford University Press, 2013; BROWNE/CATLOW, *Civil Litigation*, editorial College of Law Publishing, Guilford, 2014; y SMITH, *Civil Court Service*, editorial Jordan Publishing, Bristol, 2015. Asimismo, CERRATO GURI, «Análisis de la exhibición documental de terceros y la *disclosure against a person not a party* en el proceso civil», *Ius et Praxis*, Año 27, N^o 1, 2021, pp. 8-9, quien destaca que «estamos ante un concepto amplio de documento que no se restringe estrictamente al formato papel ni tampoco a los originales, extendiéndose también a las copias y a cualquier otro soporte donde pueda haber información de cualquier tipo».

⁴³ En este sentido se pronuncia la Parte 31.9 CPR.

⁴⁴ Por el contrario, las partes que utilicen sistemas de gestión de documentos deben asegurarse de que los metadatos u otra información útil relativa a los documentos no se almacenen con ellos [Parte 29 *Practice Direction 31B* CPR].

importancia de los metadatos solicitados justifican el coste y la carga de producir esos metadatos⁴⁵.

2.2. Divulgación

La norma procesal inglesa define la acción de divulgar un documento como el acto de afirmar que el documento existe o existió⁴⁶.

Siguiendo a CERRATO⁴⁷, la doctrina ha precisado que el deber de divulgar los documentos se basa en la premisa de que, en el proceso, deben ponerse «todas las cartas sobre la mesa», para conseguir que la resolución de la controversia sea más justa.

Y, así mismo, ZUCKERMAN⁴⁸, reafirma que, en relación con las Partes 31.2 y 31.23 CPR, la revelación de documentos implica admitir la posesión, es decir, manifestar si existe o ha existido un documento, pero la persona que divulga no hace ninguna declaración sobre la autenticidad del documento o la verdad de cualquier aspecto declarado en él. Por ello, se deberán revelar todos los documentos relevantes, incluso aquellos que la parte afirme que son falsificaciones o que entienda que son falsos.

Sabemos qué implica divulgar, pero ¿qué alcance debe tener la divulgación? La norma establece que el deber de divulgación se limita a los documentos que están o han estado bajo el control de la parte. En este sentido, se entiende que una parte tiene o ha tenido un documento en su poder si está o estaba en su posesión física, o si tiene o ha tenido derecho a la posesión del mismo o a su inspección y reproducción mediante copias⁴⁹. Por ello, tan pronto como se contempla una disputa, los representantes legales de las partes deben comunicar a sus clientes la necesidad de preservar los documentos revelables. Los documentos que deben conservarse incluyen los documentos electrónicos que, de otro modo, se eliminarían de acuerdo con la política de conservación de documentos o que se borrarían en el curso ordinario de los negocios⁵⁰.

Por último, merece hacer una mención especial a la divulgación de los documentos electrónicos. Al considerar su divulgación, las partes y sus representantes legales deben tener en cuenta los siguientes principios generales: primero, los documentos electrónicos deben gestionarse de forma eficiente para minimizar los costes; segundo, la tecnología debe utilizarse para garantizar que las actividades de gestión de documentos se lleven a cabo de forma eficiente y eficaz; tercero, la divulgación debe hacerse de manera que se cumpla el objetivo primordial del procedimiento; cuarto, los documentos electrónicos deben estar disponibles para su inspección en una forma que permita, a la parte que recibe los documentos, la misma

⁴⁵ A mayor abundamiento, Partes 33 y 28 *Practice Direction* 31B CPR.

⁴⁶ Véase la Parte 31.2 CPR.

⁴⁷ CERRATO GURI, *Ius et Praxis*, Año 27, Nº 1, 2021, p. 8.

Sobre ello, véase también, HOLLANDER, «Disclosure: Should We Have Stayed with the RSC? », en HIGGINS (dir.), *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford University Press, 2020, p. 158.

⁴⁸ ZUCKERMAN, «The privilege Against Self-incrimination may not Confer a Right to Refuse Disclosure of Incriminating Documents that came into Existence Independently of the Disclosure Order», en *Civil Justice Quarterly*, Vol. 24, julio 2005, pp. 395-403.

⁴⁹ A ello se refiere la Parte 31.8 CPR.

⁵⁰ Parte 7 *Practice Direction* 31B CPR.

capacidad de acceso, búsqueda, revisión y visualización, que la parte que los divulga; y quinto, la divulgación de documentos electrónicos que no sean relevantes para el procedimiento puede suponer una carga excesiva en tiempo y costes para la parte a la que se le da la divulgación⁵¹.

a. Tipos de divulgación

Se prevén dos tipos de divulgación, la estándar y la específica.

La divulgación estándar⁵² requiere que las partes revelen sólo los documentos en los que basan sus pretensiones, así como los documentos que puedan perjudicar -a la propia parte o a la contraria- y los que puedan beneficiar a la otra parte⁵³. Dentro de esta categoría, también se incluyen aquellos documentos que la parte está obligada a revelar por una *Practice Direction* y los documentos o clases de documentos, cuya divulgación fue solicitada y acordada antes del inicio del procedimiento a través de una *pre-action disclosure*⁵⁴.

Sin embargo, si una parte considera que la divulgación estándar de los documentos entregados por la parte reveladora es inadecuada, puede solicitar una orden de divulgación específica⁵⁵. En este caso, si se pretendiera la divulgación específica de un documento electrónico que no fuese razonablemente accesible, la parte solicitante, interesada en su examen, debería demostrar que la relevancia y la materialidad del documento justifican el coste y la carga de recuperarlo y presentarlo⁵⁶.

La divulgación específica viene ordenada por el tribunal para que una parte revele los documentos o clases de documentos que se le especifiquen y/o realice un registro en la forma que se le indique y revele cualquier documento localizado como resultado de esa búsqueda⁵⁷.

b. Deber de búsqueda. La búsqueda razonable de documentos electrónicos.

Las partes están obligadas a realizar una búsqueda razonable de todos aquellos documentos incluibles en el ámbito de la divulgación estándar, hasta aquellos que le podrían perjudicar o, al menos, no beneficiar⁵⁸.

⁵¹ Parte 6 *Practice Direction* 31B CPR.

⁵² A mayor abundamiento, vid. ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, pp. 733-738. También véase la Parte 31.6 CPR.

⁵³ La Parte 2.7 *Practice Direction* 57AD CPR se refiere a ellos como «documentos adversos» y los define como aquellos documentos que contradicen o perjudican materialmente la alegación o la versión de los hechos de la parte reveladora sobre una cuestión en litigio, o apoya la alegación o la versión de los hechos de una parte contraria sobre una cuestión en litigio. COULSON, «Discovery: To Disclosure and Beyond», en HIGGINS, *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford University Press, 2020, p. 66. El autor considera que el deber de revelar los documentos adversos es una cuestión criticable de la regulación legal, aún a pesar de que es la base del concepto de juicio justo del *common law* y de que personas de todo el mundo tratan de someter la competencia de sus litigios a este sistema.

⁵⁴ Ello está previsto en la Parte 31.16(3) apartado (c) CPR. Véase el epígrafe correspondiente a la *pre-action disclosure*.

⁵⁵ Véase la Parte 31.12 CPR y la Parte 5.1 *Practice Direction* 31A CPR.

⁵⁶ Parte 24 *Practice Direction* 31B CPR.

⁵⁷ A su regulación se ha referido ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, pp. 738-739. Y véase la Parte 31.12(2) CPR.

⁵⁸ Véase la *Practice Direction* 31A, Parte general, CPR y la Parte 31.7 CPR.

Ese principio de razonabilidad, en que se basa la búsqueda a realizar, vendrá determinado por el número de documentos implicados, la naturaleza y complejidad del procedimiento, la facilidad y el coste de la recuperación de un documento concreto, y la importancia de cualquier documento que pueda ser localizado durante la búsqueda o registro.

Por ello, cuando una parte entienda que debe excluir una categoría o clase de documento de su registro, deberá indicarlo en su declaración de divulgación y señalar la categoría o clase de documento descartado.

Al respecto, la *Practice Direction 31A*, en su parte 2, nos recuerda que las partes deben tener en cuenta el principio básico de proporcionalidad⁵⁹ en base al cual, por ejemplo, puede ser razonable decidir no buscar documentos creados o fechados antes de un determinado período, o limitar la búsqueda a los documentos que se encuentren en uno o varios lugares concretos, o a los documentos que pertenezcan a determinadas categorías.

En virtud de la Parte 1.4 de la *Practice Direction 31A*, realizada la búsqueda, y a no ser que las partes hubiesen acordado lo contrario por escrito presentado al tribunal, la parte reveladora deberá hacer una lista de los documentos cuya existencia le conste que estén comprendidos en el ámbito de la divulgación estándar y que estén o hayan estado bajo su control.

Este sistema de revelación de documentos basado en búsquedas previas es criticado por SIME⁶⁰, dado el alto costo de la divulgación basada en búsquedas, el tiempo que supone, el volumen que se revela y el rango limitado de casos en que esos documentos revelados son significativos o relevantes. Por ello, entiende que la búsqueda debería ir dirigida por alguna norma u orden del tribunal.

Merece especial atención tratar las especialidades del alcance de la búsqueda razonable de documentos electrónicos.

Partiendo de la base que el objetivo primordial debe ser tratar el caso de forma proporcionada, la *Practice Direction 31B CPR*, en su Parte 20 a 27, nos define dicho alcance.

Así pues, en primer lugar, la norma nos ofrece un listado *numerus apertus* de los factores que pueden ser relevantes para decidir la razonabilidad de una búsqueda de documentos

⁵⁹ Para las CPR, la aplicación del principio de proporcionalidad ayuda a alcanzar el objetivo primordial de las CPR y permite que el tribunal se ocupe de los casos de manera justa y con un costo razonable [Parte 1.1(1-2)].

⁶⁰ SIME, «*Proportionality and Search-based Disclosure*», en HIGGINS (dir.), *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford University Press, 2020, pp. 161-179. El autor habla de una nueva «divulgación estándar» dirigida por el tribunal o alguna norma. ¿Cómo conseguirlo? Eliminando el requisito de la búsqueda universal (31.7), siendo suficiente con la referencia a los documentos que sostengan la pretensión de la parte y los adversos. La clave está en la delimitación establecida por la PD57AD en relación con la divulgación inicial, relativa a la divulgación de los documentos que sostienen la pretensión de la parte, los que delimitan el contexto de la controversia y, en una segunda fase, los adversos. En esta línea, la nueva divulgación estándar, entiende que debe realizarse en una segunda etapa y sólo está disponible con una orden judicial, con uso de los Modelos preestablecidos. Y después del proceso anterior, si fuese necesario, podría justificarse una divulgación basada en la búsqueda en el ámbito de las concretas circunstancias del caso, pero sólo entonces. Así, señala que: «*The result ought to be a simplified, more certain, and cost effective disclosure system, that is fit for the modern digital world*».

electrónicos y que incluye: 1) el número de documentos implicados; 2) la naturaleza y complejidad del procedimiento; 3) la disponibilidad de documentos de otras fuentes; 4) la importancia de cualquier documento que pueda ser localizado durante la búsqueda; y 5) la facilidad y el coste de recuperación de un documento concreto, lo que incluye: a) la accesibilidad de los documentos electrónicos, incluidas las comunicaciones por correo electrónico en los sistemas informáticos, servidores, sistemas de copia de seguridad y otros dispositivos o medios electrónicos que puedan contener dichos documentos, teniendo en cuenta las alteraciones o la evolución de los sistemas de *hardware* o *software*⁶¹ utilizados por la parte reveladora y/o disponibles para permitir el acceso a dichos documentos; b) la ubicación de los documentos electrónicos pertinentes, los datos, los sistemas informáticos, los servidores, los sistemas de copia de seguridad y otros dispositivos o soportes electrónicos que puedan contener dichos documentos; c) la probabilidad de localizar datos relevantes; d) el coste de recuperación de los documentos electrónicos; e) el coste de divulgar y facilitar la inspección de cualquier documento electrónico relevante, y f) la probabilidad de que los documentos electrónicos sean alterados materialmente en el curso de la recuperación, divulgación o inspección.

En segundo lugar, se deberá estar al caso concreto, porque dependiendo de las circunstancias, puede ser razonable buscar en todos los sistemas de almacenamiento electrónico de las partes o buscar sólo en parte de esos sistemas⁶².

En tercer lugar, deberá valorarse realizar la divulgación por etapas, esto es, realizar una búsqueda y divulgación iniciales de categorías limitadas de documentos y, en función de los resultados obtenidos, ampliar o limitar la búsqueda.

En cuarto y último lugar, se prevén las búsquedas automatizadas y por palabras clave⁶³ cuando una revisión completa de todos y cada uno de los documentos se entienda que no sería razonable. Sin embargo, también augura que una búsqueda en tales términos puede ser insuficiente, porque puede dar lugar a que no se encuentren documentos importantes que deban divulgarse y/o puede encontrar una cantidad excesiva de documentos irrelevantes que, de ser revelados, supondrían una carga excesiva en tiempo y costes para la parte a la cual se revelan.

Por ello, las partes deben considerar la posibilidad de complementar las búsquedas automatizadas⁶⁴ y por palabras clave, con otras técnicas, como por ejemplo la revisión individual de determinados documentos o categorías de documentos u otras medidas que justificaran la selección realizada.

⁶¹ HIGGINS/LEVY/LIENART, «The Bright but Modest Potential of Algorithms in the Courtroom», en RABEEA/HIGGINS, (eds.), *Principles, Procedure and Justice*, Oxford University Press, 2020, p. 116, quienes destacan que hay un uso de *software*, cada vez más generalizado, en el descubrimiento de documentos, pues son mucho más baratos y rápidos.

⁶² La propia norma da ejemplos: puede ser razonable decidir si buscar o no documentos que hayan surgido antes de una fecha determinada, o limitar la búsqueda a los documentos de un lugar o lugares concretos, o a los documentos que pertenezcan a una determinada categoría, etc. [Parte 22 *Practice Direction* 31B CPR].

⁶³ Es la búsqueda de palabras en el texto de un documento electrónico, asistida por un *software* [Parte 5(6) *Practice Direction* 31B CPR].

⁶⁴ A mayor abundamiento, véase ZHANG y otros, «YOLO-table: disclosure document table detection with involution», en *International Journal on Document Analysis and Recognition*, 2022, <https://doi.org/10.1007/s10032-022-00400-z> (fecha última consulta: 03.01.23).

c. Cómo divulgar

Hasta este punto, hemos analizado qué es la divulgación, qué clases de divulgación existen y en qué consiste el deber de búsqueda en que se basa la divulgación. Veamos ahora cómo debe procederse a la divulgación, distinguiendo entre la divulgación estándar y la específica.

i. Divulgación estándar

Cuando se trata de una divulgación estándar, las partes deben ceñirse al dictado de la ley, realizando un listado y una declaración de divulgación, aunque tienen la facultad legal de acordar por escrito divulgar documentos sin hacer esa lista y/o divulgar documentos sin que la parte que los divulgue haga una declaración de divulgación.

Revisemos a continuación, cómo regula la ley el modo de realizar una divulgación estándar.

En primer lugar, cada parte deberá realizar y trasladar al resto de partes un escrito listando los documentos incluibles en la divulgación estándar, haciéndolo de forma ordenada, lógica y concisa⁶⁵. La Practice Direction 31A prevé que normalmente será necesario enumerar los documentos por orden de fecha, numerados consecutivamente y dando a cada uno una descripción concisa⁶⁶. Y en los casos en que haya un gran número de documentos que pertenezcan a una determinada categoría se podrán enumerar como una categoría en lugar de hacerlo individualmente⁶⁷.

Por otro lado, la *Practice Direction 31B*⁶⁸ establece especialidades en relación con las listas de documentos electrónicos⁶⁹. Así pues, debemos tener en cuenta las siguientes especialidades: 1) Las partes pueden acordar que una lista de documentos sea un archivo electrónico en formato .csv⁷⁰; 2) Los documentos pueden enumerarse en un orden distinto al de la fecha cuando resulte más conveniente un orden diferente; 3) Salvo acuerdo en contrario, los documentos deben enumerarse individualmente si la parte posee datos que lo hagan posible (por ejemplo, el tipo de documento o la fecha de creación); 4) Las partes deben ser coherentes en la forma de enumerar los documentos; 5) Los títulos de las columnas deben repetirse en cada página de la lista en la que se enumeran los documentos, cuando el programa informático utilizado para la

⁶⁵ Las partes disponen de formularios prácticos para poder realizar estos listados. La *Practice Direction 31A*, en su Parte 3.1, establece el uso del formulario N265, Form N265: Make a standard disclosure of documents to the court - GOV.UK (www.gov.uk) (fecha última consulta: 02.01.23).

⁶⁶ La misma *Practice Direction 31A* CPR, nos da un ejemplo de descripción concisa en su Parte 3.2: «carta del demandante al demandado».

⁶⁷ El ejemplo dado por la Parte 3.2 de la *Practice Direction 31A* CPR es: «50 extractos bancarios relativos a la cuenta número XX, de (fecha) a (fecha); o 35 cartas enviadas de X a Y entre (fecha) y (fecha)».

⁶⁸ Véase la Parte 30 *Practice Direction 31B* CPR y la Parte 31 para las disposiciones relativas al suministro de datos de divulgación en formato electrónico, que establece que: 1) los datos de divulgación deben exponerse en un cuadro u hoja de cálculo único y continuo, en el que cada columna separada contenga exclusivamente un dato de divulgación (número de la lista, fecha, tipo de documento, autor/remitente, beneficiario o número de lista de un documento matriz); 2) si no hay datos de divulgación relevantes, debe dejarse el espacio en blanco; 3) las fechas deben figurar en forma alfanumérica «01 Ene 2010»; y 4) los datos de divulgación deben establecerse de forma coherente.

⁶⁹ Véase también ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, pp. 739-743. El autor analiza las consecuencias de la falta de cooperación entre los abogados de las partes, en materia de divulgación de documentos electrónicos, remitiéndose al caso *Digicel (St. Lucia) Ltd vs Cable & Wireless Plc*.

⁷⁰ Valores separados por comas.

elaboración de la lista permita hacerlo automáticamente; y 6) El número de la lista de divulgación utilizado en cualquier lista suplementaria de documentos debe ser único y debe ser secuencial a partir del último número utilizado en la anterior lista.

La lista a la que nos venimos refiriendo, también deberá indicar los documentos respecto de los cuales la parte alega un derecho o un deber de no consulta o retención de su inspección -de todo el documento o de una parte de éste- y los motivos por los cuales reclama ese derecho o deber⁷¹, así como los documentos que ya no estén bajo su control y el porqué.

Y, en segundo lugar, deberá incluir en su escrito, una declaración de divulgación⁷², que es una manifestación de la parte que divulga los documentos exponiendo, primeramente, el alcance de la búsqueda que ha realizado para localizar los documentos que debe revelar⁷³ y certificando, a continuación, que comprende el significado y repercusión de la obligación de divulgar, y que, a su leal saber y entender, ha cumplido con esa obligación.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, si la parte que realiza la declaración de divulgación es una empresa, sociedad, asociación u otra organización, debe identificar a la persona que hace la declaración y explicar el motivo por el cual se considera adecuada para realizar la declaración. La identificación de la persona que hace la declaración incluirá su nombre y apellidos, dirección y cargo o posición que ocupa en la empresa que divulga, o el título o poder que le otorga la facultad para poder realizar la declaración en nombre de la empresa.

En los supuestos en que la parte reveladora actúe mediante un representante legal⁷⁴, éste deberá garantizar que la persona que hace la declaración de revelación entiende el significado y repercusión del deber de revelación.

Es más, la norma procesal destaca la obligación de que estas declaraciones se ciñan a la verdad, hasta el punto de que realizar una declaración falsa, sin creer honestamente en su veracidad, u ordenar a otra persona que mienta o no se ajuste a la realidad, puede suponer la incoación de un procedimiento judicial por desacato al tribunal⁷⁵.

⁷¹ La *Practice Direction 31A CPR*, en su Parte 4.6 establece que esa alegación de retención también deberá incluirse, normalmente, en la declaración de divulgación, indicando el documento o la parte de un documento a retener.

⁷² La *Practice Direction 31A CPR*, en su Anexo titulado *Disclosure Statement*, proporciona el formulario de la declaración de divulgación, *PRACTICE DIRECTION 31A – DISCLOSURE AND INSPECTION - Civil Procedure Rules* (justice.gov.uk) (fecha última consulta: 02.01.23). A mayor abundamiento, véase DE PRADA RODRÍGUEZ/MUÑOZ ROJO, *El proceso civil inglés*, 2014, p. 112.

⁷³ La *Practice Direction 31A*, en su Parte 4.2, establece que la declaración de divulgación debe declarar expresamente que la parte que divulga considera que el alcance de la búsqueda ha sido razonable en todas las circunstancias y, al exponer ese alcance, debe resaltar cualquier limitación particular que haya adoptado por razones de proporcionalidad y exponer sus razones, como por ejemplo la dificultad o el gasto que habría supuesto una búsqueda no sujeta a dichas limitaciones o la relevancia marginal de las categorías de documentos omitidos en la búsqueda.

⁷⁴ Por ejemplo, un asegurador o la Oficina de Aseguradores de Automóviles puede firmar una declaración en nombre de una parte, cuando estos tengan un interés financiero en el resultado del procedimiento (Parte 4.7 de la *Practice Direction 31A CPR*).

⁷⁵ Véase la Parte 31.23 CPR y a la Parte 8 *Practice Direction 31A CPR*. El procedimiento a seguir en casos de desacato al tribunal viene regulado en la Parte 81 CPR.

ii. Divulgación específica

En virtud de la Parte 31.10 CPR, en la divulgación específica, la parte debe revelar la información en la forma indicada en la orden judicial.

Aunque en las normas generales de la CPR no se hace ninguna otra mención a la divulgación específica, la *Practice Direction* 31A, en su Parte 5, sí establece determinadas normas al respecto.

En primer lugar, la parte interesada deberá dirigir una solicitud motivada al tribunal, especificando su pretensión y aportando las pruebas que amparen su petición.

En segundo lugar, el tribunal deberá tener en cuenta todas las circunstancias del caso y, en particular, el objetivo primordial de la divulgación de información, a la hora de resolver las peticiones de divulgación específica. Y si considerase que la persona a quien se ha dirigido la solicitud no ha cumplido adecuadamente el requerimiento de la divulgación específica, podría dictar la orden oportuna para garantizar que la revelación se realice convenientemente.

Por consiguiente, la resolución judicial que resuelva la petición de divulgación específica podrá acordar (1) que una parte realice una búsqueda de cualquier documento del que se pueda suponer, razonablemente, que puede contener información que pueda permitir a la parte que solicita la divulgación, avanzar en su propio caso o perjudicar al de la parte que divulga, o conducir a una línea de investigación que tenga alguna de esas consecuencias; y (2) también podrá acordar que una parte divulgue los documentos encontrados como resultado de esa búsqueda.

d. Límites de la divulgación

El derecho o deber de divulgación no es absoluto⁷⁶, por ello, podrá limitarse la revelación de documentos cuando se considere que podría afectar negativamente al interés público y, así mismo, podrá limitarse el uso de los documentos divulgados. Dos supuestos previstos legalmente, que analizaremos a continuación de forma más detallada⁷⁷.

Por una parte, si una persona considera que la divulgación de un documento puede perjudicar el interés público y no existe norma jurídica que lo regule, puede solicitar del tribunal una orden que le permita no divulgar su existencia, presentando la prueba correspondiente que respalde su pretensión de no divulgación. No se dará traslado de esa solicitud al resto de partes y la orden que se dicte no será notificada a las demás partes del procedimiento⁷⁸. Recibida la

⁷⁶ ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, pp. 743-756, identifica otros supuestos en que el tribunal podrá limitar la disclosure para proteger otros intereses, tales como los reconocidos por una ley o estatuto, por el ECHR o por la moral popular.

⁷⁷ Aparte de los supuestos previstos legalmente, la doctrina científica ha venido refiriéndose a la posibilidad de no revelar documentación que pudiese auto incriminar a la persona que está obligada a divulgar. A ello se ha referido GALIC, «*Disclosure of documents in civil procedure: the privilege against self-incrimination or a quest for procedural fairness and substantive justice*», en VAN RHEE/UZELAC (Eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 33-52.

⁷⁸ Véase ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, pp. 778-779. También Parte 31.19(1,2,6,7,8) CPR.

solicitud de no divulgación, el tribunal podrá requerir al solicitante para que presente dicho documento en sede judicial y/o podrá dar audiencia al respecto a cualquier persona, sea o no parte del procedimiento.

Por otra parte, la norma general impone que la parte a la que se le haya divulgado un documento sólo podrá utilizarlo en el procedimiento judicial en el cual haya sido revelado⁷⁹.

La doctrina científica difiere de esta obligación, cuestionando su fundamentación, pues considera que en realidad lo que se pretende es mantener el control del tribunal sobre el procedimiento de la *disclosure* y no proteger la confidencialidad e intereses en la divulgación de documentos, siendo que la norma se ha excedido de sus propios límites⁸⁰.

Ahora bien, podría dársele un uso más allá del procedimiento judicial en concreto⁸¹, siempre y cuando la parte que divulgó el documento y la persona a la que pertenezca ese documento lo consintieran, o si el documento hubiese sido leído al tribunal o por el tribunal o se hubiesen referido a él en una audiencia pública y el tribunal autorizara el uso posterior de esos documentos divulgados.

Sin embargo, las partes o cualquier propietario de un documento divulgado pueden solicitar del tribunal que dicte una resolución para restringir o prohibir su uso.

e. Órdenes de divulgación contra una persona que no es parte del procedimiento

La orden de divulgación de documentos puede dirigirse a personas que no son parte de un procedimiento judicial⁸².

En este supuesto, el solicitante de la medida deberá justificar su pretensión con pruebas de que los documentos, cuya divulgación solicita, pueden secundar la posición del solicitante o afectar negativamente a la posición de la parte contraria.

El tribunal podrá dirigir la orden de divulgación contra el tercero, siempre que el solicitante haya cumplido con su deber probatorio y el órgano judicial entienda que la divulgación es

⁷⁹ A mayor concreción, ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, pp. 780-797. También Parte 31.22 CPR.

⁸⁰ A ello se ha referido ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, pp. 789-793. También GIBBONS, *Subsequent use of documents disclosed in civil proceedings*, tesis dirigida por Zuckerman/Tapper (dirs.), 2002, p. 352, donde resume la fundamentación de su crítica.

⁸¹ ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, p. 784, se refiere a la posibilidad de que la parte interesada en usar el documento divulgado en un procedimiento, solicite la «*disclosure de testigos*» a través de la Parte 34.2 CPR en otro procedimiento, o la *disclosure* de una persona no parte del procedimiento, a través de la Parte 31.17 CPR, aunque ambas vías podrían ser consideradas abuso de proceso por el tribunal.

⁸² La solicitud de divulgación contra una persona que no es parte del procedimiento se permite en virtud de la sección 34 de la *Supreme Court Act* de 1981 (c.54) o de la sección 52 de la *County Courts Act* de 1984 (c.28). Véase también la Parte 31.17 CPR y la Parte 31.10(9) CPR. CERRATO GURI, *Ius et Praxis*, Año 27, N^o 1, 2021, p. 14, entiende que estamos ante una regulación muy garantista, que permite la incorporación al proceso de todos los elementos probatorios (en este caso refiriéndose a los documentos que están en posesión de terceros), y que ello se desprende de los *overriding principles* establecidos por la Parte 1.1 CPR. A mayor concreción, ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, pp. 764-778 y DE PRADA RODRÍGUEZ/MUÑOZ Rojo, *El proceso civil inglés*, pp. 114-115.

necesaria para resolver equitativamente la demanda o para ahorrar costes. En ese caso, especificará los documentos o clases de documentos que el solicitado debe revelar, pudiendo incluso determinar la hora y el lugar para la divulgación e inspección.

El solicitado no parte del procedimiento al tiempo de divulgar los documentos deberá indicar cuáles ya no están bajo su control y el porqué, y si reclama algún derecho o deber de retener la inspección respecto de alguno de los documentos. Por otro lado, sólo deberá realizar la declaración de divulgación si una *Practice Direction* así lo previera⁸³.

2.3. Inspección y sus límites

La inspección de un documento implica el derecho que tiene la parte a examinarlo y, en su caso, a obtener una copia⁸⁴.

Así pues, en primer lugar, las partes podrán inspeccionar los documentos divulgados. Acertadamente, ZUCKERMAN⁸⁵ matiza que sólo podrán inspeccionarse aquellos documentos divulgados y que en aquel momento estén en posesión o bajo el control de la parte divulgadora. Para ello, una vez divulgado un documento, la parte a la cual se le haya revelado y quiera inspeccionarlo deberá comunicarlo por escrito, a la parte que lo divulgó, y ésta última deberá permitir la inspección en un plazo máximo de 7 días desde la fecha de recepción de la comunicación. Si la parte interesada en el documento se compromete a asumir los costes razonables de la copia, la parte que lo haya divulgado deberá proporcionarle dicha copia en un plazo máximo de 7 días desde la recepción de la solicitud de la copia.

Y, en segundo lugar, en la Parte 31.14 CPR, se prevé la inspección de documentos que hayan sido mencionados en una audiencia de exposición del caso⁸⁶, una declaración de testigos, un resumen de testigos, una declaración jurada o un informe pericial⁸⁷ (en este último caso, siempre y cuando no hubiesen sido divulgados con anterioridad en el procedimiento).

⁸³ CERRATO GURI, *Ius et Praxis*, Año 27, Nº 1, 2021, p. 10. La autora destaca que el deber de divulgación de terceros es similar al de las partes, pero con una carga más limitada. El supuesto habitual de aplicación de esta figura será cuando el documento revelado ya no esté en posesión o alcance de la parte reveladora y comunique que está en posesión de un tercero. Entonces, la parte interesada podrá requerir directamente al tercero la entrega de una copia del documento para su examen y, ante la negativa de éste, aplicaría la solicitud a través del órgano judicial.

⁸⁴ Véase la Parte 31.15 CPR.

⁸⁵ ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, p. 731.

⁸⁶ En este sentido se pronuncia ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, p. 732. Sin embargo, el autor entiende que no elimina el privilegio legal profesional, pues mencionar un documento no equivale directamente a renunciar a su confidencialidad o derecho a no ser examinado.

A mayor abundamiento, vid. HOYLE, «Don't mention it: the increasing scope of documents obtainable under CPR r31.14: Scipharm Sarl v Moorfields Eye Hospital NHS Trust [2021] EWHC 2079», en *CJQ*, Vol. 41 (1), 2022, pp. 1-5. Este autor analiza el caso judicial en que el tribunal ordenó la inspección de unas notas de asistencia, tomadas durante una entrevista con un testigo, sobre la base de que fueron mencionadas en una declaración de testigo. No se hizo referencia a estas notas en la declaración del testigo ante el juez, pero el tribunal infirió que tales notas fueron utilizadas en su redacción dado el tiempo transcurrido entre la entrevista y la redacción de la declaración. La crítica se centra en que esta decisión judicial sugiere que una parte puede intentar obtener cualquier documento que haya sido utilizado en el proceso de preparación de una declaración de testigo, exposición del caso o informe pericial, no siendo este el objetivo de la norma.

⁸⁷ Al respecto, debe estarse al contenido de la Parte 35.10(4) CPR, que establece que el tribunal no podrá ordenar la divulgación de ningún documento específico derivado de las instrucciones materiales, orales o escritas, en base a las cuales se haya redactado el informe.

Si una parte desea examinar los documentos a los que se refiere el informe pericial de otra parte, antes de presentar una solicitud al tribunal, deberá dirigir una petición informal a esa parte y, siempre que sea razonable, deberán llegar a un acuerdo para facilitar su examen.

Así mismo, si fuese necesario presentar una solicitud al tribunal, cuando el informe pericial se refiera a un gran número o volumen de documentos y resultase gravoso copiarlos o cotejarlos, el órgano judicial sólo acordará su inspección si considera que es necesaria para la resolución del procedimiento y la parte no puede obtener los documentos, de forma razonable, de otra fuente⁸⁸.

Por otro lado, de nuevo se han regulado especialidades para la inspección de documentos electrónicos. Al respecto, son de destacar tres cuestiones. La primera es que las partes deberán proporcionar, junto con el original, cualquier versión OCR⁸⁹ consultable de los documentos electrónicos, a no ser que se haya optado por la redacción del documento. La segunda es que, si la parte que proporciona copias en formato electrónico del documento divulgado quiere redactar o modificar ese documento, deberá informar a las demás partes y deberá conservar la versión original para su posible inspección en caso de ser necesario⁹⁰. Y la tercera es que si el mejor acceso a los documentos electrónicos implica la utilización de una tecnología que no está fácilmente disponible para la parte con derecho a su inspección, si lo requiriera, la parte que realiza la divulgación debería poner a su disposición las facilidades adicionales, que razonablemente fuesen apropiadas para permitir la inspección del documento⁹¹.

El derecho de inspección no es absoluto y, por lo tanto, podemos hablar de límites o excepciones al examen de los documentos⁹².

En este sentido, la parte a la que se le ha revelado un documento no podrá inspeccionarlo cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: primera, que el documento ya no esté bajo el control de la parte que lo divulgó; segunda, que la parte que divulgue el documento tenga un derecho o deber de no permitir la inspección; y tercera, que la parte que lo divulgó considere que su inspección sería desproporcionada, para el caso en concreto, al entender que excede de lo que sería la divulgación estándar. En este último supuesto, la parte que se acoge a la no inspección deberá haber indicado en su declaración de divulgación que no permitirá la inspección de ese documento, por considerarlo desproporcionado y la parte interesada en su examen podrá solicitar del tribunal que dicte una orden de inspección específica⁹³.

⁸⁸ Partes 7.1 y 7.2 *Practice Direction 31A*.

⁸⁹ OCR o reconocimiento óptico de caracteres es el reconocimiento facilitado por ordenador de caracteres de texto impresos o escritos en una imagen electrónica en la que los contenidos basados en el texto no pueden ser buscados electrónicamente [Parte 5(9) *Practice Direction 31B CPR*]. Si se facilitan versiones OCR, éstas se proporcionan «tal cual», sin garantizar a la otra parte que sea una versión completa o precisa [Parte 34 *Practice Direction 31B CPR*].

⁹⁰ Esta especialidad no aplica cuando la única modificación realizada en los metadatos del documento es resultado del proceso ordinario de copia y/o acceso al documento [Parte 35(2) *Practice Direction 31B CPR*].

⁹¹ Véase la Parte 36 *Practice Direction 31B CPR*.

⁹² Véase ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, pp. 780-797.

⁹³ La Parte 31.12 apartado 3 de la CPR define la inspección específica como aquella orden que permite la inspección de un documento sobre el cual se ha declarado que no se permitirá su inspección, por considerarse que sería desproporcionado. Véase también la Parte 31.3 CPR.

La alegación del derecho o deber de retención de la consulta de un documento, o de una parte de éste, no requiere de una solicitud expresa al tribunal, sino que se hará constar en la lista de divulgación de documentos o, si no la hubiera, se comunicará por escrito a la persona que quiera consultar el documento. Eso sí, se hará constar siempre de forma motivada⁹⁴.

Hecha la alegación de no inspección, si alguna parte no estuviera conforme deberá manifestarlo justificando sus razones con las pruebas pertinentes y el tribunal deberá resolver. A tal efecto, el tribunal podrá requerir a la persona que pretende retener la inspección para que presente el documento concreto al tribunal y podrá dar audiencia a cualquier persona, sea o no parte, para que presente alegaciones.

Y, por último, debemos referirnos a un límite en relación con la inspección de documentos que tengan el carácter de privilegiados: si se permitiera su examen por error, se necesitaría autorización judicial para su uso en el procedimiento⁹⁵.

3. Finalidad

Llegados a este punto, no es difícil colegir la finalidad u objetivo principal de la *disclosure*, que es identificar y poner a disposición de las otras partes, los documentos que son relevantes para las cuestiones controvertidas del conflicto para, según el articulado de las CPR, lograr una resolución de la disputa lo más justa posible.

Esa resolución justa pasará por la aplicación de los principios de proporcionalidad⁹⁶ y razonabilidad. Proporcionalidad en el alcance de la divulgación de documentos y en su inspección⁹⁷, así como en los costes que genera⁹⁸, y razonabilidad en el esfuerzo a realizar para

⁹⁴ A ello se refiere la Parte 31.19(3-8) CPR y la Parte 6.1 *Practice Direction* 31A CPR.

⁹⁵ HOLLANDER, en *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, pp. 155-159. Destaca la crítica hecha por Andrew Higgins y otros sobre las reglas en relación a la revelación inadvertida de documentos privilegiados, por el hecho de que puede suponer un beneficio inesperado para la parte que recibe el documento, la regulación que sostiene que sólo se puede recuperar un documento privilegiado divulgado por error, cuando el solicitante que lo recibe sabe o debería haber sabido de forma razonable, que no debería.

También, ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, pp. 797-802 y la Parte 31.20 CPR.

⁹⁶ Sobre este principio, véase UZELAC, «Evidence and the principle of proportionality. How to get rid of expensive and time-consuming evidence?», en VAN RHEE/UZELAC (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, 2015, pp. 33-52. El autor, tras el análisis de la normativa europea, se centra en el procedimiento civil de Croacia, pero resalta esa necesidad de reducir costes y tiempo de búsqueda.

También, SIME, en *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, p. 161. La necesidad que los costos sean proporcionales fue agregada, como objetivo primordial, por la reforma del procedimiento civil en el 2013 (SI 2013/262).

⁹⁷ ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, pp. 737-738. Sobre la limitación de la inspección por motivos de volumen y la posibilidad de limitarla a determinados documentos o clases de documentos.

⁹⁸ Véase HIGGINS, «Open Door Disclosure in Civil Litigation», en *The international journal of evidence & proof*, Vol. 16 (3), 2012, pp. 298-322. El autor destaca tres conceptos directamente relacionados con la *disclosure*: exactitud, tiempo y costes. Propone un sistema de divulgación en que en un primer momento las partes «abren las puertas a la otra parte» y después, en un segundo momento, sería cuando cada parte

llevar a cabo la búsqueda de documentos y en la justificación de esa solicitud de revelación de documentos. Además, ZUCKERMAN⁹⁹ introduce una nueva dimensión de la justicia, que es el tiempo, usando el aforismo legal de «justicia retrasada, justicia denegada», por lo que también será muy importante que la controversia pueda resolverse en un tiempo razonable.

Para lograr la efectividad de esos principios, se tendrán en cuenta factores objetivos y otros de carácter personal, tales como la naturaleza y la complejidad de las cuestiones del procedimiento, la importancia del caso (incluida cualquier reparación no monetaria solicitada), la probabilidad de que existan documentos que tengan valor probatorio para apoyar o desvirtuar la demanda o la defensa de la parte, el número de documentos implicados, la facilidad y el coste de la búsqueda y recuperación de cualquier documento concreto, la situación financiera de cada parte y la necesidad de garantizar que el caso se trate de forma rápida, justa y con un coste proporcionado.

Además, ese intercambio de información sobre el conflicto existente llevará a las partes a poder comprender la posición de la otra parte, tomar decisiones sobre cómo proceder y tratar de resolver el conflicto sin necesidad de llegar a un procedimiento judicial, por ejemplo, a través de un procedimiento de resolución alternativa de conflictos, lo cual, a su vez, puede suponer la reducción de los costes¹⁰⁰ de la resolución de la controversia.

Aparte de la finalidad de la propia institución de la *disclosure*, veremos en el siguiente epígrafe cómo el procedimiento regulado por las CPR espera de las partes del proceso que cooperen entre sí y ayuden al tribunal, para que el alcance de la divulgación pueda ser acordada de la forma más práctica y eficiente posible. Así, en la última reforma de las CPR en materia de *disclosure* en los tribunales de comercio y propiedad, se han previsto una serie de Modelos de Divulgación que se relacionan directamente con los aspectos a divulgar, para conseguir la simplificación de la revelación de documentos.

En definitiva, se pretende que las partes identifiquen, reduzcan y, en su caso, resuelvan las cuestiones conflictivas de ámbito jurídico, fáctico y/o pericial.

4. Procedimiento

Una vez establecido el concepto y finalidad de la *disclosure*, es hora de examinar en qué momentos de la controversia se ha previsto la revelación e inspección de documentos. Las

revisaría los archivos del oponente en búsqueda de los documentos relevantes. El objetivo de todo ello es promover la eficiencia, porque la decisión del alcance de la búsqueda se dejaría en manos de las partes.

⁹⁹ ZUCKERMAN, «Quality and Economy in Civil Procedure. The Case for Commuting Correct Judgments for Timely Judgments», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 14, Nº 3, 1994, pp. 353-387. Se refiere a ello en el contexto del procedimiento interlocutorio, pero es extrapolable al sistema de justicia civil en general. Zuckerman habla de la posibilidad de sacrificar algo de calidad. Entiende que siempre hay un margen, para conseguir juicios más oportunos, resueltos en un tiempo más razonable, y menos costosos.

¹⁰⁰ SIME, en *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, p. 161, recalca que conseguir justicia a un precio proporcionado es uno de los retos de las normas de procedimiento civil. Y refiriéndose al Informe Final de Lord Woolf, observa que el único camino para limitar los costes de un litigio es limitar la cantidad de trabajo de los abogados del caso. Y aquí entra en juego la divulgación de documentos en la era digital, que significa un incremento de trabajo identificando, categorizando, escuchando, examinando y analizando documentos, lo cual supone un incremento de sus honorarios y costes del procedimiento, a veces a niveles desproporcionados.

partes en conflicto tendrán hasta tres ocasiones para solicitar la *disclosure*: en la *pre-action conduct*, en la *pre-action disclosure* y en el seno de un procedimiento judicial.

4.1. Pre-action conduct

En virtud de la *Practice Direction: pre-action conduct and protocol*, antes de iniciar un procedimiento judicial, las partes deben intercambiar correspondencia e información para cumplir con los objetivos que anunciábamos anteriormente, esto es, para poder comprender la posición de la otra parte, tomar decisiones sobre cómo proceder, tratar de resolver el conflicto sin necesidad de llegar a un procedimiento judicial, considerar la posibilidad de someterse a un procedimiento de resolución alternativa de conflictos¹⁰¹ e intentar reducir los costes de la resolución de la controversia¹⁰².

Es importante esta colaboración entre las partes antes de iniciar un procedimiento judicial y su carácter obligatorio, porque supondrá el uso residual de la *pre-action disclosure*¹⁰³, que veremos en el siguiente epígrafe.

El cumplimiento de esta *Practice Direction: pre-action conduct and protocol* es obligatorio puesto que, si la controversia llega al órgano judicial, el tribunal verificará en qué medida las partes han cumplido con lo esencial de esta norma¹⁰⁴, hasta el punto en que lo tendrá en cuenta al dar instrucciones para la gestión del procedimiento y al resolver sobre la imposición de las costas y su cuantía¹⁰⁵. En consecuencia, ante un incumplimiento, el tribunal podrá imponer sanciones¹⁰⁶, suspender el procedimiento mientras se toman medidas concretas para el cumplimiento de la *Practice Direction: pre-action conduct*, o eximir a las partes de la obligación de cumplir¹⁰⁷.

¹⁰¹ Las partes pueden negociar para resolver una disputa o pueden utilizar una forma de ADR, incluyendo: a) mediación, b) arbitraje, c) una evaluación neutral de tercero que dé una opinión informada, o d) sistema de defensores del pueblo.

¹⁰² Parte 6 *Practice Direction: pre-action conduct and protocol*.

¹⁰³ En este sentido se pronuncia CASANOVA MARTÍ, en *Revista Ius et Praxis*, Año 27, Nº 1, 2021, pp. 143-156.

¹⁰⁴ La Parte 14 *Practice Direction: pre-action conduct* dispone cuándo el tribunal podrá entender que ha habido incumplimiento: cuando la parte no ha actuado dentro del plazo establecido o dentro de un período razonable, cuando no ha proporcionado suficiente información para permitir el cumplimiento de los objetivos de la *pre-action*, o cuando se haya negado injustificadamente a utilizar un sistema ADR o no haya respondido a una invitación a hacerlo.

¹⁰⁵ Estese a lo dispuesto en la Parte 3.1(4) a (6) CPR, que establece que cuando el tribunal dé instrucciones, tendrá en cuenta si las partes han cumplido o no con la *Practice Direction: pre-action conduct* y podrá imponer el pago de una suma de dinero, ante un incumplimiento sin justa causa. Así mismo, la Parte 44.4(3)(a) CPR establece que el tribunal tendrá en cuenta la conducta de todas las partes antes y durante el procedimiento, así como los esfuerzos realizados antes y durante el procedimiento para tratar de resolver la controversia.

¹⁰⁶ La Parte 16 de la *Practice Direction: pre-action conduct* regula estas sanciones, que pueden consistir en la condena de la parte incumplidora: al pago de las costas del procedimiento o de una parte de las costas de la parte contraria; al pago de las costas con carácter indemnizatorio; a la privación de los intereses o a la concesión de intereses a un tipo inferior al que habría correspondido (si el incumplimiento deviniera del demandante); o la concesión de intereses a un tipo más alto del que habría correspondido, sin exceder del 10% por encima del tipo básico (si el incumplimiento deviniera del demandado).

¹⁰⁷ Partes 13-15 *Practice Direction: pre-action conduct*.

Por ello, si se presentara una demanda al órgano judicial para cumplir con el plazo legal de prescripción, sin haber seguido previamente los pasos de esta *Practice Direction*, las partes deberían solicitar al tribunal la suspensión del procedimiento para cumplir con este trámite¹⁰⁸.

Entrando ya en el procedimiento a seguir para dar cumplimiento a esta norma, siempre bajo el principio de proporcionalidad, examinaremos los tres simples pasos que tendrán que seguir las partes.

En primer lugar, el demandante deberá escribir al demandado, dándole a conocer su reclamación de forma detallada, especificando la base sobre la que reclama, un resumen de los hechos, su pretensión y, si fuese una cantidad de dinero, cómo se calcula el montante reclamado.

En segundo lugar, el demandado tendrá que responder en un plazo razonable. La norma entiende que este plazo razonable será de 14 días en los casos sencillos y no podrá superar los 3 meses en los casos complejos. Su respuesta expresará si acepta o no la reclamación y, en caso negativo, los motivos, junto con una explicación de los hechos y de los puntos de la reclamación que impugna. Así mismo, podrá reconvenir, si lo considera necesario.

Y, en tercer lugar, las partes divulgarán los documentos clave que sean relevantes para las cuestiones controvertidas.

Si llegados a este punto, las partes no han podido resolver el conflicto, deben revisar sus respectivas posiciones y examinar los documentos y las pruebas, con el fin de intentar evitar la incoación de un procedimiento judicial o, al menos, tratar de reducir el número de cuestiones controvertidas¹⁰⁹.

A este fin, si las partes consideraran la necesidad de recurrir a una prueba pericial o al asesoramiento de un experto, solicitarán la correspondiente autorización judicial¹¹⁰ y, si la reclamación fuera de escasa cuantía, deberían considerar la posibilidad de recurrir a un único perito instruido conjuntamente por las partes, con los costes compartidos a partes iguales¹¹¹.

¹⁰⁸ Así pues, constatamos cómo los protocolos previos a ejercitar la acción no interrumpen el plazo de prescripción (Parte 17 *Practice Direction: pre-action conduct*).

¹⁰⁹ Parte 12 *Practice Direction: pre-action conduct*.

¹¹⁰ LIGERTWOOD, Nota del Editor, «Disclosure of Expert Reports», en *Civil Justice Quarterly*, Vol. 24, julio 2005, p. 293. Una de las reformas operadas por las CPR 1998 fue con relación a los peritos: superar la tendencia de las partes a manipular a los peritos, para satisfacer sus propios intereses y, en cualquier caso, superar esa apariencia de que los peritos son utilizados no tanto con el fin de ayudar al tribunal a determinar la verdad, sino de ayudar a las partes a reforzar su posición en el procedimiento. Destaca que una parte puede influir en la prueba pericial requiriendo a su perito que revise sus opiniones, para que el informe final sea más favorable a la parte que lo ha encargado, o también puede consultar a varios peritos hasta que recibe la opinión que le interesa, lo que se llama *expert shopping*. Por ello, el perito estará obligado a revelar sus observaciones fácticas y sus conclusiones profesionales. Para conocer más sobre este tema, véase la Parte 35 CPR.

¹¹¹ Véase la Parte 7 *Practice Direction: pre-action conduct* en relación con la Parte 35.4(1), (3A) y (4) CPR, que establecen que ninguna parte puede llamar a declarar a un perito o aportar un informe pericial, sin el previo permiso del tribunal, quien puede limitar los honorarios recuperables de cualquier otra parte, pues el regulador entiende que muchos litigios pueden resolverse sin el asesoramiento o las pruebas de expertos.

Es de destacar que si alguna de las partes hace alguna declaración falsa, a sabiendas de su falsedad, ya sea en los escritos que se intercambien o en algún otro documento que se prepare en previsión de un posterior procedimiento judicial, podría incurrir en desacato al tribunal¹¹².

4.2. Pre-action disclosure

Entremos ahora en el análisis de la *pre-action disclosure*. Hablamos de *pre-action disclosure* cuando una persona interesada en la divulgación de algún documento solicita al tribunal su revelación, antes del inicio del procedimiento judicial¹¹³.

Partiendo de que el trámite de la *Practice Direction: pre-action conduct* es de obligado cumplimiento, una parte podrá acceder a la pre-action disclosure sólo cuando no haya logrado la divulgación del documento a través del anterior trámite¹¹⁴.

El legislador inglés entiende que este trámite es necesario, e incluso deseable, para favorecer que la controversia se resuelva sin procedimiento, y si esto no fuera posible, para ahorrar costes y resolver de forma justa el procedimiento correspondiente posterior.

El tribunal sólo podrá ordenar la divulgación de documentos por este trámite, una vez haya recibido una solicitud motivada y siempre que entienda que, tanto el solicitante como el solicitado, es probable que sean parte en un procedimiento posterior¹¹⁵.

Además de estos requisitos legales, la doctrina judicial y científica¹¹⁶ ha delimitado otras cuestiones que el tribunal deberá tener en consideración, siendo de destacar las siguientes: si las partes han sido diligentes, la sostenibilidad y fundamentación de la reclamación, la naturaleza e importancia de los documentos requeridos, las opciones del solicitante de presentar la posterior demanda sin los documentos que solicita, la posibilidad de acceder a los documentos por otras vías, y la claridad y concreción de la divulgación solicitada.

¹¹² Parte 2 *Practice Direction: pre-action conduct*.

¹¹³ La sección 33 de la *Supreme Court Act 1981* (c.54) y la sección 52 de la *County Courts Act 1984* (c.28) permiten interesar del tribunal la divulgación de documentos, antes de que se haya iniciado el procedimiento judicial. Véase también la Parte 31.16 CPR.

¹¹⁴ ASHFIELD, et al., *Blackstone's Civil Practice. The commentary*, 2018, p. 917, destaca que «la solicitud de relevación documental antes de iniciar el proceso judicial, precisa del cumplimiento previo de cualquier *pre-action protocol*. Solo entonces, el requirente insatisfecho podrá instar una *pre-action disclosure* ante el órgano judicial». También CASANOVA MARTÍ, en *Revista Ius et Praxis*, Año 27, Nº 1, 2021, p. 147.

¹¹⁵ ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, pp. 756-759, explicita en este punto que «*these are jurisdictional conditions, in the sense that a court may not make a disclosure order under this rule unless the applicant has fulfilled these conditions*». Además, el autor resalta la diferencia entre la revelación legítima y el *fishig*, que sería la búsqueda indiscriminada de información, no relacionada con el caso en cuestión.

¹¹⁶ MATTHEWS/MALEK, *Disclosure*, 2017, pp. 93-96. También véase ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, pp. 759-761. Así mismo, DE PRADA RODRÍGUEZ/MUÑOZ ROJO, *El proceso civil inglés*, p. 114, quienes comentan el test de conveniencia que debe pasar cualquier solicitud de *disclosure* previa al inicio del proceso: «comprende una cuestión de jurisdicción y otra de discreción (...) el tribunal exclusivamente podrá considerar la concesión de una *disclosure* previo al inicio del proceso cuando exista una posibilidad real de que dicha orden judicial fuera justa para las partes en caso de comenzar el litigio. De darse tal posibilidad real, entonces el tribunal deberá considerar la cuestión de la discreción, en la que deberá tener en cuenta todos los hechos detalladamente».

La resolución por la cual se ordene la divulgación especificará los documentos o las clases de documentos que el solicitado debe revelar y requerirá al demandado para que manifieste qué documentos ya no están bajo su control y, en su caso, el porqué, y también le requerirá para que indique si reclama algún derecho o deber de retención de la inspección. Así mismo el tribunal podrá especificar la hora y el lugar para la divulgación y la inspección.

HOLLANDER¹¹⁷ es escéptico sobre el éxito de esta institución procesal por cuanto es muy difícil predecir si el tribunal resolverá a favor o en contra de una solicitud de *pre-action disclosure* ya que, si el caso tiene una buena base, puede plantearse por qué el solicitante no puede continuar y demandar sin esos documentos y, si el caso tiene una fundamentación débil, el tribunal podría desestimar la solicitud por entenderla especulativa. Por ello, entiende que es muy difícil recomendar al cliente que gaste dinero en una acción con pocas probabilidades de éxito. Por otro lado, opina que puede ser recomendable demandar sin esos documentos, para evitar retrasos por el tiempo que puede suponer la obtención de un documento por esta vía. Y la tercera crítica que hace son los costes de la obtención de los documentos, porque el solicitante debe cubrir los costes de divulgación del requerido, en cambio, si el procedimiento ya está iniciado, los costes de la divulgación, con carácter general, se suman a las costas del procedimiento.

4.3. Disclosure en el seno de un procedimiento judicial

El tercer momento procesal en que se ha previsto y regulado la institución de la *disclosure* es en el seno de un procedimiento judicial.

Incoado un procedimiento judicial, el tribunal puede requerir a las partes para que demuestren que han cumplido con la *Practice Direction: pre-action conduct and protocols* y, más concretamente, que han intentado o considerado la posibilidad de recurrir a un sistema de resolución alternativa de conflictos (ADR).

Si alguna parte, sin motivo alguno, no hubiese dado respuesta o se hubiera negado a participar en una ADR, el tribunal podría condenarle al pago de costas judiciales adicionales¹¹⁸.

En cualquier caso, incoado un procedimiento judicial, el procedimiento a seguir será el siguiente: informe o escrito listando los documentos a divulgar (14 días antes de la primera audiencia); procurar un acuerdo en relación con la divulgación de los documentos (7 días antes de la primera audiencia); y acuerdo o imposibilidad de acuerdo. Veámoslo seguidamente¹¹⁹.

a. Informe con declaración de veracidad

Con una antelación mínima de 14 días a la primera audiencia de gestión del caso en el procedimiento judicial, cada parte debe presentar al tribunal y trasladar a las otras partes, un

¹¹⁷ HOLLANDER, en *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, pp. 158-159.

¹¹⁸ Parte 11 *Practice Direction: pre-action protocol*.

¹¹⁹ A mayor abundamiento, véase ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, pp. 724-730, donde el autor hace un análisis del proceso de divulgación.

informe verificado por una declaración de veracidad¹²⁰, en el cual describa brevemente qué documentos existen o pueden existir que pudiesen ser relevantes para el litigio en concreto y qué documentos solicita al tribunal. Así mismo, debe indicar la ubicación y la persona que custodia los documentos o dónde podrían localizarse, y también los costes que podría suponer la búsqueda y divulgación de los documentos. Si se tratara de documentos electrónicos¹²¹, debería describir cómo se almacenan dichos documentos y los costes específicos de su divulgación.

En este sentido, las partes y sus representantes legales deben discutir el uso de la tecnología en la gestión de los documentos electrónicos y el procedimiento que seguirán para la creación de listas de documentos a divulgar, para dar a conocer los documentos y la información relativa a los documentos en formato electrónico y para presentar documentos y otros materiales al tribunal. Así mismo, deben tratar los asuntos relativos a las categorías de documentos electrónicos que estén bajo su control, los sistemas informáticos, los dispositivos electrónicos y los soportes en los que pueden estar los documentos pertinentes, los sistemas de almacenamiento y las políticas de conservación de documentos; el alance de la búsqueda razonable de documentos electrónicos; las herramientas y técnicas que deberían tener en consideración para reducir la carga y el coste de la divulgación de los documentos electrónicos¹²²; la conservación de los documentos electrónicos, con el fin de evitar la su pérdida antes del juicio; el intercambio de datos relativos a los documentos electrónicos en un formato electrónico acordado por las partes; los formatos en los que se proporcionarán los documentos electrónicos en la inspección y los métodos que se utilizarán; la base para cobrar o compartir el coste del suministro de los documentos electrónicos¹²³; y si sería conveniente utilizar los servicios de un depósito electrónico neutral para el almacenamiento de los documentos electrónicos.

Es tal la importancia de estos acuerdos o pactos entre las partes sobre esta materia que, si una parte da a conocer los documentos electrónicos sin haber discutido previamente con las otras partes cómo planificar y gestionar dicha divulgación, el tribunal puede exigir a esa parte que realice nuevas búsquedas de documentos o que repita otros pasos que ya haya realizado. Y de

¹²⁰ Entiéndase remitido al escrito que preparan las partes listando los documentos a divulgar, con la declaración de divulgación, que hemos examinado en el epígrafe dedicado a la divulgación estándar. Véase también la Parte 31.5 CPR.

¹²¹ Si las partes se hubiesen trasladado el Cuestionario de Documentos Electrónicos, éste se adjuntaría al informe. En este supuesto de documentos electrónicos, también aplican las disposiciones de la *Practice Direction 31B CPR*, sobre divulgación de documentos electrónicos.

¹²² En este sentido, la *Practice Direction 31B CPR*, en su Parte 9(3), enumera una serie de herramientas y técnicas a considerar por las partes, para reducir la carga y el coste de la divulgación de los documentos electrónicos, incluyendo: a) limitar la divulgación de documentos o de determinadas categorías de documentos a determinados intervalos de fechas, a determinados custodios de documentos o a determinados tipos de documentos; b) el uso de búsquedas de palabras clave acordadas; c) el uso de herramientas informáticas acordadas; d) los métodos que se utilizarán para identificar los documentos duplicados; e) el uso del muestreo de datos; f) los métodos que se utilizarán para identificar los documentos privilegiados y otros documentos no divulgables, para redactar los documentos (cuando la redacción sea apropiada), y para tratar los documentos privilegiados o de otro tipo que se hayan divulgado inadvertidamente; y g) el uso de un enfoque por etapas para la divulgación de los documentos electrónicos.

¹²³ También deben acordar si los pactos para cobrar o compartir los costes son definitivos o están sujetos a una reasignación de acuerdo con cualquier resolución sobre las costas que se dicte posteriormente [Parte 9(7) de la *Practice Direction 31B CPR*].

igual manera, deberán debatir sobre el formato en el que los documentos electrónicos deberán ser proporcionados para su inspección¹²⁴.

Por último, teniendo en cuenta el amplio abanico de cuestiones a tratar, las partes pueden considerar útil intercambiar el cuestionario sobre documentos electrónicos¹²⁵, para informarse mutuamente sobre el alcance, extensión y formato más adecuado para la divulgación de los documentos electrónicos en el procedimiento. Si éste se usara por las partes, deberá ir acompañado de una declaración de veracidad y adjuntarse al escrito o informe de las partes con el listado de documentos a divulgar y la declaración de divulgación.

b. Propuesta conjunta de las partes

Verificado lo anterior, con una antelación mínima de 7 días a la primera audiencia de gestión del asunto en concreto, y siempre que lo acuerde el tribunal, las partes deben discutir y tratar de llegar a una propuesta conjunta en relación con la divulgación de los documentos reflejados y/o solicitados en el informe, que cumpla con el objetivo primordial del caso.

En relación con los documentos electrónicos, los escritos que presenten las partes al tribunal deberán incluir un resumen de las cuestiones sobre las que han llegado a un acuerdo y un resumen de las que son objeto de discrepancia¹²⁶.

c. Resolución judicial

Examinemos el último paso de la disclosure en el seno de un procedimiento judicial. Si las partes logran alcanzar una propuesta conjunta sobre la divulgación de documentos (según lo expuesto en el epígrafe anterior) que el tribunal considera adecuada, se aprueba judicialmente sin audiencia.

En cambio, si las partes no hubiesen alcanzado un acuerdo sobre la divulgación de documentos, en la primera audiencia, el tribunal decidirá sobre las pretensiones de las partes en cuanto a divulgación e inspección de documentos, bajo las premisas de focalizar cuál es la finalidad del procedimiento judicial y de limitar la divulgación sólo a los documentos que sean necesarios para, según expresa la norma, tramitar el litigio con justicia.

En esta línea, el tribunal acordará la no divulgación o establecerá la divulgación que debe hacer cada parte según el caso concreto. También podrá disponer que una parte dé una información estándar o que se dé traslado a una parte para que, en su caso, solicite cualquier revelación específica de cualquier otra parte¹²⁷.

¹²⁴ Partes 19 y 32 *Practice Direction 31B CPR*.

¹²⁵ Puede consultarse en el Anexo de la *Practice Direction 31B*, bajo el nombre Cuestionario de documentos electrónicos, *Practice Direction 31b – Disclosure Of Electronic Documents - Civil Procedure Rules* (justice.gov.uk) (fecha última consulta: 03.01.23).

¹²⁶ Parte 14 *Practice Direction 31B CPR*.

¹²⁷ La CPR -Parte 31.5(7) apartado (f)- establece un listado *numerus apertus* de los posibles acuerdos que puede adoptar el tribunal, adoptando la fórmula «*any other order in relation to disclosure that the court considers appropriate*».

Así mismo, el órgano judicial en cualquier momento puede dar instrucciones a las partes sobre qué búsquedas realizar, de dónde, para qué, con respecto a qué períodos de tiempo, por quién y el alcance de cualquier búsqueda de documentos almacenados electrónicamente; si se requieren listas de documentos; el modo y el momento en que se debe entregar la declaración de divulgación; en qué formato deben divulgarse los documentos (y si se requiere alguna identificación); qué se requiere en relación con los documentos que alguna vez existieron pero que ya no existen, y si la divulgación se hará por etapas¹²⁸.

Sin embargo, si el desacuerdo entre las partes estuviera relacionado con la divulgación de los documentos electrónicos y las partes manifestaran que no es probable que puedan llegar a un acuerdo, el tribunal daría instrucciones por escrito en relación con la divulgación o acordaría una audiencia separada en relación con la divulgación, a la cual debería asistir la persona que firma el cuestionario de documentos electrónicos¹²⁹, si existiere. En cualquier caso, el tribunal podría requerir a las partes para que completasen e intercambiaron la totalidad o una parte del cuestionario¹³⁰.

5. Especialidades de la disclosure

Si bien hasta ahora hemos expuesto la regulación general en materia de *disclosure*, hemos considerado adecuado hacer referencia a dos especialidades establecidas en las CPR. Por un lado, en materia de derecho de la competencia, pues es la materia respecto de la cual en España se ha regulado el acceso a las fuentes de prueba y, por otro lado, en materia de comercio y propiedad, por su recentísima aprobación y por su vinculación al derecho mercantil.

No entraremos en su regulación completa, sino sólo en aquellos aspectos en que difiere de la regulación general de la *disclosure* o en que aporta alguna novedad.

5.1. En el derecho de la competencia

La primera de las especialidades en materia de disclosure es la relativa a las reclamaciones en materia de derecho de la competencia.

La *Practice Direction* 31C CPR, denominada «Divulgación e inspección en relación con las demandas de competencia», regula esta especialidad y se remite a la Parte 31 CPR, que se aplicará siempre y cuando no entre en contradicción con lo establecido en esta *Practice Direction*; también se remite a la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas que regulan las acciones por daños y perjuicios en virtud del Derecho nacional por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea¹³¹, la cual no analizaremos porque será objeto de estudio en otro trabajo de investigación; así mismo, se

¹²⁸ Parte 31.5 (7-8) CPR.

¹²⁹ Un cuestionario de documentos electrónicos que haya sido cumplimentado y notificado por otra parte tendrá la consideración de documento divulgado y, por lo tanto, su uso se limitará al procedimiento en el que se reveló [Parte 31.22(4) CPR].

¹³⁰ Partes 15 y 16 *Practice Direction* 31B CPR.

¹³¹ DOUE núm. 349, de 5 de diciembre de 2014 [DOUE-L-2014-83627].

remite a la Parte 23 CPR, para la solicitud de divulgación o inspección de pruebas¹³²; y, por último, regula la divulgación e inspección de pruebas en relación con una reclamación de competencia, cuando esas pruebas forman parte de un expediente de la autoridad de la competencia¹³³. Este último apartado tampoco es objeto de estudio, por entrar su regulación en el ámbito de la Directiva de daños.

En este epígrafe nos centraremos en la Parte 23 CPR¹³⁴, que establece las reglas generales sobre solicitud de órdenes judiciales, la cual es aplicable a la solicitud de divulgación o inspección de documentos en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia.

a. Solicitud y notificación

Una persona podrá solicitar la divulgación o inspección de pruebas en el seno de un procedimiento judicial o antes de que se inicie. Y podrá hacerlo cuando lo considere necesario o conveniente¹³⁵.

El procedimiento general se iniciará con la presentación, por el solicitante, ante el juzgado, de un aviso de solicitud¹³⁶, la notificación de la cual después deberá ser trasladada, mediante copia, a todos los demandados (en este caso, a las personas a las que se dirige la petición de divulgación o inspección y, entiendo, también al resto de partes del procedimiento)¹³⁷.

En los casos en que en el procedimiento en cuestión se hubiese fijado una fecha de audiencia pública y la parte quisiera presentar una solicitud en dicha audiencia, pero no dispusiera de tiempo suficiente para notificar la solicitud, la norma requiere que simplemente informe a la otra parte y al tribunal -prioritariamente por escrito- de la naturaleza de la solicitud y del motivo de ésta, en la mayor brevedad posible¹³⁸. En este caso, la solicitud se presentará oralmente en la audiencia pública¹³⁹.

¹³² Véanse las Partes 1.2 y 1.7 *Practice Direction 31C* CPR.

¹³³ A ello se ha referido REPAS, «Taking leniency documents as evidence in damages actions in cases of competition law infringement», en VAN RHEE/UZELAC (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 105-124, haciendo hincapié en la divulgación de los documentos de clemencia.

¹³⁴ Esta Parte 23 está prevista para los procedimientos seguidos ante las County Courts. A mayor abundamiento, véase ZUCKERMAN, en *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, p. 757.

¹³⁵ Véanse las Partes 23.2(1), (4) y (4A) CPR y Partes 5 y 2.7 *Practice Direction 23A* CPR.

¹³⁶ Las CPR definen «aviso de solicitud» o «notificación de solicitud» como el documento en el que el solicitante declara su intención de pedir una orden judicial (Parte 23.1 CPR).

¹³⁷ La Parte 3 *Practice Direction 23A* CPR establece los casos en que se podrá presentar una solicitud sin notificación de aviso de solicitud (en caso de urgencia, consentimiento de las partes, autorización judicial o normativa, etc.). Y la Parte 4 *Practice Direction 23A* CPR regula el modo de realizar la notificación, con remisión a la Parte 23.7(1)(b) y 2.8 CPR.

¹³⁸ Véase la Parte 2.10 *Practice Direction 23A* CPR.

¹³⁹ En la medida de lo posible, las solicitudes deben presentarse de manera que puedan ser examinadas en cualquier audiencia que ya esté señalada o para la que se vaya a fijar una fecha (por ejemplo, audiencias de asignación y enumeración, audiencias de gestión del caso o las audiencias de revisión previas al juicio), Parte 2.8 *Practice Direction 23A* CPR.

b. Contenido de la solicitud

El contenido de la solicitud de *disclosure*, en procedimientos de derecho de la competencia, incluye: indicar qué orden solicita el demandante y los motivos por los que solicita la orden.

Así pues, deberá señalar si solicita sólo la divulgación o también la inspección del documento o categoría de documentos oportunos, así como los motivos por los cuales es importante esa información para la resolución del litigio¹⁴⁰.

Así mismo, en virtud de la Parte 9 *Practice Direction 23A* CPR, en relación con lo estipulado en la Directiva 2014/104/UE, el solicitante deberá aportar pruebas o, al menos, un principio de prueba en que basa la necesidad e idoneidad de los documentos solicitados o de su examen.

Por otro lado, la notificación de la solicitud también deberá estar firmada e incluir el número de referencia de la reclamación o petición, el título de la demanda, el nombre completo del solicitante y deberá indicar si considera necesario celebrar audiencia para la resolución de la petición¹⁴¹.

Por último, debe recalcarse que, en este procedimiento de solicitud de divulgación y/o inspección, el contenido de una notificación de solicitud puede ser utilizado como prueba, siempre que haya sido motivada suficientemente con aportación de pruebas y verificada por una declaración de la verdad¹⁴².

c. Audiencia

Para tramitar esta solicitud de *disclosure* siempre se celebrará una audiencia¹⁴³, la cual tendrá lugar incluso en caso de inasistencia de alguna de las partes. No obstante, se han previsto legalmente tres excepciones: que el tribunal considere que no es apropiada, que las partes acuerden que se resuelva sin celebrar vista, o que las partes lleguen a un acuerdo con relación a los términos de la orden o resolución solicitada¹⁴⁴.

Debemos destacar que las normas del procedimiento inglés prevén que determinadas audiencias puedan celebrarse mediante llamada telefónica¹⁴⁵, siempre y cuando todas las partes estén representadas, la solicitud haya sido notificada a la otra parte y como máximo cuatro partes quieran presentar alegaciones.

¹⁴⁰ Parte 23.6 CPR.

¹⁴¹ Parte 2.1 *Practice Direction 23A* CPR.

¹⁴² Véase la Parte 9.7 *Practice Direction 23A* CPR, en relación con la Parte 22 CPR.

¹⁴³ Salvo en supuestos de solicitudes sencillas, el solicitante debe llevar a cualquier audiencia un borrador de la orden solicitada y proporcionar una copia por medios electrónicos (Parte 12.1 *Practice Direction 23A* CPR).

¹⁴⁴ Las Partes 2.2 a 2.5 y 11.1 a 11.2 *Practice Direction 23A* CPR regulan el trámite judicial interno ante una solicitud de celebración de audiencia, así como en caso contrario.

Véanse también las Partes 23.8 i 23.11 CPR.

¹⁴⁵ Entiendo por teléfono o videoconferencia. Véanse las Partes 6 y 7 *Practice Direction 23A* CPR, para conocer el desarrollo de la audiencia.

d. Resolución

El tribunal resolverá la solicitud mediante auto estimatorio o desestimatorio. Y si la resolución judicial no prevé ningún pronunciamiento sobre costas, éstas no deberán tasarse¹⁴⁶.

Así mismo, el auto que resuelva una solicitud que hubiese sido presentada sin la notificación de una copia del aviso de solicitud, deberá informar a las partes de su derecho a solicitar la anulación o modificación de la orden¹⁴⁷.

Por otro lado, si las partes llegan a un acuerdo deben remitir un escrito conjunto al tribunal, junto con un borrador de la orden a dictar, y éste dictará un auto acordado y sellado, de conformidad con lo pactado por las partes¹⁴⁸.

5.2. En los tribunales de comercio y propiedad

Examinemos a continuación las especialidades previstas para la *disclosure* de documentos en los tribunales de comercio y propiedad.

Como veíamos en la parte introductoria, el código procesal civil que estamos analizando acaba de incorporar, con fecha de aprobación el 15 de julio de 2022, la *Practice Direction 57AD CPR* (también, *PD57AD CPR*), para la divulgación de documentos en los tribunales de comercio y propiedad.

Al respecto, FLAUX¹⁴⁹, *Chancellor of the High Court*, ha valorado muy positivamente el desarrollo del plan piloto de la *Practice Direction 51U CPR* (antecedente normativo que ha dado lugar a la *PD57AD CPR*), resaltando que el grupo de trabajo de la *disclosure* ha apreciado un cambio significativo en la cultura y el comportamiento de las partes, en relación con la divulgación. Éstas se han involucrado mucho antes en la discusión del conflicto y en el acuerdo sobre cómo abordar el gran problema de datos a divulgar y, si bien ha supuesto una carga anticipada de costes, la verdad es que en general han disminuido las solicitudes específicas de divulgación y el enfoque de la *disclosure*, dentro del procedimiento, ha sido mucho más centrado y eficiente.

Por otro lado, COULSON¹⁵⁰ resalta las que considera las cuatro ideas más importantes de esta reforma: la divulgación estándar deja de ser la opción por defecto (el uso del Modelo D¹⁵¹ será excepcional); se mantiene la obligación de divulgar los documentos adversos conocidos; se regula la divulgación inicial, que implica la revelación de los documentos clave para el caso y los documentos que delimitan el contexto de la disputa; y, por último, se intenta que las partes

¹⁴⁶ Parte 13 *Practice Direction 23A CPR*, que se remite a las *Practice Directions 44 a 48 CPR*.

¹⁴⁷ Parte 23.9 y 23.10 *CPR*.

¹⁴⁸ Parte 10 *Practice Direction 23A CPR*.

¹⁴⁹ Noticia de 15 de julio de 2022 «*Chancellor of the High Court and Master of the Rolls welcome the Disclosure Working Pilot being approved*», publicada en la web de *Courts and Tribunals Judiciary*, [¹⁵⁰ COULSON, en *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, p. 67.](https://www.judiciary.uk/guidance-and-resources/chancellor-of-the-high-court-and-master-of-the-rolls>Welcome-the-disclosure-working-pilot-being-approved/ (fecha última consulta: 03.01.23).</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁵¹ Los diferentes tipos de Modelos, incluido el D, se analizan en el epígrafe dedicado a la divulgación ampliada.

se pongan de acuerdo sobre el tipo de divulgación a realizar, a través del documento de revisión de la divulgación.

Entremos, pues, en el análisis de esta *Practice Direction* 57AD CPR, no sin antes delimitar el ámbito de estudio: nos centraremos en la Sección I PD57AD, por cuanto su Sección II no aporta novedad alguna, al consistir en remisiones a las normas de la Parte 31 CPR. Y focalizaremos el análisis en aquellos aspectos que consideremos más novedosos y que difieran de lo que hemos examinado hasta ahora.

a. Deberes en relación con la divulgación

Consideramos de suma importancia dedicar un apartado a esta novedad, cual es la positivización de los deberes para con el tribunal, de las partes o personas con expectativas de serlo, y de sus representantes legales.

En primer lugar, esta nueva *Practice Direction* ha recogido de forma expresa y enumerada los deberes en relación con la divulgación de documentos de las personas que sepan que son o pueden ser parte de un procedimiento judicial.

Las obligaciones que se han establecido son para con el tribunal, duran hasta la conclusión del procedimiento o la consecución de una transacción, y se listan de la siguiente manera: 1) Deber de tomar medidas razonables para conservar los documentos que estén bajo su control y que puedan ser relevantes para cualquier cuestión del procedimiento. Para ello, la parte deberá suspender los procesos de supresión o destrucción de esos documentos, mientras dure el procedimiento, o realizar copias de fuentes y documentos y almacenarlos. También se ha previsto la obligación de tomar medidas razonables para que los agentes, terceros, empleados o empleados, que puedan tener documentos relevantes en su poder, no los borren o destruyan y los conserven; 2) Deber de revelar los documentos adversos conocidos, a menos que estén protegidos. Esta obligación es absoluta y para todas las partes, así que, aunque no se haya solicitado una divulgación ampliada respecto de alguna parte, ésta igualmente tendrá que divulgar todos los documentos adversos conocidos en el plazo de 60 días desde la primera audiencia de gestión del caso y presentar un certificado de divulgación que lo asevere¹⁵². Esta obligación, además, es continua, por lo que, si los documentos adversos llegaran a conocimiento y poder de la parte, a lo largo del procedimiento, ésta debería revelarlos sin demora¹⁵³; 3) Deber de cumplir cualquier requerimiento judicial de divulgación; 4) Deber de emprender cualquier búsqueda de documentos de manera responsable y concienzuda, para cumplir con el propósito declarado de la búsqueda; 5) Deber de actuar con honestidad en relación con el proceso de divulgación y revisión de los documentos divulgados por la otra parte; y 6) Deber de hacer los esfuerzos razonables necesarios, para evitar proporcionar documentos a la otra parte, que no tengan relevancia para las cuestiones a revelar en el procedimiento.

¹⁵² Así lo regula la Parte 9.2 PD57AD CPR. El modelo de Certificado de Divulgación está previsto en el Anexo 4 PD57AD CPR, que se puede consultar en el siguiente enlace: Appendix-4-Disclosure-Certificate-July-2022100542024v3.docx (live.com) (fecha última consulta: 02.01.23). Véase la Parte 23 PD57AD CPR, sobre la incoación de un procedimiento por desacato al tribunal contra la persona que firme o haga firmar un certificado de divulgación falso, sin creer honestamente en su veracidad.

¹⁵³ Parte 9.3 PD57AD CPR.

En segundo lugar, se ha procedido de igual manera para plasmar por escrito los deberes de los representantes legales de las partes, para con el tribunal, los cuales coinciden en parte con los de las partes. Estos deberes son: 1) Deber de tomar medidas razonables para conservar los documentos que estén bajo su control y que puedan ser relevantes para cualquier cuestión del procedimiento, con iguales medidas que sus representados; 2) Deber de tomar medidas razonables para asesorar y ayudar a la parte a cumplir con sus obligaciones de divulgación y de conservación de documentos; 3) Deber de obtener de su cliente, una confirmación por escrito conforme ha tomado las medidas de conservación y divulgación pertinentes, la cual deberá reproducirse en su escrito de demanda o de contestación a la demanda; 4) Deber de mantener contacto y cooperar con los representantes legales de las otras partes o con las otras partes, si éstas no estuviesen representadas, para promover la realización fiable, eficiente y rentable de la divulgación; 5) Deber de actuar con honestidad en relación con el proceso de divulgación y revisión de los documentos divulgados por la otra parte; y 6) Deber de revisar las reclamaciones del privilegio de la divulgación de un documento, para cerciorarse de que son correctas y que la motivación de la reclamación del privilegio está suficientemente explicada.

b. Divulgación inicial

En esta última reforma se ha acuñado un nuevo concepto, que es el de divulgación inicial¹⁵⁴.

La divulgación inicial, con carácter general¹⁵⁵, implica que cada parte debe proporcionar al resto de partes, una lista de documentos de divulgación inicial, que enumere y vaya acompañada de copias de los documentos clave en los que se ha basado en apoyo de sus alegaciones o defensas, formuladas en su pliego de cargos, y de copias de los documentos clave que son necesarios para que las otras partes entiendan la demanda o la defensa que formulen. En esta fase, no es necesario traducir ningún documento ni revelar los documentos adversos.

La excepción se justifica cuando esos documentos ya hubiesen sido entregados a la parte contraria, en virtud de la *Practice Direction: pre-action conduct* o la *pre-action disclosure*, o cuando el número de documentos a proporcionar fuera superior a 200 o el número de páginas de documentos fuese superior a 1.000. En ese caso, la obligación de divulgación inicial cesa para todas las partes del procedimiento.

El incumplimiento por alguna parte de esta obligación de divulgación inicial puede implicar el requerimiento judicial de divulgación ampliada y/o una condena en costas.

¹⁵⁴ Parte 5 PD57AD CPR.

¹⁵⁵ Consultese la Parte 5.1 *Practice Direction* 57AD CPR, para conocer los casos en que no se aplicará y la Parte 5.3 de la misma norma, para los supuestos en que no será necesaria la divulgación inicial. Así mismo, la Parte 5.8 prevé los supuestos en que las partes pueden prescindir de la divulgación inicial o aplazarla; y la 5.10 las solicitudes de limitación o derogación de la obligación de proporcionar la información inicial, porque supondría un coste desproporcionado o sería excesivamente complejo.

c. *Divulgación ampliada. Documento de revisión de la divulgación.*

La divulgación ampliada debe solicitarse al tribunal¹⁵⁶ por la parte, como complemento de la divulgación inicial o como alternativa pero, en cualquier caso, el tribunal confiará en que las partes hayan completado previamente el Documento de Revisión de la Divulgación¹⁵⁷. La parte que la solicite deberá hacerlo bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad¹⁵⁸ y deberá utilizar los Modelos de Divulgación previstos en la Parte 8 PD57AD CPR, en función de las cuestiones a divulgar que se hayan detectado¹⁵⁹, a fin de que el proceso de revelación sea lo más práctico posible¹⁶⁰.

Los modelos que se han regulado son cinco: el Modelo A, para la divulgación de los documentos adversos conocidos¹⁶¹. El Modelo B, para la divulgación -fruto de una búsqueda limitada¹⁶²- de documentos adversos conocidos y documentos clave para las alegaciones de la parte y para que las otras partes entiendan la demanda o la contestación. En este caso, no hay límite en cuanto a la cantidad de documentos a revelar. El Modelo C, para la divulgación de documentos concretos o de categorías limitadas de documentos, relativos a una determinada cuestión a revelar. El Modelo D, para la divulgación -fruto de una búsqueda restringida¹⁶³- de documentos, incluidos los adversos. Y el Modelo E que, con carácter excepcional, sirve para la divulgación basada en una búsqueda amplia de documentos, según las cuestiones a revelar.

La resolución judicial sobre la divulgación ampliada se dictará, con carácter general, en la primera audiencia de gestión del caso y podrá resolver cualquier punto conflictivo entre las partes respecto a la divulgación como, por ejemplo, el alcance de las búsquedas, la forma de llevarse a cabo, el uso de la tecnología, la aplicación o efecto de cualquier disposición u orden en materia de divulgación o el plazo para completar un paso de la disclosure. Si se hubiese solicitado una divulgación ampliada basada en una búsqueda de documentos (modelos C, D y E), sólo se estimará si el tribunal considera que es necesario para resolver equitativamente el procedimiento¹⁶⁴.

¹⁵⁶ Las partes deben considerar los tipos de documentos y las fuentes de documentos que existen o pueden existir, incluidos los documentos que probablemente tenga la otra parte, para poder adoptar un enfoque realista de la divulgación (Parte 6.7 PD57AD CPR).

¹⁵⁷ Merece un análisis aparte, el significado e implicaciones del Documento de Revisión de la Divulgación, por lo que se estudiará en un subepígrafe aparte.

¹⁵⁸ Véase el epígrafe correspondiente a la finalidad de la disclosure, para entender el alcance de estos principios.

¹⁵⁹ El objetivo de relacionar los modelos de divulgación con los aspectos a divulgar es limitar las búsquedas necesarias y el volumen de documentos a divulgar (Parte 6.6 PD57AD CPR). Así pues, las cuestiones a divulgar podrán agruparse, para simplificar su revelación.

¹⁶⁰ Partes 6 y 8.3 PD57AD CPR.

¹⁶¹ Véase el epígrafe 5.2.1. con relación a los deberes de divulgación de las partes.

¹⁶² La búsqueda limitada implica que la parte no está obligada a realizar una búsqueda de documentos que vaya más allá de las búsquedas ya realizadas con el fin de obtener asesoramiento sobre su demanda o contestación a la demanda [Parte 8.3 PD57AD CPR, Modelo B (2)].

¹⁶³ La búsqueda restringida implica una búsqueda razonable y proporcionada. El tribunal determina los límites del alcance de esta búsqueda.

Véase también, COULSON, en *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, p. 67.

¹⁶⁴ Para este estudio de investigación no es relevante el proceso de cumplimiento de una orden de divulgación ampliada, pero se puede consultar el trámite en la Parte 12 PD57AD CPR. Así mismo, las Partes 17 y 18 PD57AD CPR regulan, respectivamente, el dictado de órdenes adicionales ante un incumplimiento adecuado de una orden de divulgación ampliada y la modificación de una orden de divulgación ampliada.

El tribunal también podrá proporcionar orientación sobre la divulgación, de oficio o a instancia de parte, cuando existan diferencias significativas de enfoque entre las partes, las partes requieran orientación del tribunal para abordar el punto de diferencia entre ellas (sin una determinación formal) o cuando necesiten orientación sobre los documentos¹⁶⁵.

i. Documento de revisión de la divulgación

Una vez efectuada la divulgación inicial y antes de la primera audiencia para la gestión del caso ante el tribunal, las partes deben identificar, discutir y tratar de acordar el alcance de cualquier divulgación ampliada solicitada¹⁶⁶. Lo harán a través del Documento de Revisión de la Divulgación¹⁶⁷ (en adelante, también DRD).

Esta obligación y la de actualizar el DRD es continua y vincula a todas las partes. Así, si una parte del procedimiento no coopera de forma constructiva, el tribunal podría requerirle la actuación pertinente, desestimarle sus solicitudes de divulgación ampliada o aplazar la audiencia de gestión del caso con condena en costas¹⁶⁸.

Si la divulgación ampliada solicitada implica la revelación de documentos basada en una búsqueda -conforme a los modelos de divulgación ampliada C, D y E-, el DRD deberá incluir una lista breve y concisa de cuestiones a revelar y cada cuestión deberá estar relacionada con el modelo de divulgación ampliada que la partes consideren oportuno¹⁶⁹.

Por último, para una mejor comprensión de lo anterior, debemos explicar qué son las «cuestiones a revelar». Las CPR han establecido que se refiere únicamente a aquellas cuestiones clave en disputa dentro del procedimiento, que las partes consideren que deben ser resueltas judicialmente con alguna referencia a los documentos¹⁷⁰.

6. Conclusiones

Realizado el análisis de la regulación de la *disclosure* en las CPR, a continuación destacaremos los elementos de esta institución que consideramos esenciales y señalaremos qué partes

¹⁶⁵ Véase la Parte 11 PD57AD CPR. Y la Parte 20 establece el régimen de sanciones ante el incumplimiento de las obligaciones de las partes.

¹⁶⁶ Este alcance incluye la estimación de costes y la estimación de la cantidad probable de documentos implicados (Parte 10.5 en relación con la Parte 22 PD57AD CPR). Así mismo, las partes deberán tratar el alcance de los límites de la búsqueda como, por ejemplo, rangos de fechas y custodios de documentos, clases particulares de documentos o tipos de archivos, depósitos de documentos específicos o ubicaciones geográficas, sistemas informáticos específicos o dispositivos de almacenamiento electrónico, palabras clave específicas u otras búsquedas automatizadas, programas informáticos a usar, estrategias de codificación, etc. (Parte 9.6 PD57AD CPR). Y las Partes 7.2 a 7.11 y 10.4 a 10.9 PD57AD establecen los trámites a seguir por las partes, a fin de alcanzar ese acuerdo sobre el alcance de la divulgación ampliada solicitada, y el trámite para el caso en que no fuera posible llegar a un acuerdo (Parte 7.6A). Véanse también, las Partes 7.6 y 10.1 PD57AD CPR.

¹⁶⁷ El Anexo 2 PD57AD CPR dispone el modelo de Documento de Revisión de la Divulgación: <https://www.justice.gov/courts/procedure-rules/civil/rules/part-57a-business-and-property-courts/practice-direction-57ad-disclosure-in-the-business-and-property-courts#a2> (fecha última revisión: 03.01.2023).

¹⁶⁸ Parte 10.3 PD57AD.

¹⁶⁹ Partes 7.2.1 y 7.2.2 PD57AD.

¹⁷⁰ Consultese la Parte 7.3 PD57AD CPR, para obtener la definición completa.

entendemos que el legislador español debería tener en cuenta en aras de mejorar nuestra regulación del art. 283 bis LEC¹⁷¹.

Primera. Es clave para las partes saber concretar qué deben buscar, para no adentrarse en divulgaciones o inspecciones de documentos innecesarios, y poder centrar sus esfuerzos en la resolución del verdadero conflicto en el procedimiento.

Para ello, consideramos fundamental la definición de *disclosure* adoptada por las normas de procedimiento inglesas, que distinguen entre la fase de divulgación y la de inspección. Se pueden ahorrar costes económicos y de tiempo, si primero la parte informa sobre los documentos de que dispone en relación con la controversia y después la parte interesada solicita el examen de los que le interesen o pide la divulgación de otros que no han sido revelados y considera que son relevantes para el caso. Es por ello que estas acepciones del término *disclosure* deberían ser acuñadas por el ordenamiento jurídico español en toda su amplitud y detalle, por ejemplo, previendo la revelación de documentos adversos, regulando el contenido mínimo de la divulgación estándar o estableciendo un formulario práctico para realizar el listado de los documentos a revelar (Parte 31 CPR, Parte 2.7 PD57AD CPR y Parte 3.1 PD31A CPR).

Asimismo, el legislador español debería regular la divulgación de los documentos electrónicos, pues pueden suponer una gran carga económica, de trabajo y de gestión. Para ello, entendemos que debería basarse en la PD31B CPR.

Segunda. La *disclosure* no debe suponer unos costes de dinero ni tiempo inasumibles por las partes. Por ello, el procedimiento debe ser lo más práctico posible. En este sentido, consideramos muy útil la regulación de los modelos de divulgación indicados en este estudio.

Además, entendemos que el uso de estos modelos de divulgación (Parte 8 PD57AD CPR) ayudaría a prevenir las *fishing expeditions* o búsquedas indiscriminadas de información, que son uno de los problemas procesales que hemos señalado.

Tercera. Ha quedado patente la importancia de la necesidad de cooperación entre las partes durante el procedimiento, pero también con anterioridad a éste, a fin de poder entender la posición de la parte contraria y propiciar el acercamiento de posiciones, en aras de tratar de transaccionar la controversia o, al menos, reducir las cuestiones conflictivas, o incluso para llegar a un acuerdo en cuanto a la divulgación de documentos.

En la normativa inglesa, esta cooperación entre las partes se ha regulado como un trámite obligatorio, tanto en la *Practice Direction: pre-action conduct and protocols* como en la *disclosure* de la Parte 31 CPR, dos fases diferentes, que se desarrollan en momentos distintos del *iter* del conflicto: la primera se desenvuelve en fase prejudicial y la segunda en el seno del procedimiento judicial. Pero en ambas, las partes tienen que discutir o negociar el alcance de la divulgación. Igualmente, en el procedimiento de divulgación previsto en los asuntos de comercio y propiedad, las partes tendrán que revisar los términos de la revelación antes de discutirlo ante el juez en la primera audiencia de gestión del caso.

¹⁷¹ La debida modificación del art. 283 bis LEC será objeto de un estudio posterior, porque excedería del objeto de este trabajo.

Esa obligación de cooperación, que tendría que seguir el literal de la norma inglesa y establecerse como un deber de información vigente durante todo el procedimiento judicial hasta su conclusión (Parte 3.3 PD31A y Parte 31.11 CPR), sin duda ayudaría a resolver parte de la problemática detectada en cuanto a la prueba de la existencia del daño y a su cuantificación en el ordenamiento jurídico español.

Cuarta. Entendemos que la *Practice Direction: pre-action conduct and protocols* es la «clave» del procedimiento inglés, porque a partir de una previa divulgación y, en su caso, exhibición de documentos, las partes están obligadas a negociar o a someterse a algún sistema ADR, lo cual, per se, implica acercar posiciones o, en el mejor de los posibles escenarios, llegar a un acuerdo, reducir costes -si se transacciona, aunque sólo sea en parte del conflicto- y centrar el problema real que existe entre las partes.

En nuestra opinión, esta institución debería preverse en el ordenamiento jurídico español, a fin de potenciar esa colaboración entre las partes, antes de llegar a los tribunales de justicia, forzando a las partes a negociar o, al menos, a centrar lo que debiera ser el objeto del procedimiento judicial. Además, creemos firmemente que supondría un mecanismo para reducir el colapso de nuestros juzgados mercantiles o, al menos, serviría para no empeorarlo.

Quinta. La regulación prevista en la Parte 23 CPR no parece aportar novedad útil para introducir en nuestro ordenamiento jurídico, pero la prevista en la PD57AD CPR, sí. En este último supuesto, si bien la divulgación inicial podría asemejarse a nuestra demanda y contestación a la demanda, y la primera audiencia de gestión del caso podría asimilarse a nuestra audiencia previa en el procedimiento ordinario, la verdad es que consideramos de especial trascendencia que el procedimiento inglés haya impuesto la obligación de las partes de revisar la divulgación solicitada antes de la audiencia prevista ante el tribunal.

Sexta. La profesionalidad y honestidad de las partes y sus representantes es decisiva para que este procedimiento llegue a buen fin. Por ello, y sin perder de vista que el principal objetivo de los abogados es defender los intereses de su cliente, es importante establecer las obligaciones de estos sujetos para con el tribunal, lo cual ha sido recogido en el ordenamiento inglés a través de la regulación de la *disclosure* en los tribunales de comercio y propiedad (PD57AD CPR).

Si bien el ordenamiento jurídico español ha regulado las consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a las fuentes de prueba y las consecuencias del incumplimiento de la obligación de confidencialidad y del uso de las fuentes de prueba, no ha previsto unos deberes a cumplir por las partes y sus representantes para con el tribunal. Por ello, los deberes previstos detalladamente en la regulación inglesa podrían servir a nuestro legislador como modelo (Parte 3 PD57AD CPR).

Séptima. Como reflexión final de este estudio, creemos que la *disclosure* inglesa aporta ideas originales que mejorarían la regulación del acceso a las fuentes de prueba prevista en nuestro art. 283 bis, letras a) a k) LEC. Sin embargo, somos conscientes de que la cultura jurídica inglesa (esto es, del *common law*) es muy diferente de la española (del *civil law*), por lo cual, para la eficacia de la implantación de un sistema similar de *disclosure*, muy probablemente se requeriría de un cambio de mentalidad de nuestros abogados y jueces.

7. Bibliografía

ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio, «Discovery y Disclosure: algunas reflexiones de Derecho Comparado», *La Ley Probática*, Nº 8, abril-junio 2022, pp. 56 ss.

ASHFIELD, E./SIME, Stuart/FRENCH, Derek, *Blackstone's Civil Practice. The commentary*, Editorial Oxford University Press, 2021.

BROWNE, Kevin/CATLOW, Margaret, *Civil Litigation*, Editorial College of Law Publishing, Guilford, 2018.

CABALLOL ANGELATS, Lluís (coord.), *Resarcimiento de daños por infracción de las normas concurrenceales en el Real Decreto-Ley 9/2017 de transposición de la Directiva 2014/101/UE*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

CARRASCO PERERA, Ángel, «El TJUE construye un laberinto para el Derecho transitorio en el cártel de los camiones (STJUE 22 junio 2022, as C-267/20)», *La Ley Mercantil*, Nº 93, 2022, pp. 1 ss.

CASANOVA MARTÍ, Roser, «La pre-action disclosure y las diligencias preliminares: un estudio comparado», *Revista Ius et Praxis*, Año 27 (1), 2021, pp. 143 ss.

CASTRILLO SANTAMARÍA, Rebeca, «La “exhibición de pruebas” del artículo 18 de la Directiva (UE) 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, en prensa, Ed. Tirant lo Blanch.

CASTRILLO SANTAMARÍA, Rebeca, «Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia», en IZQUIERDO BLANCO, Pablo et al. (dirs.), *Todas las preguntas y respuestas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 666 ss.

CERRATO GURI, Elisabet, «Análisis de la exhibición documental de terceros y la disclosure against a person not a party en el proceso civil», *Revista Ius et Praxis*, Año 27 (1), 2021, pp. 3 ss.

COULSON, Peter, «Discovery: To Disclosure and Beyond», en HIGGINS, Andrew (ed.), *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford University Press, 2020, pp. 65 ss.

CUNNINGHAM-HILL, Susan/ELDER, Karen, *Civil Litigation Handbook*, Editorial Oxford University Press, 2013.

DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes/MUÑOZ ROJO, Roberto, *El proceso civil inglés*, Editorial Comares, Granada, 2014.

GALIC, Ales, «Disclosure of documents in civil procedure: the privilege against self-incrimination or a quest for procedural fairness and substantive justice», en VAN RHEE, Ch./UZELAC, Alan (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 33 ss.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva

2014/104 y de la propuesta de ley de transposición», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, N° 1, marzo 2017, pp. 125 ss.

GIBBONS, Susan, *Subsequent use of documents disclosed in civil proceedings*, tesis dirigida por Zuckerman/TAPPER, University of Oxford, 2002.

GÓMEZ TRINIDAD, Sílvia (dir.), *Guía de buenas prácticas en el ejercicio de acciones judiciales de daños por infracciones de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

GONZÁLEZ GRANDA, Piedad/ARIZA COLMENAREJO, María Jesús, *Justicia y proceso. Una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021.

HERRERA PETRUS, Christian, «La medida de acceso a fuentes de prueba en la nueva acción de reclamación de daños por ilícitos antitrust», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 38, 2017-2018, pp. 407 ss.

HIGGINS, Andrew, «Open Door Disclosure in Civil Litigation», *The international journal of evidence & proof*, Vol. 16 (3), 2012, pp. 298 ss.

HIGGINS, Andrew/LEVY, Inbar/LIENART, Thibaut, «The Bright but Modest Potential of Algorithms in the Courtroom», en RABEEA, Assy/HIGGINS, Andrew (eds.), *Principles, Procedure and Justice*, Oxford University Press, 2020, pp. 116 ss.

HOLLANDER, Charles, «Disclosure: Should We Have Stayed with the RSC?», en HIGGINS, Andrew (ed.), *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford University Press, 2020, pp. 155 ss.

HOYLE, M., «Don't mention it: the increasing scope of documents obtainable under CPR r31.14: Scipharm Sarl v Moorfields Eye Hospital NHS Trust [2021] EWHC 2079», en *Civil Justice Quarterly*, Vol. 41 (1), Sweet & Maxwell, 2022.

LIGERTWOOD, A. (nota del Editor), «Disclosure of Expert Reports», *Civil Justice Quarterly*, Vol. 24, Sweet & Maxwell, 2005, pp. 293 ss.

MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco, «La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 876, 2014, pp. 91 ss.

MATTHEWS, Paul/MALEK, Hodge, *Disclosure*, Sweet & Maxwell, London, 2017.

PELLICER ORTIZ, Berta, «El problema de la prueba sobre la existencia y la valoración del daño en los procedimientos de reclamación de daños en el ámbito de la defensa de la competencia», *La Ley Probática*, núm. 6, 2021, pp. 12 ss.

REPAS, M. «Taking leniency documents as evidence in damages actions in cases of competition law infringement», en VAN RHEE, Ch./UZELAC, Alan (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 105 ss.

RUIZ PERIS, Juan Ignacio (coord.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la directiva 2014/104/UE. Directiva y propuesta de transposición*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2016.

SIME, Stuart, «Proportionality and Search-based Disclosure», en HIGGINS, Andrew (ed.), *Disclosure In: The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford University Press, 2020, pp. 161 ss.

SMITH, Graeme (ed.), *Civil Court Service*, Editorial Jordan Publishing, Bristol, 2015.

TORRE SUSTAETA, Victoria, *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la Competencia: La Tutela procesal del Derecho de la Competencia en el plano nacional español*, Aranzadi, Madrid, 2016.

TUDOR, Elena Cristina, *Acciones de indemnización por ilícitos competitivos y cuantificación de daños*, tesis leída en la Universidad de Valladolid, 2016.

UZELAC, Alan, «Evidence and the principle of proportionality. How to get rid of expensive and time-consuming evidence?», en VAN RHEE, Ch./UZELAC, Alan (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 33 ss.

ZHANG, Daqian et al., «YOLO-table: disclosure document table detection with involution», en *International Journal on Document Analysis and Recognition*, 2022 (DOI:10.1007/s10032-022-00400-z).

ZUCKERMAN, Adrian, *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, 4^a edición, Sweet&Maxwell, London, 2021.

ZUCKERMAN, Adrian, «The privilege Against Self-incrimination may not Confer a Right to Refuse Disclosure of Incriminating Documents that came into Existence Independently of the Disclosure Order», en *Civil Justice Quarterly*, Vol. 24, julio 2005, pp. 395.

ZUCKERMAN, Adrian, «Quality and Economy in Civil Procedure. The Case for Commuting Correct Judgments for Timely Judgments», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 14, Nº 3, 1994.

Convenio de doble nacionalidad hispano-francés. Valoración de su relevancia y resultados

María Ángeles Sánchez Jiménez
Universidad de Murcia

Sumario

El presente trabajo se centra en el Convenio bilateral de doble nacionalidad celebrado entre España y Francia, en vigor desde el 1 de abril de 2022, con el objeto de precisar el alcance de su relevancia en el contexto del ordenamiento español. La transcendencia de esta delimitación tiene una doble vertiente. Por una parte, como base que sustenta la celebración de este acuerdo y, por otra, porque la respuesta permite valorar si la vía convencional, a través de la ampliación de nuestra red de tratados bilaterales de doble nacionalidad, es el camino por el que ha de discurrir el reconocimiento de la doble nacionalidad en nuestro ordenamiento.

Abstract

The aim of this paper is to asses the dual nationality bilateral agreement between Spain and France, in force since April 1st, 2022, with the aim of specifying the extent of its relevance in the context of the Spanish legal order. The importance of this delimitation is twofold. It serves, on the one hand, as a base for the conclusion of this agreement. On the other, because the answer to this question allows to evaluate whether this sort of agreements, i.e. the extension of our dual nationality bilateral treaties network, are the way through which dual nationalities should be recognized in our legal order.

Title: Spanish-French dual nationality Agreement. Evaluation of its relevance and results

Palabras clave: Convenio España y Francia, doble nacionalidad, convenios bilaterales con países hispanoamericanos, Legislación española.

Keywords: Agreement Spain and France - Dual nationality - Bilateral agreements with Hispanic-American countries - Spanish legal order

DOI: 10.31009/InDret.2023.i1.12

Recepción
25/11/2022

Aceptación
14/01/2023

Índice

- 1. *Introducción*
- 2. *Alcance de la conservación de la nacionalidad como objetivo del Convenio*
- 3. *Valoración del Convenio a través de su resultado. La doble nacionalidad*
 - 3.1. Análisis comparativo con los convenios bilaterales suscritos por España con países iberoamericanos
 - 3.2. Alcance del Convenio respecto a la vía unilateral prevista en la legislación española
- 4. *Transcendencia de la aplicación retroactiva del Convenio*
- 5. *Conclusiones*
- 6. *Bibliografía*

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

1. Introducción*

El 1 de abril de 2022 entraba en vigor el «Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa, hecho en Montauban el 15 de marzo de 2021» (denominado Convenio hispano-francés, a partir de ahora CHF)¹. Su fundamento, como el de todos nuestros convenios de doble nacionalidad, se basa en el art. 11.3 de la CE que permite su celebración con los países especialmente vinculados con España. Ahora bien, la particularidad del CHF es que se trata del primero que se suscribe con un Estado no perteneciente al ámbito iberoamericano. Si a ello se añade, por una parte, la pérdida de eficacia de los convenios de doble nacionalidad que hasta el momento han sido suscritos por España² y, por otra, la existencia de la vía unilateral para evitar la pérdida de la nacionalidad que, sobre la base del mismo precepto constitucional, se articula en relación a los países especialmente vinculados³, la cuestión que surge de inmediato es la relativa a las razones a las que obedece y por las que se justifica este nuevo convenio bilateral. Se trata de plantear la transcendencia que presenta, como argumento que sustenta su celebración. Su respuesta configura el objeto del presente trabajo, cuya relevancia es esencial al ser la que permite valorar si el CHF puede ser considerado como el inicio de un nuevo camino para la ampliación de nuestra red de tratados bilaterales de doble nacionalidad más allá del ámbito tradicional de los países iberoamericanos, con otros que, como Francia, tuvieran una especial vinculación con España⁴.

En la respuesta a esta transcendencia del Convenio poco aporta su Preámbulo, al margen de referirse a la que pueda tener para las relaciones entre ambos países en atención a sus vínculos históricos⁵. Es más, la referencia que introduce respecto al objeto del Convenio no tiene un fácil

* María Ángeles Sánchez Jiménez (angeles@um.es). Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Murcia. El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto I+D+i PID2020-113444RB-I00, «Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración» financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033, y ha sido elaborado durante la estancia de investigación en CEDIN, Université Paris Nanterre (noviembre 2022), realizada mediante la obtención de la ayuda *Moving Minds CMN* que, para la realización de estancias de investigación en centros extranjeros, fueron convocadas en régimen de publicidad y concurrencia competitiva por la Resolución del Rector de la Universidad de Murcia R-173/2022 de 9 de febrero de 2022.

¹ BOE núm. 75, de 29 de marzo de 2022. La fecha de su entrada en vigor es, como indica el propio Convenio, la que coincide con el «primer día del mes siguiente a la fecha en que las Partes se notificaron la finalización de los procedimientos jurídicos necesarios a tal efecto, según se establece en su artículo 5». Su gestación, como en su momento informaba el Gobierno español, obedece a la propuesta realizada en marzo de 2019 por España a las autoridades francesas para iniciar negociaciones, que se prolongaron hasta el mes de septiembre de 2020, momento en que se alcanzó un consenso con las autoridades francesas sobre la redacción del texto. La autorización para su tramitación fue acordada por el Congreso el 30 de agosto de 2021 (BOCG. Sección Cortes Generales, serie C, núm. 80-1, de 30 de agosto de 2021).

² *Vid. Infra*, nota núm. 15.

³ Señala el art. 11.3 de la CE que «(e)l Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen». Sobre la vía unilateral *vid. Infra*. Apartado 3.2.

⁴ Entre los países especialmente vinculados que precisa el art. 24.1 II del CC no se encuentra Francia, sin embargo, la celebración del CHF muestra que ha de entenderse comprendido entre ellos. El resultado de la ausencia de precisión sobre la delimitación de estos países permite considerar la posibilidad de la celebración de convenios bilaterales con aquéllos otros que, si bien no comprendidos en aquel precepto, también puedan quedar integrados en la misma categoría, en razón a la existencia de especiales vínculos históricos.

⁵ Estos aspectos quedan reflejados en el Preámbulo cuando señala: «El Reino de España y la República Francesa, en adelante «las Partes», deseando rendir tributo a las relaciones históricas entre los dos países que hunden sus

encaje como justificante de su celebración; de hecho, no coincide con la que aporta en su art. 1 como de inmediato se aprecia⁶. Tampoco se encuentra esta respuesta en la expresa referencia que realiza a «la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por ambos Estados, en cuanto declara que ‘toda persona tendrá derecho a una nacionalidad’». Un aspecto que, además de constituir un débil argumento para la celebración de un convenio de doble nacionalidad, no permite conocer las razones que motiven la relevancia y, con ella, la celebración de este Convenio en particular que son, precisamente, las que se buscan en este análisis.

Con esta finalidad el presente trabajo aborda la delimitación del alcance que presenta el CHF y la valoración de la relevancia de su resultado en el contexto del ordenamiento español. A ella responde su sistemática, que discurre a través de la valoración de la transcendencia del Convenio desde tres diferentes perspectivas. La primera, en atención a su objetivo, al que se refiere su art. 1, que permite abordar la repercusión que presenta la conservación de la nacionalidad en el contexto de la legislación española (apartado II). La segunda, en atención al resultado de la doble nacionalidad que deriva del CHF para constatar su alcance desde el punto de vista comparativo, por una parte, respecto a los convenios bilaterales suscritos por España con los países iberoamericanos y, por otra, en relación a la vía unilateral que articula la ley española para evitar la pérdida de la nacionalidad de origen (apartado III). La tercera perspectiva para abordar la transcendencia del CHF se basa en la consideración de las relevantes consecuencias que derivan de su aplicación retroactiva (apartado IV). Por último, como resultado de este estudio se aportan las conclusiones con las que se responde a la cuestión esencial que, como se ha señalado, motiva el desarrollo de este análisis (apartado V).

2. Alcance de la conservación de la nacionalidad como objetivo del Convenio

Como punto de partida es preciso destacar que las disposiciones más relevantes del CHF son los arts. 1 y el 3, que se complementan con el art. 2, sobre la obtención y renovación de pasaportes o documentos de identificación de las personas que se acojan al Convenio. A ellas se añade el art. 4, referido a las posibles revisiones periódicas⁷ y el art. 5 que precisa su ámbito de aplicación temporal⁸.

El Convenio comienza en su art. 1 introduciendo el objetivo al que obedece al señalar que «(l)os españoles podrán adquirir la nacionalidad francesa y los franceses podrán adquirir la nacionalidad española, conservando su anterior nacionalidad, española o francesa respectivamente, siempre que cumplan los requisitos que determine la legislación del Estado cuya nacionalidad adquieran». De acuerdo con este precepto su finalidad es la de permitir la

raíces en la misma fundación de ambos y a la existencia de un acervo común entre el Reino de España y la República Francesa (...). Deseando fortalecer los vínculos que unen a las dos naciones (...»).

⁶ *Vid.* Siguiente apartado, que aborda el objeto al que obedece el Convenio.

⁷ El Convenio prevé su posible modificación en su art. 4, cuando establece que «(a)mbos Gobiernos se consultarán periódicamente con el fin de estudiar y adoptar las medidas apropiadas para la armónica aplicación de este Convenio, así como las eventuales modificaciones y adiciones que, de común acuerdo, se estimen convenientes, especialmente si fuere necesario como consecuencia de la reforma o el desarrollo constitucional en ambos Estados».

⁸ Este precepto, tras la referencia al momento de su entrada en vigor que recoge en su párrafo primero, señala que «el Convenio permanece en vigor por tiempo indefinido, si bien en cualquier momento es posible su denuncia por cualquiera de los Estados parte, siempre que se notifique, por escrito y vía diplomática y, en todo caso, sus efectos se producirán a los doce meses de la recepción de esta notificación».

conservación de la nacionalidad que se ostente de uno de los Estados parte al adquirir la del otro. Ante la ausencia de precisión, ha de entenderse que se refiere a la nacionalidad, sea o no la de origen. En todo caso, lo que deja claro en este primer artículo es que el Convenio no afecta a las vías para la adquisición de la nacionalidad establecidas en la legislación francesa o española. Los requisitos que determine la legislación de cada Estado contratante se mantienen invariables a los efectos de la adquisición, por los respectivos nacionales, de la nacionalidad del otro Estado parte. No se prevén vías privilegiadas de acceso a la nacionalidad. En este sentido, como antes se apuntaba, el Preámbulo puede inducir a confusión cuando indica «(...) con el fin de garantizar mayores facilidades prácticas a sus nacionales para llegar a ser, respectivamente, franceses o españoles, así como para evitar el riesgo de apatridia, que pudiera suceder por omisión de la legislación de alguno de los dos Estados o de ambos, o por una asimetría entre ambas legislaciones». El objetivo del Convenio no es, como parece derivarse del Preámbulo, el de facilitar la adquisición de la nacionalidad, ni el de evitar la apatridia, sino que responde a la finalidad que caracteriza a todos los convenios de doble nacionalidad, como es la de permitir la conservación de la nacionalidad.

La transcendencia del Convenio valorada a través de su objetivo, exige considerar la relevancia de su alcance en nuestro ordenamiento que se muestra en atención a los preceptos del Código Civil (a partir de ahora CC) cuya aplicación queda afectada.

Concretamente, en el caso de adquisición de la nacionalidad española por un nacional francés⁹, la relevancia del CHF se constata por cuanto su objetivo, al permitir que el nacional francés conserve su nacionalidad, afecta a los requisitos establecidos por nuestra legislación para la adquisición de la nacionalidad española, en particular al relativo a la renuncia a la nacionalidad anterior que exige (entre otros) el art. 23 b) del CC para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia¹⁰. El CHF impide que esta renuncia sea exigida a los nacionales franceses cuando adquieran la nacionalidad española. El resultado es el reconocimiento de la doble nacionalidad¹¹ con la que quedan beneficiados los

⁹ Comparte las vías establecidas en nuestra legislación para la adquisición de la nacionalidad española por cualquier extranjero. En particular, en el caso de la adquisición por residencia en España, no hay alteración alguna del plazo. El CHF no implica que los nacionales franceses vean reducido el plazo de diez años de residencia en España, que ha de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición.

¹⁰ Este precepto exige, además, la declaración de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes. En lo que respecta a la exigencia de renuncia a la nacionalidad extranjera por parte de quienes optan o adquieren la española es, siguiendo a MOYA ESCUDERO, el resultado del rechazo por el legislador español a la doble nacionalidad, consecuencia de un posicionamiento absolutamente unilateral. MOYA ESCUDERO, «Doble nacionalidad del nacido en España de progenitor español y extranjero», en MOYA ESCUDERO (dir.), *Plurinacionalidad y Derecho internacional privado de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 23-66, p. 29. Esta postura crítica también es la mantenida por RODRÍGUEZ PINEAU («Identidad y nacionalidad», *Anuario de la Facultad de Derecho UAM*, núm. 17, 2013, pp. 207-236, p. 211) cuando indica que este requisito responde al planteamiento de quienes defienden que la nacionalidad lleva implícito un vínculo de lealtad institucional y social que resulta incompatible con la doble nacionalidad, al considerarse la fidelidad y la identificación con un Estado concreto un principio político básico. En particular reviste especial interés en relación al tema que ahora se aborda el análisis crítico sobre la exigencia de que España, como Estado miembro, imponga la renuncia a la nacionalidad de origen de un ciudadano de la UE, realizado por BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, «Adquisición de la nacionalidad española por residencia y renuncia a la nacionalidad de origen por parte de ciudadanos de la Unión Europea. Hacia un cambio de paradigma», en MOYA ESCUDERO (Dir.), *Movilidad Internacional de Personas y Nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 189-224.

¹¹ El resultado de esta doble nacionalidad, consecuencia (automática) de la inexigibilidad de este requisito, tiene un alcance superior que el de la solución unilateral que integra este mismo art. 23 cuando indica que «quedan a salvo» del requisito de la renuncia los naturales de los países mencionados en el apartado 1 del art. 24 (países

nacionales franceses. En este supuesto la consecuencia afecta a lo previsto en el art. 25.1 del CC al perder virtualidad el caso de pérdida de la nacionalidad que recoge en su letra a) referido a los españoles que no sean de origen cuando, durante un período de tres años, utilicen exclusivamente la nacionalidad a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la española.

Por otra parte, en el caso relativo a la adquisición de la nacionalidad francesa por un nacional español, el alcance del objetivo del CHF muestra su relevancia en nuestro ordenamiento en cuanto impide la operatividad de lo previsto en el art. 24.1 del CC, referido a la pérdida de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra nacionalidad tratándose de los emancipados que residan habitualmente en el extranjero. La declaración ante el Encargado del Registro Civil en los tres años siguientes al momento de la adquisición de la nacionalidad extranjera que, de acuerdo con este precepto, ha de realizar el interesado si quiere evitar la pérdida de la nacionalidad española, no se puede exigir cuando la nacionalidad adquirida haya sido la francesa¹². En ese caso la conservación de la nacionalidad española de acuerdo con el CHF beneficia a los españoles que adquieran la nacionalidad francesa.

Si lo anterior se refiere al alcance que presenta del CHF considerado desde la perspectiva de la legislación española, el resultado es muy distinto si se atiende a la francesa. Esta legislación no exige la renuncia de la nacionalidad francesa al adquirir otra extranjera, ni de la extranjera al adquirir la francesa. Este ordenamiento permite la doble nacionalidad¹³ y, por lo tanto, no queda

iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal) y los sefardíes originarios de España. *Vid. Infra.* Apartado 3. 2.

¹² En sentido negativo es preciso señalar que el alcance del Convenio no afecta a dos supuestos que recoge el mismo art. 24 del CC en cuanto no se refieren al caso de pérdida de la nacionalidad española por la adquisición de otra nacionalidad. El primero es el recogido en el art. 24.1 relativo a la pérdida de la nacionalidad española del emancipado que resida habitualmente en el extranjero y utilizara voluntariamente la nacionalidad extranjera que tuviera atribuida antes de la emancipación. Para este caso sería aplicable la solución que arbitra el mismo precepto al señalar que el interesado puede evitar la pérdida de la nacionalidad española si durante el plazo de los tres años siguientes a contar, en este caso, desde el momento de la emancipación, realiza una declaración ante el Encargado del Registro Civil manifestando su voluntad de conservar la nacionalidad española. El segundo supuesto es el que recoge el art. 24.3 CC, referido al caso de los que hubieran nacido y residan en el extranjero, y ostenten la nacionalidad española por ser hijo de padre o madre españoles también nacidos en el extranjero, y que la ley del país donde resida le atribuya la nacionalidad del mismo. Puesto que se trata de una situación que no es el resultado de la adquisición de la nacionalidad, tampoco queda afectada por el CHF. En esta situación, si bien establece el art. 24. 3 CC que pierden la nacionalidad española, siendo indiferente la nacionalidad (española o extranjera) que se hubiera utilizado, a diferencia del caso previsto en el art. 24.1, arbitra sin embargo la misma solución para evitar la pérdida de la nacionalidad española, consistente en su posible conservación previa declaración ante el Encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, en este supuesto computados desde la mayoría de edad o emancipación.

¹³ La legislación francesa sobre nacionalidad se encuentra en el Código Civil francés, de 21 de marzo de 1804, objeto de reforma por numerosos textos normativos. Una versión consolidada se puede consultar en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20130701>. Un análisis del derecho francés sobre la nacionalidad en (entre otros): AUDIT/D'AVOUT, *Droit international privé*, 2^a edic., LGDJ, París, 2022; BERTOSSI/HAJJAT, Country Report: France, *[GLOBALCIT]*, EUDO Citizenship Observatory, 2013/04, Country Reports, 2013 (<http://hdl.handle.net/1814/19613>); LAGARDE, *La Nationalité Française*, 4^a édition, Dalloz, 2011; DE LA PRADELLE, «Nationalité française, Extranéité, Nationalités étrangères», en *Mélanges Dédies à Dominique Holleaux*, París, Litec, 1990, pp. 135-152; MAYER/HEUZÉ, *Droit international privé*, 12^a edic., LGDJ, París, 2019; VONK, *Dual Nationality in the European Union: A Study on Changing Norms in Public and Private International Law and in the Municipal Laws of Four EU Member States*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012; WEIL, «L'histoire de la nationalité française: une leçon pour l'Europe», en WEIL, HANSEN, (dir.), *Nationalité et citoyenneté en Europe*, La Découverte, París, 1999, pp. 55-70. Un extenso análisis es realizado por RUEDA VALDIVIA/LUCAS, «Derecho de Nacionalidad en Francia», en RUEDA VALDIVIA/LARA AGUADO (Dirs)/MORENO CORDERO (Coord), *Normativas de Nacionalidad en Derecho Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 509-529. Como indican en relación a la plurinacionalidad, «(l)a legislación francesa no exige la renuncia a su nacionalidad de origen a las

afectado por el objetivo de la conservación de la nacionalidad al que obedece el Convenio. Cabe por ello señalar que la relevancia del CHF es que la conservación de la nacionalidad de los españoles que adquieren la francesa y de los franceses que adquieran la española es permitida también por el ordenamiento español y, en consecuencia, la doble nacionalidad también queda reconocida en España.

3. Valoración del Convenio a través de su resultado. La doble nacionalidad

El reconocimiento de la doble nacionalidad por los dos Estados parte es el resultado del objeto al que obedece el CHF¹⁴. Un resultado que comparte con el conjunto de los acuerdos bilaterales que han sido celebrados por España con países iberoamericanos. Del mismo modo, la doble nacionalidad puede ser el resultado de la vía unilateral que reconoce la legislación española para evitar la pérdida de la nacionalidad de origen. Sobre esta base, la valoración del alcance de la doble nacionalidad que deriva del CHF, como herramienta que pueda justificar su celebración, exige un análisis desde una perspectiva comparativa con el alcance que resulta, por una parte, del conjunto de aquellos convenios bilaterales y, por otra, con el que pudiera derivar de la vía unilateral. A ello responden los dos respectivos epígrafes en los que se divide el presente apartado.

3.1. Análisis comparativo con los convenios bilaterales suscritos por España con países iberoamericanos

Hasta el momento de celebración del CHF, España ha firmado convenios de doble nacionalidad con países iberoamericanos, concretamente con Chile (1958), Perú (1959), Paraguay (1959), Nicaragua (1961), Guatemala (1961), Bolivia (1961), Ecuador (1964), Costa Rica (1964), Honduras (1966), República Dominicana (1968), Argentina (1969) y Colombia (1979)¹⁵.

personas que, teniendo una nacionalidad extranjera, adquieran por cualquier vía la nacionalidad francesa. Además, la adquisición voluntaria por parte de un ciudadano francés residente en el extranjero de la nacionalidad de otro país, no constituye causa de pérdida de la nacionalidad francesa. A ello habría que unir, finalmente, la absoluta permisividad del legislador francés respecto a los supuestos en los que una persona de nacionalidad francesa de origen tenga asimismo atribuida por una ley extranjera la nacionalidad de dicho país, sea por nacimiento o por matrimonio con un súbdito de dicho Estado. En tales supuestos podrá el interesado, sin mayor problema, mantener *sine die* las dos nacionalidades, quedando a su discreción el hacer o no uso de la posibilidad de renuncia a la nacionalidad francesa que le viene reconocida –renuncia que, dependiendo del caso, quedará o no sujeta a plazo» (en esp., pp. 525-526).

¹⁴ Este reconocimiento de la doble nacionalidad de dos Estados miembros que resulta del Convenio ha llevado a señalar a BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ («Adquisición de la nacionalidad...», *Cit.*, p. 214) que representa el «cambio de paradigma necesario» del modo de entender la doble nacionalidad en la legislación española. Indica por ello (p. 219) que este Convenio «va más allá de una ‘simple’ relación bilateral entre dos Estados fronterizos y se incardina en un contexto más amplio de una integración europea».

¹⁵ Los doce Convenios bilaterales de doble nacionalidad que España ha concluido son los siguientes: Argentina, de 14 de abril de 1969 (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 1971), modificado por el Protocolo adicional de 6 de marzo de 2001 (BOE núm. 88, de 12 de abril de 2001); Bolivia, de 12 de octubre de 1961 (BOE núm. 90, de 14 de abril de 1964), modificado por el Protocolo adicional de 18 de octubre de 2000 (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002); Chile, de 24 de mayo de 1958 (BOE núm. 273, de 14 de noviembre de 1958); Colombia, de 27 de junio de 1979 (BOE núm. 287, de 29 de noviembre de 1980), modificado por el Protocolo adicional de 14 de septiembre de 1998 (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 2002); Costa Rica, de 8 de junio de 1964 (BOE núm. 151, de 25 de junio de 1965), modificado por el Protocolo adicional de 23 de octubre de 1997 (BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 1998); República Dominicana, de 15 de marzo de 1968 (BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1969), modificado por el Protocolo adicional de 2 de octubre de 2002 (BOE núm. 272, de 13 de noviembre de 2007); Ecuador, de 4 de marzo de 1964 (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1965), modificado por el Protocolo de 25 de agosto de 1995 (BOE núm. 196, de 16 de agosto de 2000); Guatemala, de 28 de julio de 1961 (BOE núm. 60, de 10 de marzo de 1962),

Estos convenios no establecen mecanismos privilegiados para adquirir la nacionalidad del otro Estado. Su objeto, como el del CHF, es el de permitir la conservación de la nacionalidad del Estado contratante al adquirir la del otro Estado parte. El resultado es el reconocimiento de la doble nacionalidad, sin embargo, en virtud de estos convenios no es posible ostentar las dos nacionalidades simultáneamente, sólo una de ellas se ostenta, en tanto que la otra no es efectiva, está *latente*. La modificación de esta nacionalidad efectiva requiere como regla general, el cambio de residencia a este país, al ser suficiente con la nueva inscripción del domicilio¹⁶. Este resultado es el motivo de la pérdida de la eficacia de estos convenios. Se trata de un aspecto esencial si se compara con el derivado del nuevo CHF cuyo objeto, articulado sobre el reconocimiento de la conservación de la nacionalidad por ambos Estados contratantes, lleva a permitir el goce simultáneo de la doble nacionalidad hispano-francesa¹⁷. Un resultado que no obsta a la necesidad de determinar la nacionalidad efectiva a los efectos de la aplicación de las normas de DIPr. En este sentido es preciso considerar que, de resultar aplicable en el caso concreto un Reglamento europeo habría de ser aplicada la vía que este texto establezca para los casos de doble

modificado por dos Protocolos: el Primero de 10 de febrero de 1995 (BOE núm. 158, de 1 de julio de 1996), y el Segundo de 19 de noviembre de 1999 (BOE núm. 88, de 12 de abril de 2001); Honduras, de 15 de junio de 1966 (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 1967), modificado por el Protocolo adicional de 13 de diciembre de 1999 (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2002); Nicaragua, de 25 de julio de 1961 (BOE núm. 105, de 2 de mayo de 1962), modificado por el Protocolo adicional de 12 de noviembre de 1997 (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 2001); Paraguay, de 25 de junio de 1959 (BOE núm. 94, del 19 de abril de 1960), modificado por el Protocolo adicional 26 de junio de 1999 (BOE núm. 89, de 13 de abril de 2001); Perú de 16 de mayo de 1959 (BOE núm. 94, de 19 de abril de 1960); modificado por el Protocolo adicional de 8 de noviembre de 2000 (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 2001).

¹⁶ En virtud de lo previsto en nuestros convenios bilaterales, sólo una de ellas es la nacionalidad efectiva, en tanto que la otra queda «latente», motivo por el que perdieron su virtualidad. Así se ha destacado desde el momento en que fue desarrollado el art. 11.3 CE por la Ley 51/1982, y así se puso de manifiesto en la Instrucción de la DGRN de 16 de mayo de 1983, y en la RDGRN de 30 de noviembre de 1991 y de 16 de marzo de 1995. La situación de desventaja de los españoles que se hubieran acogido a la vía convencional motivó que se pusiera en marcha un proceso de revisión de los convenios a través de ciertos Protocolos. *Vid.* ADROHER BIOSCA, *La plurinacionalidad en el Derecho internacional privado español*, Reus, Madrid, 2019 pp. 45-47; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «La doble nacionalidad», *Nociones básicas de Registro civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, 5^a ed., GPS, Madrid, 2015, pp. 291-315; ARROYO MONTERO, «Modificación de los Convenios sobre doble nacionalidad como instrumentos de integración». *Iberoamérica ante los procesos de integración Actas de las XVIII Jornadas de la AEPDIRI*, Madrid, 2000; FERNÁNDEZ ROZAS/RODRÍGUEZ MATEOS, «Artículo 9, apartado 9 del Código Civil: Ley aplicable a los individuos que ostentan más de una nacionalidad» en ALBALADEJO/DÍAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* t. I, vol. 2, Edersa, Madrid, 1995, pp. 392-428. MORENO CORDERO realiza un análisis de la inoperatividad práctica de los doce Convenios suscritos con países iberoamericanos, tanto desde la perspectiva de los españoles de origen, como desde la de los nacionales de los países con los que se han celebrado. MORENO CORDERO, «La nacionalidad prevalente del plurinacional español en Iberoamérica y la Ley aplicable a su estatuto personal», en MOYA ESCUDERO (dir.), *Plurinacionalidad y Derecho internacional privado de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 263- 315 (en esp., pp. 271-291).

¹⁷ Como indica, ABARCA JUNCO, la expresión doble nacionalidad se utiliza para denominar dos realidades jurídicas y sociológicas muy distintas. En un primer supuesto se sitúan los casos en los que un ordenamiento jurídico permite al sujeto ostentar dos nacionalidades simultáneamente, se trata de la doble nacionalidad en sentido estricto. En el segundo se sitúan aquéllos otros en los que dos (o más) ordenamientos atribuyen simultáneamente al sujeto su nacionalidad respectiva, consecuencia de la reglamentación unilateral del vínculo de pertenencia del sujeto con el Estado del que deriva la atribución de la nacionalidad. ABARCA JUNCO, «Tema IX Derecho de la nacionalidad (II). La vecindad civil», en *Derecho Internacional Privado*, UNED, 2^a Ed., Madrid, 2016, pp. 277-290 (en esp. p. 277). Sobre la diversidad de las situaciones de doble nacionalidad *vid.* ADROHER BIOSCA, *La plurinacionalidad...*, cit., pp. 15 ss.; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nacionalidad Española (Normativa vigente e interpretación jurisprudencial)*, Aranzadi-Ministerio de Trabajo e Inmigración, Navarra, 2008; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Acceso a la nacionalidad por parte de los inmigrantes: perspectiva jurídica», en AJA/ARANGO/OLIVER ALONSO (dirs.), *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la inmigración en España*, Barcelona, Cidob, Diputació Barcelona, Fundación Acsar y Fundación Ortega-Marañón, 2013, pp. 130-158.

nacionalidad¹⁸. En este aspecto puede presentar una repercusión importante la doble nacionalidad de dos Estados miembros de la UE que resulta del CHF¹⁹. En el caso en el que el Reglamento concreto estableciera la aplicación de la legislación interna de los Estados miembros²⁰, o bien cuando en la concreta relación jurídica no sea aplicable ninguno de estos textos europeos, habría que acudir a la solución prevista en el art. 9.9 del CC que remite a lo especificado en el propio Convenio, y si nada establece, a la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida²¹.

¹⁸ Los Reglamentos europeos introducen en este sentido soluciones muy diversas. En unos casos optan por la regla de la remisión a las respectivas legislaciones internas, permitiendo en otros que el doble nacional pueda elegir. Al respecto se puede consultar la obra realizada por diversos autores bajo la dirección de MOYA ESCUDERO, *Plurinacionalidad y Derecho internacional privado de familia y sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

¹⁹ Este reconocimiento de la doble nacionalidad de dos Estados miembros tiene una importante repercusión en el contexto europeo si se considera que el criterio de la nacionalidad es uno de los que acogen los Reglamentos europeos en materia de familia y sucesiones para la atribución de la competencia judicial internacional y la determinación de la Ley aplicable. Aunque la residencia habitual es el criterio relevante, la nacionalidad que ostente el sujeto sigue teniendo un papel relevante. Dejando aparte los casos en los que el criterio se basa en la nacionalidad común de las partes, la de una sola de ellas se considera frecuentemente entre los criterios delimitadores de la autonomía de la voluntad limitada de las normas conflictuales de estos Reglamentos, así como, aunque en menor medida, de las normas delimitadoras de la competencia.

²⁰ Como ocurre en el Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343/10, de 29 de diciembre de 2010), al establecer en su Considerando 22 que «(e)n los casos en que el presente Reglamento hace referencia a la nacionalidad como criterio de vinculación a efectos de la aplicación de la ley de un determinado Estado, el tratamiento de los casos de nacionalidad múltiple debe regirse por la legislación nacional, respetando plenamente los principios generales de la Unión Europea». Para un análisis de las consecuencias de esta solución *vid. SÁNCHEZ JIMÉNEZ*, «Doble nacionalidad y divorcio judicial en el ámbito europeo», en MOYA ESCUDERO, *Plurinacionalidad y Derecho internacional privado de familia y sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 403-447.

²¹ Al respecto *Vid. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO*, «Artículo 9, apartados 1 al 10», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. 1, Madrid, Edersa, 1978, pp. 194-197; *Id.* «La reforma del art. 9 del Código civil español», *REDUCM*, núm. 27, 1973, pp. 315-353; *Id.* «Art. 9.10», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2^a ed., Madrid, Tecnos, 2006, pp.163- 180; *ÁLVAREZ RODRÍGUEZ*, «Derecho de nacionalidad en España» en *RUEDA VALDIVIA/LARA AGUADO* (Dirs)/MORENO CORDERO (coord), *Normativas de nacionalidad en Derecho Comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 438-439; *CALVO CARAVACA/ CARRASCOSA GONZÁLEZ*, *Derecho Internacional Privado*, 18^a ed., v. II, Granada, Comares, 2018, pp. 17-33; *ESPINAR VICENTE*, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas,1994; *ESPINAR VICENTE/GUZMÁN PESES*, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Dykinson, 2017; *ESPLUGUES MOTA/PALAO MORENO/DE LORENZO SEGRELLES*, *Nacionalidad y extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006; *FERNÁNDEZ MASIÁ* (dir.), *Nacionalidad y extranjería*, 3^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021; *FERNÁNDEZ ROZAS/SÁNCHEZ LORENZO*, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Madrid, Cizur Menor, 11 ed., 2020, pp. 361 ss.; *FERNÁNDEZ ROZAS/RODRÍGUEZ MATEOS*, «Artículo 9, apartado 9...», *cit.*, pp. 392-428; *PALAO MORENO*, «Nacionalidad y Derecho internacional privado: los conflictos de nacionalidad», en *LAPIEDRA ALCAMÍ* (coord.), *Nacionalidad y extranjería*, 3^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 61-74; *RODRÍGUEZ MATEOS*, «La doble nacionalidad en la sistemática del Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLII, núm. 2, 1990, pp. 463-494; *VARGAS GÓMEZ- URRUTIA*, «La nacionalidad española», en *GÓMEZ JENE/GUZMÁN ZAPATER/HERRANZ BALLESTEROS/PÉREZ VERA/VARGAS GÓMEZ- URRUTIA*, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 189-220; *VIRGÓS SORIANO*, «Nationality and Double Nationality: Principles in the Spanish Private International Law System», en *JAYME/MANSEL* (dirs), *Nation and Staat und Internationalen Privatrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, pp. 241-248. M. Soto Moya realiza un análisis de la función actual del art. 9.9 CC, desde la perspectiva de su efectividad práctica respecto a la determinación de la nacionalidad prevalente, unido a la reflexión de la suficiencia de las soluciones previstas en el precepto. *SOTO MOYA*, «Plurinacionalidad y suficiencia de las soluciones previstas por el legislador en el artículo 9.9 CC», en MOYA ESCUDERO (dir), *Plurinacionalidad y Derecho internacional privado de familia y sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 213-262.

3.2. Alcance del Convenio respecto a la vía unilateral prevista en la legislación española

El resultado de la doble nacionalidad puede derivar de la vía unilateral que sobre la base del art. 11.3 de la CE prevé nuestra legislación para evitar la pérdida de la nacionalidad de origen respecto a los países especialmente vinculados con España. Teniendo en cuenta que el fundamento del CHF es el mismo precepto constitucional que permite la celebración de acuerdos con los países «que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España», cabe plantear si esta vía unilateral hubiera sido suficiente para conseguir el resultado al que llega el CHF. La respuesta se obtiene a través del análisis comparativo con el objeto de considerar si el alcance del CHF respecto a la vía unilateral es un elemento que justifica su celebración.

Desde esta perspectiva se ha de destacar la solución que introduce el art. 24.1 II CC²² para evitar la pérdida de la nacionalidad de origen de los españoles que adquieran la nacionalidad de uno de los países especialmente vinculados con España, que concreta el mismo precepto indicando que se trata de los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal²³, a los que se añaden los sefardíes originarios de España²⁴. Esta solución se complementa con la introducida por el art. 23 b) que, con la misma finalidad, se refiere, en sentido inverso, a los nacionales de estos países que adquieran la nacionalidad española (art. 23 b) CC).

La reglamentación configurada por ambos preceptos puede identificarse con el reconocimiento por el legislador español de la posible conservación de la nacionalidad de origen, bien la española en el primero de los casos (art. 24.1 II CC), o bien la de uno de los países especialmente vinculados con España en el segundo (art. 23 b CC)²⁵. Sin embargo, la finalidad de permitir la conservación

²² Sobre la base de lo previsto en el art. 11.3 CE, se desarrollaba la reforma del CC de 1982, en la que se introdujo el art. 23.4 CC en la redacción dada por la Ley 51/1982, que actualmente se corresponde con la solución que introduce el art. 24.1 II CC. *Vid.* PEREZ VERA, «Artículo 11. Apartado 3º. Doble nacionalidad», en ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, t. II, 1984, pp. 149-168; AMORES CONRADÍ, «Artículo 11», en RODRÍGUEZ-PÍÑERO Y BRAVO FERRER/CASAS BAHAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, t. I, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018.

²³ Siguiendo a SOTO MOYA («Plurinacionalidad y suficiencia...», *cit.*, p. 225), cabe distinguir diversos criterios en el establecimiento del vínculo especial con España. Un primero que lleva a integrar entre estos países, ciertos Estados que nunca han sido colonias españolas, pero han estado unidas en el pasado a España, como Portugal y Andorra. Un segundo, que considera a los países que fueron incorporados al imperio español o fueron colonias españolas, entre los que se distinguen los que se incorporaron en tiempos más remotos, como los países iberoamericanos y Filipinas, y las que lo fueron en tiempo más reciente, como Guinea Ecuatorial. A ellos se añade, como un tercer criterio la integración a los efectos de esta vinculación de aquellas comunidades que no forman parte de un Estado, como es el caso de los sefardíes.

²⁴ El art. 23 b) se refiere a los sefardíes originarios de España que adquieran la nacionalidad española y acrediten tal condición. En estos casos no tienen que renunciar a su otra nacionalidad. La referencia a los sefardíes fue incluida mediante la Disposición Final Primera de la Ley 12/2015, de 24 de junio. Para su análisis *vid.*, ROGEL VIDE, *Sefardíes y nacionalidad española. La Ley 12/2015*, México D.F./Madrid, Ubijus/Reus, 2015; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Los sefardíes originarios de España y su eventual acceso a la nacionalidad española por la vía prevista en la ley 12/2015», *La Notaria*, Núm. 2, 2015, pp. 116-125; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, «Shalom Sefarad: Una 'erenysa' envenenada. La Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España (Parte I y Parte II)», *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 2, julio 2015. Cabe plantear, siguiendo a SOTO MOYA («Plurinacionalidad y suficiencia...», *cit.*, p. 226) si la enumeración de estos países puede ser criticable en relación con otros colectivos como puede ser el pueblo saharaui.

²⁵ Las soluciones que estos preceptos recogen para evitar la pérdida de la nacionalidad de origen no son las únicas que arbitra el legislador español. Existen otras situaciones de las que resulta, como indica ADROHER BIOSCA (*La plurinacionalidad...*, *op. cit.* p. 43) la «doble nacionalidad legal», como la generada ante la ausencia de renuncia a la nacionalidad que se tuviera cuando se trata de la recuperación de la nacionalidad española en virtud de lo

de la nacionalidad de origen con la que se introduce este reconocimiento, no es (ni puede ser) equiparable con el reconocimiento automático de tal conservación. Por esta razón, las soluciones de estos preceptos no generan de forma automática el resultado de la doble nacionalidad²⁶. El carácter unilateral de la reglamentación es el motivo del limitado alcance de la conservación de la nacionalidad de origen que pretenden estos preceptos, como se constata en las dos situaciones a las que viene referidos²⁷.

En lo que respecta a los nacionales de los países especialmente vinculados con España quedan beneficiados por lo previsto en el art. 23 b) del CC, al quedar exentos del requisito de la renuncia a su nacionalidad (sólo si esta es de origen) al adquirir la nacionalidad española. Esta exención implica que nuestro ordenamiento les permite conservar su nacionalidad cuando adquieran la española. Ahora bien, este precepto, dado su carácter unilateral, no puede ir más allá de permitir esta posibilidad. La incidencia que presenta esta exención en la conservación de la nacionalidad de origen es limitada al no ser, en sí misma, suficiente para generar este resultado. Para ello es necesario, que, además, la legislación del país del que la ostente no imponga su pérdida como consecuencia de la adquisición de una nacionalidad extranjera. Sólo en el caso en el que esta legislación permita su conservación se puede constatar la incidencia de la exención al requisito de la renuncia (art 23 b) CC), en cuanto que su operatividad implica que también puede conservarla en España. El resultado de la reglamentación unilateral del art. 23 b) es el reconocimiento, desde la perspectiva del ordenamiento español, de la «posibilidad» de ostentar las dos nacionalidades (la de origen y la española que ha adquirido). Cabe identificar el alcance de la exención que introduce este precepto con el presupuesto necesario para permitir la conservación de la nacionalidad de origen, que es distinto, y no equiparable, al reconocimiento automático de la conservación de la nacionalidad de origen, motivo por el que tampoco tiene carácter automático el reconocimiento unilateral de la doble nacionalidad que de esta conservación puede resultar.

En la segunda situación, esto es, tratándose de la adquisición por un español de origen de la nacionalidad de uno de los países especialmente vinculados con España, la expresa referencia del art. 11.3 de la CE, se concreta en el art. 24. 1 II del CC. A ella obedece la solución que introduce, integrada en un precepto regulador de la pérdida de la nacionalidad española²⁸, en

previsto en el art. 26 CC. Además, se añade, desde la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el caso de los menores extranjeros adoptados por españoles al que se refiere el art. 19.3 CC. al señalar que «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, si de acuerdo con el sistema jurídico del país de origen el menor adoptado mantiene su nacionalidad, ésta será reconocida también en España». Sobre esta diversidad *Vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ*, «La doble nacionalidad...», *cit.*, pp. 291-315.

²⁶ Como indica, ABARCA JUNCO («Tema IX Derecho de la nacionalidad...», *cit.*, p. 277), la expresión doble nacionalidad se utiliza para denominar dos realidades jurídicas y sociológicas muy distintas. En un primer supuesto se sitúan los casos en los que un ordenamiento jurídico permite al sujeto ostentar dos nacionalidades simultáneamente, se trata de la doble nacionalidad en sentido estricto. En el segundo se sitúan aquéllos otros en los que dos (o más) ordenamientos atribuyen simultáneamente al sujeto su nacionalidad respectiva, consecuencia de la reglamentación unilateral del vínculo de pertenencia del sujeto con el Estado del que deriva la atribución de la nacionalidad. En el primer supuesto quedan comprendidas las situaciones que se abordan en el presente trabajo, de las que pueden derivar los casos de doble nacionalidad prevista en las leyes españolas. Sobre la diversidad de las situaciones de doble nacionalidad *vid. ADROHER BIOSCA*, *La plurinacionalidad...*, *cit.*, pp. 15 ss; *ÁLVAREZ RODRÍGUEZ*, «Acceso a la nacionalidad por parte de los inmigrantes...», *cit.*, pp. 130-158.

²⁷ Sobre estos resultados *vid. SÁNCHEZ JIMÉNEZ*, «Países especialmente vinculados con España y alcance de la conservación de la nacionalidad de origen permitida por las leyes españolas», en MOYA ESCUDERO (Dir.), *Movilidad Internacional de Personas y Nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 225-259.

²⁸ *Vid. AMORES CONRADÍ*, «Pérdida y conservación de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra nacionalidad (Argentina)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm.17, 1988, pp. 437-448.

virtud del cual «(l)a adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen». La dicción textual del art. 24.1 II muestra que el legislador permite que no queden afectados por esta vía de pérdida los españoles de origen que adquieran la nacionalidad de uno de los países vinculados con España. Ahora bien, la solución que introduce para evitar la pérdida de la nacionalidad española también tiene un carácter limitado.

Esta solución, aun teniendo como último objetivo el de permitir la conservación de la nacionalidad española de origen, no equivale (ni podría pretenderlo el precepto) a su reconocimiento automático. Primero, porque ello supondría la imposición de continuar ostentando la nacionalidad española cuando se hubiera adquirido la de otro país, lo que no es compatible con la posibilidad de renuncia reconocida en el art. 24.2 CC. Segundo, y de mayor trascendencia a los efectos de la constatación de los límites que presenta esta solución, porque la conservación de la nacionalidad española depende también de lo que establezca la legislación del país del que se adquiera la nueva nacionalidad. De exigir esta legislación la renuncia a la nacionalidad anterior como requisito para la naturalización de acuerdo con unas formalidades que tengan validez en España, la solución para evitar la pérdida de la nacionalidad española de origen (art. 24.1 II CC) no podría conseguir el objetivo de su conservación. La limitada solución que introduce el art. 24.1 II CC consecuencia de su carácter unilateral se identifica, y este es su alcance, con el reconocimiento de la *posibilidad*, que actúa como presupuesto, para conservar la nacionalidad española de origen cuando se adquiera la de uno de los países especialmente vinculados con España. Lo que establece este precepto es que la adquisición de la nacionalidad de uno de los países estrechamente vinculados con España *no implica* (el precepto señala ‘*no es bastante*’) la pérdida automática de la nacionalidad española, lo que no significa que dicha adquisición implique la conservación automática de la nacionalidad de origen española. El matiz es importante ya que permite paralelamente señalar que la doble nacionalidad que, en su caso, pudiera generarse, no resulta de manera automática de la solución que este precepto introduce.

Frente a las anteriores consideraciones que muestran el carácter limitado de la vía unilateral, cabe constatar que el resultado del CHF puede identificarse con el reconocimiento automático de la doble nacionalidad por los dos Estados contratantes, que es, precisamente, el objetivo al que obedece el Convenio. En consecuencia, su alcance es, sin duda, de mayor amplitud que el derivado de la vía unilateral²⁹. Es más, incluso en el caso en el que esta vía unilateral pudiera llevar al resultado de la doble nacionalidad, lo que puede ocurrir si se considera que en la legislación francesa no se exige la renuncia a la nacionalidad a los franceses que adquieran otra extranjera, ni a los extranjeros que adquieran la francesa, sigue siendo más favorable el CHF. La conservación de la nacionalidad que reconoce en su art. 1 implica una seguridad jurídica para los nacionales de los dos Estados contratantes, en cuanto supone la garantía de que pueden ostentar la doble nacionalidad con independencia de las posibles modificaciones de la legislación interna de cada uno de ellos. De acuerdo con todo lo anterior se muestra de la transcendencia del CHF lo que, a los efectos que ahora interesan, se ha de entender como argumento por el que se justifica su celebración.

²⁹ No se puede compartir la afirmación de la Instrucción 2022 DGSJFP cuando señala que el CHF «modifica el segundo párrafo del artículo 24.1, en el sentido de incluir a Francia en la relación de países cuya adquisición de nacionalidad no es bastante para producir la pérdida de la nacionalidad española de origen». Si este precepto implica que la adquisición de la nacionalidad de los países a los que se refiere «*no es bastante*» para perder la nacionalidad española, el resultado del CHF va más lejos, en cuanto garantiza que no se pierde la nacionalidad española al adquirir la francesa (impide que se aplique el art. 24.1 del CC).

4. Transcendencia de la aplicación retroactiva del Convenio

La aplicación retroactiva del CHF viene establecida en su art. 3 cuando indica que «(l)os españoles y los franceses que, con anterioridad a la vigencia del presente Convenio, hubieran adquirido la nacionalidad francesa o española, respectivamente, perdiendo así de forma automática su nacionalidad anterior, podrán acogerse a lo establecido en el presente Convenio. Las disposiciones de este Convenio les serán aplicables desde la fecha en que se acojan a él».

La retroactividad que introduce este precepto presenta esencial trascendencia desde la perspectiva del ordenamiento español. Su aplicación práctica exigía del desarrollo de las pautas y criterios registrales que se concretaron en la Instrucción de 31 de marzo de 2022 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por la que se acuerdan los criterios para la aplicación del Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa (a partir de ahora Instrucción DGSJFP 2022)³⁰. Distinto es el resultado desde la perspectiva del ordenamiento francés. La doble nacionalidad que permite la legislación francesa motiva que no queda afectada por el carácter retroactivo que recoge el art. 3 del Convenio.

La esencial relevancia que esta retroactividad presenta en nuestro ordenamiento se constata por su resultado en la recuperación de la nacionalidad perdida, bien como consecuencia del requisito de la renuncia a la nacionalidad extranjera al adquirir la española (art. 23 b) del CC), o de la adquisición de una nacionalidad extranjera y la paralela pérdida de la española (art. 24.1 del CC). Estos dos supuestos de pérdida de la nacionalidad quedan directamente afectados por la retroactividad que recoge el art. 3 del CHF.

El primero de ellos se concreta en el caso de los nacionales franceses que hubieran adquirido la nacionalidad española antes de la entrada en vigor del CHF (1 de abril de 2022). El carácter retroactivo afecta a la renuncia a la nacionalidad francesa que les habría sido exigida para adquirir la española (art. 23 b) CC). El art. 3 del CHF les permite que se acojan a sus disposiciones y, por lo tanto, a la conservación de aquella nacionalidad francesa. Como pauta que permite dar cumplimiento a esta previsión, indica la Instrucción DGSJFP 2022 que los ciudadanos franceses podrán solicitar la cancelación de la anotación marginal en su inscripción de nacimiento en el Registro Civil español en la que conste el compromiso de renuncia a su nacionalidad francesa anterior.

El segundo caso afecta a los nacionales españoles que por adquirir la nacionalidad francesa antes de la entrada en vigor del CHF (1 de abril de 2022) hubieran perdido la nacionalidad española en virtud de lo establecido en el art. 24. 1 del CC, lo que ocurre si: (a) hubieran transcurrido tres años desde la adquisición de la nacionalidad francesa y (b) no hubieran declarado en este plazo su voluntad de conservar la nacionalidad española ante el Encargado del Registro Civil. Teniendo en cuenta estas circunstancias, así como la fecha de entrada en vigor del CHF, cabe concretar el supuesto que queda afectado por la retroactividad que recoge en su art. 3. Se trata del caso de pérdida de la nacionalidad española por la adquisición de la nacionalidad francesa que hubiera

³⁰ BOE, núm. 82, de 6 de abril de 2022. Como señala la propia Instrucción, «las pautas de aplicación y los procedimientos registrales que permiten implementar el Convenio de Nacionalidad entre España y Francia que se incluyen como anexo a la presente resolución, serán de aplicación en todas las Oficinas del Registro Civil y Notarías en la medida que les afecten, tanto en territorio español como en las Oficinas Consulares, con independencia de que se haya producido en ellas la efectiva puesta en marcha del sistema DICIREG y sea de aplicación la Ley 20/2011, de 21 de julio» (Disposición Primera).

tenido lugar antes del 1 de abril de 2019, sin declarar después su voluntad de conservar la española³¹. El art. 3 se refiere a la pérdida de la nacionalidad «con anterioridad a la vigencia del presente Convenio» sin establecer ninguna limitación temporal de su aplicación retroactiva que, en consecuencia, opera con independencia de la fecha en la que la pérdida de la nacionalidad se hubiera producido. Se trata de un aspecto que tiene indudable repercusión para los muchos españoles que, por motivos de exilio, se marcaron a residir a Francia adquiriendo después la nacionalidad francesa.

Junto a la delimitación de los supuestos a los que afecta, es esencial considerar que la consecuencia de la retroactividad exige permitir la recuperación de la nacionalidad española. A estos efectos, como indica la Instrucción DGSSJFP 2022, no se puede exigir el requisito de la residencia en España que establece el art. 26. 1 a) del CC, que por lo demás resulta aplicable³². También esta Instrucción desarrolla el procedimiento señalando que la recuperación de la nacionalidad española exige la declaración del interesado manifestando su voluntad ante el Encargado del Registro Civil de su domicilio, o bien del lugar donde conste practicada la inscripción de nacimiento. El Encargado levantará acta de este hecho firmada por el solicitante. Ahora bien, tras la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil³³, es preciso considerar que en su 68.3, tras la reforma introducida por la Ley 6/2021, de 28 de abril, la declaración de voluntad de recuperación de la nacionalidad española también puede realizarse ante el Notario o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil³⁴. El acta que contenga la declaración de voluntad de recuperar la nacionalidad española deberá ser remitida al Registro Civil donde conste la inscripción de nacimiento para efectuar la oportuna inscripción. En lo que respecta a la documentación que ha de ser aportada indica la Instrucción que se trata de: (1) la que acredite que el solicitante fue nacional español; (2) la acreditativa de su nacionalidad actual; (3) en caso de residir en España, el certificado de empadronamiento siempre que comparezca por vía de auxilio registral en la oficina de Registro Civil de su domicilio; (4) de efectuar la declaración de recuperación en un Registro Civil consular en el extranjero, deberá aportar prueba del domicilio o residencia en el correspondiente país. Finalmente, la Instrucción

³¹ El supuesto en el que la adquisición de la nacionalidad francesa se hubiera producido después del 1 de abril de 2019 queda afectado por el CHF teniendo en cuenta: (1) el plazo de los tres años posteriores que, en virtud del art. 24.1 del CC, tiene el interesado para declarar ante el Encargado del Registro Civil su voluntad de conservar la nacionalidad española, unido a (2) que la fecha de entrada en vigor del CHF coincide con el momento en el que dicho plazo se cumple y (3) que la conservación de la nacionalidad como objetivo del Convenio implica, desde su entrada en vigor, la pérdida de virtualidad de la operatividad de este precepto en el caso de adquisición de la nacionalidad francesa por los nacionales españoles, (*vid. Supra. Apartado 2*), y paralelamente, la pérdida de la nacionalidad española.

³² El art. 26 del CC establece que: «(1) Quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos: a) Ser residente legal en España. Este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes. En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministro de Justicia cuando concurren circunstancias excepcionales; b) Declarar ante el Encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española; c) Inscribir la recuperación en el Registro Civil. (2) No podrán recuperar o adquirir, en su caso, la nacionalidad española sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno, los que se encuentren incursos en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo anterior».

³³ BOE núm. 175, de 22 de Julio de 2011, en vigor desde el 30 de abril de 2021.

³⁴ El apartado 3 del art. 68, introducido por el apartado 14 del artículo único de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2021), establece que «(l)as declaraciones de voluntad relativas a la adquisición de la nacionalidad española por residencia, carta de naturaleza y opción, así como su recuperación, conservación o pérdida, y las declaraciones de voluntad relativas a la vecindad, podrán realizarse ante el Encargado del Registro Civil, notario, o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil».

2022 DGSJFP se refiere a las competencias para la tramitación, remitiendo a las respectivas Instrucciones de la DGSJFP aplicables para las Oficinas de Registro Civil, y para las Notarías³⁵.

Por último, es también relevante constatar en relación a los dos supuestos anteriores, que la aplicación retroactiva del Convenio, con el resultado de la recuperación de la nacionalidad francesa en el primer caso, o de la española en el segundo, puede solicitarse por el interesado en cualquier momento, y ello por cuanto establece el art. 3 del CHF que «(l)as disposiciones de este Convenio les serán aplicables desde la fecha en que se acojan a él».

5. Conclusiones

1. El análisis realizado ha permitido constatar la transcendencia del alcance del CHF desde la perspectiva del ordenamiento español. Su objetivo de conservación de la nacionalidad afecta al art. 24.1 del CC, al impedir que opere la pérdida de la nacionalidad española por la adquisición de la nacionalidad francesa, así como al art. 23 b) del CC, impidiendo que sea exigido el requisito de la renuncia a la nacionalidad francesa para la adquisición de la nacionalidad española. A todo ello se añade la evidente incidencia que presenta en el ordenamiento español la aplicación retroactiva del Convenio que, por las razones que han quedado expuestas, constituye uno de los aspectos de mayor relevancia.
2. También en este estudio se ha constatado la relevancia del alcance del reconocimiento de la doble nacionalidad hispano-francesa que resulta de su objeto, respecto al que deriva de los convenios bilaterales de doble nacionalidad hasta ahora celebrados por España, así como en atención al que ofrece la vía unilateral articulada en la legislación española (arts. 23 b) y 24.1.II del CC). El techo máximo que pueden ofrecer las soluciones unilaterales se identifica con el reconocimiento de la posibilidad de evitar la pérdida de la nacionalidad de origen, que es diferente al reconocimiento automático de esta conservación que garantiza el CHF. Este último, además, aporta una seguridad jurídica para los nacionales españoles y franceses. La conservación

³⁵ La Instrucción 2022 DGSJFP realiza una importante precisión cuando indica que en materia de competencias para la tramitación, dado que durante el periodo transitorio hasta la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011 van a coexistir oficinas en las que se aplique la Ley de 1957 y oficinas DICIREG, habrá que tener en cuenta la Instrucción de 16 de septiembre de 2021 de la DGSJFP por la que se acuerdan las pautas y criterios para apoyar la entrada en servicio efectiva de la aplicación informática DICIREG en los distintos Registros Civiles, a partir de la entrada en funcionamiento de la primera oficina conforme a las previsiones contenidas en la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil. Del mismo modo, en todo aquello que sea compatible, será de aplicación la Instrucción de 22 de diciembre de 2021, por la que se establecen criterios para la aplicación en las Notarías de las previsiones contenidas en el apartado tercero del art. 68 de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, en relación con las declaraciones derivadas de las concesiones de nacionalidad por residencia. Señala esta última Instrucción que «(l)as declaraciones de voluntad relativas a la concesión de nacionalidad por residencia previstas en el artículo 68.3 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, se practicarán ante el Notario competente en el lugar del domicilio en España del solicitante que figure en la resolución de concesión; de haber cambiado de domicilio, el interesado deberá acreditar mediante certificado de empadronamiento en España con indicación de antigüedad, que dicho cambio se produjo antes de la fecha de la referida resolución de concesión. Si este cambio de domicilio no quedase acreditado en la forma indicada, el Notario competente será el del domicilio en España que conste en la resolución». También es destacable que esta Instrucción introduce la necesidad de que se incorporen al documento notarial el conjunto de los documentos que son necesarios para que el expediente quede ultimado y el Encargado del Registro Civil pueda practicar directamente la inscripción del nacimiento del nuevo español sin necesidad de ninguna cita adicional ni de aportar ningún documento. Ello se completa con el envío por el Registro Civil del certificado de inscripción al nuevo ciudadano español. Esta Instrucción se puede consultar en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/Ciudadano/Nacionalidad/Documents/Instrucion%20DGSJFP%20Notarias%20declaraciones%20nacionalidad%20residencia.pdf>.

de la nacionalidad, garantizada a través de un convenio bilateral, cuando se adquiera la del otro Estado parte, ofrece una mayor estabilidad como consecuencia del acuerdo y la unificación del resultado.

3. Es destacable asimismo la relevancia del CHF por cuanto afecta directamente a los nacionales de los Estados miembros de la UE. Con independencia del concepto de ciudadanía de la Unión, el reconocimiento de la doble nacionalidad hispano-francesa presenta directa repercusión en el resultado de la aplicación de los Reglamentos europeos, donde la nacionalidad de una de las partes, aunque en menor medida que la residencia habitual, es uno de los criterios operativos para la delimitación de la competencia judicial internacional entre los Estados miembros y más aún para la delimitación de la autonomía de la voluntad de las normas conflictuales. Si bien en estos supuestos es preciso aplicar las vías que, para los casos de doble nacionalidad, ofrecen cada uno de estos textos, y con independencia de la variabilidad entre estas soluciones, lo cierto es que, la relevancia que presenta la plurinacionalidad es de evidente interés para el ciudadano europeo.

4. Todos los argumentos anteriores que muestran la transcendencia del CHF son motivos, más que suficientes, para justificar su celebración. Esta relevancia podría llevar a entender que este Convenio puede abrir una nueva vía sirviendo como modelo para la futura ampliación de nuestra red de convenios de doble nacionalidad con otros países europeos especialmente vinculados. Sin embargo, esta respuesta sólo puede basarse en la aceptación del continuismo de una solución que está diseñada para paliar los problemas generados por nuestra actual legislación y no para eliminarlos.

Estos problemas son consecuencia de que la reglamentación de la doble nacionalidad en la legislación española genera una diversidad de regímenes que pivotan sobre la base de las relaciones con los países especialmente vinculados. Esta diversidad, que afecta tanto al caso de españoles que adquieran una nacionalidad extranjera como al de extranjeros que adquieran la nacionalidad española, viene motivada por las soluciones unilaterales y los convenios bilaterales de doble nacionalidad.

En lo que respecta a estos convenios, la diversidad que introducen es consecuencia de varias razones. La primera, de que su celebración únicamente es posible con los países especialmente vinculados por España (art. 11.3 CE), la segunda porque, incluso dentro de esta categoría, estos convenios sólo se han celebrado con algunos de estos países y no con otros de los recogidos por el art. 24.1. II del CC³⁶. En tercer lugar, porque el reconocimiento de la doble nacionalidad que resulta de estos convenios, únicamente puede afectar al caso de la adquisición de la nacionalidad de un Estado contratante por los nacionales del otro. Quedan fuera aquéllas otras situaciones de perdida de la nacionalidad española que también recoge el art. 24 del CC, al no derivar de la adquisición voluntaria de otra nacionalidad extranjera³⁷. A todo lo anterior se han de añadir las diferencias que puedan existir en la reglamentación de estos convenios. Estas limitaciones muestran que la vía convencional es un mecanismo de parcheo para el reconocimiento de la doble nacionalidad, motivo del que deriva la diversidad de tratamiento de la doble nacionalidad

³⁶ El número de países con los que no se ha suscrito un convenio bilateral es abundante si se considera que hay ocho de los veinte países iberoamericanos con los que no tenemos convenio, a los que se añaden el resto de los países especialmente vinculados: Portugal, Andorra, Filipinas y Guinea Ecuatorial.

³⁷ *Vid. Supra* nota núm 12.

que introducen. En consecuencia, la posible ampliación del régimen convencional sobre la base del modelo que aporta el CHF, solo supondría la mayor amplitud de este régimen, pero seguiría siendo particular, en el sentido de limitado, puesto que no se puede pretender una red de convenios bilaterales que alcance al conjunto de los Estados miembros.

5. La vía que ha de abrirse en perspectiva de futuro debe pasar por la modificación de nuestra legislación para reconocer la doble nacionalidad, con la que quedaría eliminada la virtualidad de la vía convencional y de la unilateral. De hecho, esta admisión de la plurinacionalidad es la razón por la que, como ha quedado destacado en este análisis, la legislación francesa no queda afectada por el CHF, frente a la relevancia que presenta en nuestro ordenamiento.

El reconocimiento de la doble nacionalidad permitiría superar la diversidad de regímenes de nuestro ordenamiento. Supondría la igualdad de tratamiento de todas las situaciones y, por lo tanto, de todos los nacionales españoles con independencia de cuál sea el país cuya nacionalidad también ostenten (sea o no un país especialmente vinculado, o con el que se hubiera celebrado, o no, un convenio bilateral). Desde esta perspectiva, la transcendencia que presenta CHF que se ha destacado en el presente análisis, motiva que la paralela relevancia de su celebración se entienda como una solución integrada en el contexto de una vía que habría de quedar superada.

6. Bibliografía

ABARCA JUNCO, Ana Paloma, «Tema IX Derecho de la nacionalidad (II). La vecindad civil», en ABARCA JUNCO, Ana Paloma et al., *Derecho Internacional Privado*, 2^a Ed., UNED, Madrid, 2016, pp. 277 ss.

ADROHER BIOSCA, Salomé, *La plurinacionalidad en el Derecho internacional privado español*, Reus, Madrid, 2019.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano, «Art. 9.10», en ALBALADEJO, Manuel et al., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. 1, Vol. 3, 2^a ed., Tecnos, Madrid, 2006, pp. 163 ss.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano, «Artículo 9, apartados 1 al 10», en ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. 1, Edersa, Madrid, 1978, pp.194 ss.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, «Derecho de nacionalidad en España» en RUEDA VALDIVIA, Ricardo/LARA AGUADO, Ángeles (dirs)/MORENO CORDERO, Gisela (coord), *Normativas de nacionalidad en Derecho Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 407 ss.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, *Nociones básicas de Registro civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, 5^a ed., 2015, GPS, Madrid.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, «Los sefardíes originarios de España y su eventual acceso a la nacionalidad española por la vía prevista en la ley 12/2015», *La Notaria*, núm. 2, 2015, pp. 116 ss.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, «Acceso a la nacionalidad por parte de los inmigrantes: perspectiva jurídica», en AJA, Eliseo/ARANGO, Joaquín/OLIVER ALONSO, Josep (dirs.), *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la inmigración en España*, Cidob, Diputació Barcelona, Fundación Acsar y Fundación Ortega-Marañón, Barcelona, 2013, pp.130 ss.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, *Nacionalidad Española (Normativa vigente e interpretación jurisprudencial)*, Aranzadi-Ministerio de Trabajo e Inmigración, Navarra, 2008.

AMORES CONRADÍ, Miguel Ángel, «Artículo 11», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel/CASAS BAHAMONDE, María Emilia (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, t. I, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 257 ss.

AMORES CONRADÍ, Miguel Ángel, «Pérdida y conservación de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra nacionalidad (Argentina)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm.17, 1988, pp. 437 ss.

ARROYO MONTERO, Rafael, «Modificación de los Convenios sobre doble nacionalidad como instrumentos de integración (los protocolos adicionales concluidos entre España y Costa Rica, de 23 de octubre de 1977, y entre España y Nicaragua, de 12 de noviembre de 1997)», *Iberoamérica ante los procesos de integración. Actas de las XVIII Jornadas de la AEPDIRI*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, pp. 193 ss.

AUDIT, Bertrand/D'AVOUT, Louis, *Droit international privé*, 2^a. edic., LGDJ, París, 2022

BERTOSSI, Christophe/HAJJAT, Abdellali, Country Report: France, *[GLOBALCIT], EUDO Citizenship Observatory, 2013/04*, Country Reports, 2013 (<http://hdl.handle.net/1814/19613>).

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene, «Adquisición de la nacionalidad española por residencia y renuncia a la nacionalidad de origen por parte de ciudadanos de la Unión Europea. Hacia un cambio de paradigma», en MOYA ESCUDERO, Mercedes (dir.), *Movilidad Internacional de Personas y Nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 189 ss.

CALVO CARAVACA Alfonso Luis/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional Privado*, 18^a ed., vol. II, Comares, Granada, 2018.

DE LA PRADELLE, Gerard, «Nationalité française, Extranéité, Nationalités étrangères» en *Mélanges Dediés à Dominique Holleaux*, París, Litec, 1990, pp. 135-152

ESPINAR VICENTE, José María/GUZMÁN PESES, Montserrat, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2017.

ESPINAR VICENTE, José María, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Civitas, Madrid, 1994.

ESPLUGUES MOTA, Carlos/PALAO MORENO, Guillermo/DE LORENZO SEGRELLES, Manuel, *Nacionalidad y extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique (dir.), *Nacionalidad y extranjería*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos/SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, Madrid, 11 ed., 2020.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos/RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar, «Artículo 9, apartado 9 del Código Civil: Ley aplicable a los individuos que ostentan más de una nacionalidad», en ALBALADEJO, Manuel/

DÍAZ ALABART, Silvia (eds.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* t. I, vol. 2, Edersa, Madrid, 1995, pp. 392 ss.

LAGARDE, Pierre, *La Nationalité Française*, 4^a édition, Dalloz, 2011.

MAYER, Pierre/HEUZÉ, Vincent, *Droit international privé*, 12^a edic., LGDJ, París, 2019.

MORENO CORDERO, Gisela, «La nacionalidad prevalente del plurinacional español en Iberoamérica y la Ley aplicable a su estatuto personal», en MOYA ESCUDERO, Mercedes (dir.), *Plurinacionalidad y Derecho internacional privado de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 263 ss.

PALAO MORENO, Guillermo, «Nacionalidad y Derecho internacional privado: los conflictos de nacionalidad», en LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa (coord.), *Nacionalidad y extranjería*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 61 ss.

PEREZ VERA, Elisa, «Artículo 11. Apartado 3º. Doble nacionalidad», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española*, t. II, 1984, pp. 149 ss.

RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar, «La doble nacionalidad en la sistemática del Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLII, núm. 2, 1990, pp. 463 ss.

RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, «Identidad y nacionalidad», *Anuario de la Facultad de Derecho UAM*, núm. 17, 2013, pp. 207 ss.

ROGEL VIDE, Carlos, *Sefardíes y nacionalidad española. La Ley 12/2015*, Ubijus/Reus, México D.F./Madrid, 2015.

RUEDA VALDIVIA, Ricardo/LUCAS, Marie, «Derecho de Nacionalidad en Francia», en RUEDA VALDIVIA, Ricardo/LARA AGUADO, Ángeles (Dirs)/MORENO CORDERO, Gisela (Coord), *Normativas de Nacionalidad en Derecho Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 509 ss.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María Ángeles, «Doble nacionalidad y divorcio judicial en el ámbito europeo», en MOYA ESCUDERO Mercedes (dir), *Plurinacionalidad y Derecho internacional privado de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 403 ss.

SOTO MOYA, Mercedes, «Plurinacionalidad y suficiencia de las soluciones previstas por el legislador en el artículo 9.9 CC», en MOYA ESCUDERO Mercedes (Dir), *Plurinacionalidad y Derecho internacional privado de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 213 ss.

VARGAS GÓMEZ- URRUTIA, Marina, «La nacionalidad española», en GÓMEZ JENE, Miguel, GUZMÁN ZAPATER, Mónica/HERRANZ BALLESTEROS, Mónica/PÉREZ VERA, Elisa/VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 189 ss.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, «Shalom Sefarad: Una ‘erenuya’ envenenada. La Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España (Parte I y Parte II)», *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 2, julio 2015 (versión *on line*).

VIRGÓS SORIANO, Miguel, «Nationality and Double Nationality: Principles in the Spanish Private International Law System», en JAYME, Erik/MANSEL, Heinz-Peter (dirs), *Nation and Staat und Internationalen Privatrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, pp. 241 ss.

WEIL, Patrick, «L'histoire de la nationalité française: une leçon pour l'Europe», en WEIL, Patrick, HANSEN, Randall (dir.), *Nationalité et citoyenneté en Europe*, La Découverte, París, 1999, pp. 55-70.

VONK, Olivier W., *Dual Nationality in the European Union: A Study on Changing Norms in Public and Private International Law and in the Municipal Laws of Four EU Member States*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012.

Impago de la responsabilidad civil y suspensión de la pena de prisión: aspectos constitucionales. Comentario a la STC 132/2022, de 24 de octubre, por Ramon RAGUÉS I VALLÈS

El funcionario público que mata ¿comete homicidio y/o abuso de autoridad? Comentario a la Casación 950-2018-Tumbes, del 27 de noviembre de 2019 de la Corte Suprema de Justicia de Perú, por Ronald H. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN

La aplicabilidad de la pena de privación del derecho a acudir a determinados lugares en delitos cometidos a través de Internet. Comentario a la STS 547/2022, de 2 de junio, por Pau ALABAU PEREIRO

-

* 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.

Impago de la responsabilidad civil y suspensión de la pena de prisión: aspectos constitucionales

Comentario a la STC 132/2022, de 24 de octubre

Ramon Ragués i Vallès
Universitat Pompeu Fabra
ramon.ragues@upf.edu

-

1. El caso resuelto y los motivos de la demanda de amparo

Los tres acusados en el procedimiento penal que propiciaría la demanda de amparo que está en el origen de la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2022¹ fueron condenados por la Audiencia Provincial de Madrid como autores de un delito continuado de estafa agravada (art. 250 CP). El motivo de la condena fue haber efectuado compras a unos proveedores a cambio de unos pagarés a sabiendas de que estos no serían atendidos al llegar la fecha de su vencimiento. La condena impuesta fue de tres años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y multa de nueve meses a razón de una cuota diaria de tres euros. Tras ser estimado el recurso de casación interpuesto por los citados acusados, el Tribunal Supremo (STS 497/2021, Penal, de 9 de junio [ECLI:ES:TS:2021:2274]) consideró incorrectamente aplicada la modalidad agravada de estafa y rebajó la sanción a un año y nueve meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Asimismo, se impuso en ambas instancias la obligación de indemnizar a las empresas perjudicadas: concretamente, a Mariscos Cruzado, S.L., en la cantidad de 183.473,10 euros; a La Bilbaína, S.A., en la cantidad de 144.829,45 euros; y a Mariscos Gelimar, S.L., en la cantidad de 40.000 euros.

A la vista de la entidad de la sanción finalmente impuesta, la defensa de uno de los penados solicitó a la Audiencia la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, al amparo de lo dispuesto en los arts. 80 y siguientes del Código Penal, con el compromiso de abonar mensualmente la cantidad de 500 euros a las víctimas. Tal petición fue apoyada por la Fiscalía, pero se opuso a ella una de las sociedades perjudicadas. El Tribunal rechazó otorgar la suspensión y, a tal efecto, argumentó en los siguientes términos:

«En el presente caso no se cumple el requisito de pago de las responsabilidades civiles a las que ha sido condenado el penado M.M. en relación a las cantidades a satisfacer en concepto de responsabilidad civil determinada en sentencia, es decir a MC S.L., la cantidad de 183.473,10 €, a La Bilbaína, S.A., la cantidad de 144.824,45 € y a MG S.L., en la cantidad de 40.000 €, que debe satisfacer conjunta y solidariamente con el resto de los condenados, constando únicamente que sea [sic]

¹ Sala Primera, de 24 de octubre (BOE núm. 288, de 01 de diciembre de 2022). Ponente Enríquez Sancho.

comprometido al pago de la cantidad de 500 € mensuales, reconociendo la escasez de ingresos, siendo esta cantidad insuficiente y escasa para satisfacer la cantidad que debe abonar.

Tampoco se aprecia que el penado haya asumido un compromiso serio y real de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica ni tampoco que el ofrecido vaya a ser cumplido en un plazo prudencial sin que haya ofrecido, ninguna garantía para asegurar su cumplimiento del pago. Constando dos ingresos en junio y julio de 2021 sin la constancia de posteriores. Nótese que tres los [sic] perjudicados y una cantidad global elevada, la que constituye la responsabilidad civil determinada en la sentencia que debe ejecutarse en sus propios términos».

Dicha resolución fue recurrida en súplica por el acusado, quien en el recurso pasaría a ofrecer también como garantía una vivienda hipotecada de la que era cotitular con su esposa. Además, se argumentó por la defensa que «sería contrario al art. 17.1 CE y al art. 1 del Protocolo adicional núm. 4 al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (CEDH), una pena de prisión para satisfacer las responsabilidades civiles». Sin embargo, esta impugnación sería también rechazada por la Audiencia, que aludió de nuevo a la falta de un compromiso serio de pago y a la ausencia de garantías suficientes que aseguraran el cumplimiento de las obligaciones civiles en un plazo razonable y prudencial. También se interpuso en vano un incidente de nulidad de actuaciones en el que se denunció, de nuevo, la vulneración de diversos preceptos constitucionales en los que, posteriormente, se fundamentaría la demanda de amparo.

Una vez agotadas todas las instancias previas, en su impugnación ante el Tribunal Constitucional el penado alegó dos grandes grupos de motivos:

1) En primer lugar, diversas *vulneraciones procedimentales*, concretamente: 1) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la doble instancia (art. 24.1 CE), por el carácter irrecusable de la resolución denegatoria de la suspensión; 2) lesión del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no haberse dado audiencia al reo antes de serle denegada la suspensión pedida; 3) infracción del derecho a la libertad y a la tutela judicial efectiva, por insuficiente motivación de la resolución rechazando conceder la suspensión. De estas tres denuncias, solo la tercera sería finalmente admitida a trámite, por considerar la Sala que era extemporáneo el planteamiento de las dos primeras.

2) En segundo lugar, se alegó la *incompatibilidad*, en general, de la regulación vigente de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión (arts. 80 ss. CP) con los arts. 17 y 24 CE, puestos en relación con el art. 1 del Protocolo 4 adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que bajo la rúbrica “Prohibición de prisión por deudas” establece que «nadie puede ser privado de su libertad por la única razón de no poder ejecutar una obligación contractual».

El recurso de amparo fue admitido «apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) como consecuencia de que el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este tribunal».

2. Sobre la posible constitucionalidad del art. 80.2.3.º CP

Según el demandante de amparo, el hecho de que se le hubiera denegado la suspensión de la pena de prisión por no abonar ni garantizar los importes a los que había sido condenado en concepto de responsabilidad civil era atribuible a la propia redacción del art. 80.2.3.º CP. Este precepto establece que «Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: (...) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127». Y se añade en un párrafo posterior que «este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento». Según la demanda, este precepto podría ser incompatible con los arts. 17 y 24 CE, al consagrarse un supuesto de prisión por deudas. Al tratarse de una impugnación de la constitucionalidad del citado artículo, el Tribunal decide responder a esta cuestión en primer lugar.

En su pronunciamiento sobre la cuestión, la Sala confirma la plena compatibilidad del precepto con el texto constitucional. Así, citando la previa STC 104/2022, se argumenta que «el art. 80.2.3 CP explicita claramente que la satisfacción de la responsabilidad civil, como condición para la suspensión, puede alcanzarse para los delincuentes primarios si suscriben un compromiso de pago “de acuerdo a su capacidad económica”, e incluso si no fueren primarios —y siempre que no sean reos habituales— si satisfacen la indemnización del perjuicio causado “conforme a sus posibilidades físicas y económicas” (art. 80.3). Y establece, en fin, en el art. 86.1 d) que la suspensión solo se revocará, en el aspecto que aquí se examina, si el beneficiario facilita “información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado”, o “no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello”». Según la Sala, «en ningún precepto del Código se indica que la sola falta de capacidad económica será motivo para denegar la suspensión, o en su caso para revocar la suspensión ya concedida; lo que es distinto a la acreditación de una conducta deliberadamente renuente a satisfacer dicha responsabilidad civil, en todo o en parte».

El Tribunal recuerda que ya en su previo Auto 3/2018, de 23 de enero (BOE núm. 46, de 21 de febrero de 2018), rechazó admitir una cuestión de constitucionalidad acerca de este precepto. Así, en relación con la existencia de una posible discriminación entre el tratamiento punitivo según la capacidad económica de los reos señala la Sala que «el legislador afirma expresamente que opta por otro régimen distinto, en el que la obligación de pagar la indemnización no desaparezca de antemano, debiendo comprometerse el penado a satisfacer la responsabilidad civil impuesta de acuerdo “con su capacidad económica”, esto es, debiendo asumir que, como condenado que quiere evitar el cumplimiento efectivo de la pena que le ha sido impuesta, tiene la obligación de realizar algún tipo de esfuerzo, por mínimo que sea, para satisfacer sus responsabilidades frente a la víctima del delito cometido». En tal sentido, razona el Tribunal que lo anterior no obsta «a que durante la ejecución de la suspensión de la pena se valore si el impago finalmente producido responde a una verdadera situación de insolvencia o si se trata, en cambio, de un incumplimiento deliberado, eventualmente acompañado de una ocultación de bienes,

quedando claro en la regulación en vigor que, si el penado resulta realmente insolvente, la suspensión de la ejecución de la pena no ha de ser revocada».

Según se afirma en la sentencia, «lo único que se exige en el momento de decidir sobre la suspensión de la ejecución es un compromiso mínimo por parte del penado de satisfacer la responsabilidad civil impuesta, de acuerdo con su capacidad económica. Esto es, se condiciona el otorgamiento de beneficio de suspensión a la asunción por el penado de una actitud favorable hacia la víctima, que implique el compromiso de realizar un mínimo esfuerzo tendente a resarcirla del daño. Si la situación económica del penado es realmente precaria, nada se opone, por ejemplo, en el nuevo esquema normativo diseñado por el legislador, a que ese esfuerzo consista en el compromiso de pagar la indemnización si esa capacidad económica mejora durante el plazo total de suspensión que haya sido concedido, jugando aquí la necesaria discrecionalidad judicial en la evaluación de cada caso concreto». En cuanto a la posible vulneración de lo dispuesto en el Protocolo 4, se señala asimismo que «en el asunto que se juzga en este recurso no se trata en modo alguno de suspender una pena de prisión o no para que se cumpla un contrato, sino de la ejecución de una condena civil incluida en una sentencia firme penal, que ha declarado la responsabilidad del recurrente por la comisión de un delito de estafa continuado, junto con la obligación de reparación del perjuicio económico causado indebidamente a las entidades perjudicadas, entre ellas a la personada en este proceso».

Por todo ello concluye la Sala afirmando que lo dispuesto por el precepto en cuestión es plenamente compatible tanto con el texto constitucional como con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, sin que se vulnere la prohibición de prisión por deudas.

3. Sobre los deberes de motivación

Tras reafirmar la constitucionalidad del precepto, el Tribunal pasa a estudiar el siguiente motivo de denuncia, a saber, la queja del acusado recurrente de que el auto de la Audiencia «denegó la suspensión pedida sin ponderar sus circunstancias individuales y familiares ni indagar sobre su situación económica, y que esa falta de ponderación se reitera en los actos impugnados posteriores». A diferencia de la anterior alegación, en este caso el Tribunal sí da la razón al recurrente y señala que, si bien «no puede decirse que la Sección Vigesimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid (...) se haya abstenido de efectuar un juicio de ponderación, frente a la solicitud de suspensión de la pena de prisión de un año y nueve meses que presentó el aquí recurrente. Sin embargo, la ponderación realizada se observa patentemente insuficiente y por ello mismo infractora del deber de motivación reforzada a que venía sujeto aquel tribunal».

Para sostener semejante afirmación la Sala constitucional reprocha a la Audiencia que negara la existencia de un compromiso serio por parte del demandante de cumplir con sus obligaciones de pago, cuando «se ignora qué diligencias de averiguación del patrimonio del recurrente llevó acabo la sección de ejecución para determinar si los 500 € mensuales ofrecidos en el escrito de solicitud, era o no el límite de lo que el recurrente podía ofrecer de acuerdo a su acreditada capacidad económica; es decir, por qué al parecer de la sección no se trataba de un “compromiso serio y real” de satisfacer la responsabilidad civil debida, ni siquiera habiendo efectuado ya dos ingresos». Según el Tribunal Constitucional, «es evidente que más allá de lo que manifieste el penado, el órgano judicial debe emprender una averiguación del patrimonio real de este último, no solo atendiendo a los hechos que alegue el acusador particular para facilitar su búsqueda o el

Ministerio Fiscal, sino haciendo uso de las instituciones y medios puestos a su alcance para intentar un resultado positivo».

También se reprocha en la resolución que el Tribunal provincial no efectuara las actuaciones pertinentes en cuanto a la averiguación del valor de la vivienda y sus cargas. Así se afirma que «interpuesto recurso de súplica el recurrente introdujo una variante relativa a su capacidad económica, hasta entonces no mencionada: ser propietario de una vivienda que identifica, y de la que informaba que está gravada con dos hipotecas. Ante esta alegación, y más allá de que el recurrente intentara menospreciar el valor económico del inmueble, el tribunal de ejecución debió realizar las pertinentes averiguaciones acerca de su titularidad dominical (si es bien privativo o ganancial), su valor actual, el importe pendiente de las cargas que lo gravan, y explorar por tanto las posibilidades de que dicho bien quede afectado a la satisfacción de la responsabilidad civil, mediante su venta o en su caso arrendamiento».

En resumen: según la sentencia, «no solamente para evitar al recurrente los efectos de una pena corta de prisión, sino para permitir que las entidades perjudicadas puedan ver satisfechas cuanto sea posible la responsabilidad civil objeto de condena, la sección de ejecución debió haber agotado las posibilidades de averiguación patrimonial de la capacidad económica del penado y ni lo hizo ni ha tomado en cuenta el bien inmueble ofrecido por aquel a fin de que pudiera saldarse la deuda, si no totalmente, al menos mediante un calendario proporcionado a esa capacidad económica acreditada, conforme a sus circunstancias personales y familiares. Efectuando así la sección de ejecución, de manera defectuosa, el juicio de ponderación que le era exigible».

Concluye el Tribunal afirmando que, «al carecer las resoluciones dictadas del deber de motivación reforzada, se produce la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE), puesto en relación con el derecho a la libertad (art. 17 CE)» y añade que debe estimarse la demanda interpuesta «acordando como medidas para la reparación del derecho vulnerado la nulidad de todas las resoluciones impugnadas, y la retroacción de las actuaciones de la ejecutoria al momento inmediatamente anterior al de haber sido dictado el auto de 13 de octubre de 2021, para que en su lugar se pronuncie otra resolución que resulte respetuosa con el derecho reconocido».

4. Valoración crítica

La sentencia 132/2022 vuelve sobre un tema al que, en tiempos recientes, el Tribunal Constitucional ha dedicado su atención en diversas resoluciones². La valoración de este nuevo pronunciamiento debe efectuarse respecto de las dos cuestiones expuestas: por un lado, la constitucionalidad en general del art. 80.1.3.^a CP; y, por otro, el cumplimiento en el caso concreto de los deberes de motivación que rigen en el momento de aplicar el citado enunciado legal.

² Entre estas cabe citar la STC 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 08 de abril de 2022), comentada por BELMONTE PARRA en esta misma sección (*InDret*, (3), 2022, pp. 397-410) y por VARONA GÓMEZ en la editorial de *InDret*, (3), 2022; así como la STC 104/2022, de 12 de septiembre (BOE núm. 253, de 21 de octubre de 2022).

4.1. En cuanto a la constitucionalidad del precepto

La prohibición de prisión por deudas es una de las principales conquistas históricas en la búsqueda de un Derecho penal más civilizado. Este límite al *ius puniendi* es una *derivación del principio de culpabilidad*, que impide castigar por hechos o circunstancias que el acusado no haya tenido capacidad de impedir (*ultra posse nemo obligatur*). Aquella persona que, debido a su desgracia o a su desacuerdo, deviene insolvente y no puede hacer frente a sus obligaciones civiles no puede ser legítimamente castigado por tal incumplimiento. Ello no incluye, por descontado, aquellos casos en los que el acusado no paga porque no quiere hacerlo –como, por ejemplo, sucede a menudo en el caso del delito de impago de pensiones (art. 227 CP)– o cuando simula su falta de solvencia, lo que puede dar lugar a un delito de frustración en la ejecución (art. 257 CP). La incapacidad de pago debe ser el resultado del infortunio o de comportamientos negligentes del deudor, no de actuaciones buscadas.

La prohibición de prisión por deudas tiene un núcleo incuestionable, que es la imposibilidad de imponer mediante el Derecho penal el deber de cumplir obligaciones económicas y de sancionar bajo pena su incumplimiento³. Sin embargo, *no parece tan claro que este núcleo deba extenderse también a determinadas vicisitudes relacionadas con la fase de ejecución*, que es el problema que se plantea en la sentencia del Tribunal Constitucional aquí comentada: en este supuesto el presupuesto jurídico del castigo no es un incumplimiento de una obligación de pago, sino la comisión de un delito de estafa; y lo que se discute, más bien, es si la imposibilidad legal de beneficiarse de la suspensión de la pena impuesta por no hacer frente a la responsabilidad civil derivada de delito debe considerarse compatible con el texto constitucional.

En el Derecho vigente la capacidad económica para reparar el daño ocasionado a la víctima es una circunstancia que no solo afecta a la ejecución de la pena cuando se solicita la suspensión de la ejecución de la prisión, sino que ya se toma en cuenta en el momento de calcular el *quantum* de la propia pena. Concretamente, cuando se plantea la aplicación del art. 21.5 CP, que regula la circunstancia atenuante aplicable cuando haya procedido el culpable «a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral». En estos casos la posibilidad de abonar la indemnización aun es más determinante de los años de prisión efectiva que un acusado puede acabar cumpliendo. Es más: en no pocos supuestos la reparación del daño permite a los reos, precisamente, acceder a la suspensión de la ejecución y acabar eludiendo la prisión. Ello por no mencionar el caso de aquellos delitos en los que el pago libera completamente de castigo, como sucede en el supuesto de la regularización aplicable al delito contra la Hacienda Pública (art. 305.4 CP).

Ya en la regulación vigente de la atenuante de reparación *son mejor tratados quienes cuentan con recursos económicos* que les permiten hacer frente a la obligación resarcitoria que aquellos sujetos que no tienen medios para reparar; y, por supuesto, que aquellos otros que cometen un delito cuya naturaleza impide cualquier tipo de reparación, como, por ejemplo, los que afectan a bienes jurídicos supraindividuales⁴. Ello podría llevar a pensar en otros modelos regulatorios que no

³ De hecho, tanto el art. 1 del Protocolo 4 como el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos solamente aluden a la prohibición de imponer prisión por el incumplimiento de *obligaciones contractuales*, lo que aun establece un núcleo más limitado que el mencionado *supra*.

⁴ Así, por ejemplo, la STS 572/2021, Penal, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2683), en la que se rechaza la posibilidad de aplicar al delito de tráfico de drogas la atenuante de reparación.

entrañaran este aparente riesgo de discriminación entre acusados, a saber: 1) la negativa a atribuir todo valor atenuatorio al hecho de reparar; o 2) permitir que una reparación proporcional a la capacidad de cada sujeto tenga un mismo valor atenuatorio, sin ser necesaria la plena reparación del daño para aplicar la atenuante. Sin embargo, ambas posibilidades plantean problemas:

1) Si se negara *valor atenuatorio a la reparación*, las principales perjudicadas serían las víctimas, que en general verían reparados sus daños de manera más tardía (en fase de ejecución de sentencia) y, en muchos casos, de manera nula o incompleta. Cualquier persona mínimamente familiarizada con la práctica forense sabe que, gracias a la existencia de la atenuante de reparación, a menudo se asiste a auténticos “milagros económicos” y que personas teóricamente insolventes logran –más allá de su capacidad económica reconocida- obtener fondos de los lugares más insospechados para evitar la prisión. Eliminando el valor atenuante de la reparación, este efecto positivo para los perjudicados se echaría a perder, por no hablar de los costes personales y sociales derivados del mayor número de condenas que supondría eliminar esta circunstancia modificativa.

Como han señalado algunos autores, la reparación del daño es un *equivalente funcional de la pena*, que reduce la necesidad de esta por dos grandes razones: en primer lugar, porque supone una expresión de reconocimiento del Derecho por parte del acusado; y, en segundo término, porque entraña en sí misma un sacrificio para quien la lleva a cabo que compensa parcialmente el contenido afectivo del castigo⁵. Por estos motivos, aunque el sujeto merezca sanción, en el caso de reparación del daño no es necesario castigarle con tanta pena. Una reducción de la necesidad de castigo que no se observa, en cambio, cuando, por las razones que sean, no se repara en absoluto.

2) Un efecto parecido se produciría en el caso de *conferir valor atenuatorio a conductas de reparación muy incompletas pero proporcionales a la capacidad económica del sujeto condenado*. En tal escenario los reos no tendrían ningún incentivo para tratar de conseguir recursos, más allá de sus activos (formalmente reconocidos), para lograr resarcir a la víctima, lo que claramente perjudicaría a estas. En otras palabras: se incentivaría la reparación *hasta* la capacidad económica presente y formal, pero no *más allá* de esta por medio, por ejemplo, de solicitar préstamos a terceros o del afloramiento de activos no reconocidos ante las autoridades, tan frecuentes en la práctica.

La conclusión a estos razonamientos es que *el modelo vigente, es decir, el que reconoce efectos atenuatorios a la reparación cuando esta se produce de manera efectiva y completa es mucho más adecuado para proteger a las víctimas*, un fin indiscutible de cualquier política criminal. La consecución de este fin no parece incompatible con el principio de culpabilidad si el sujeto condenado y obligado a reparar tuvo la capacidad de impedir el delito que motivó la condena, aunque luego no tenga plena capacidad reparadora. Este modelo, desde luego, es más favorable para aquellos sujetos que, una vez cometido el delito, cuentan con recursos para resarcir a los perjudicados. Pero que en el conflicto entre una garantía absoluta de igualdad entre acusados y la protección de las víctimas la balanza se decante del lado de estas últimas parece una decisión legítima pues, al fin y al cabo, el sujeto que no repara acaba padeciendo un mal merecido y necesario en términos jurídico-penales. Por lo demás, que no existe un trato discriminatorio

⁵ Para más detalles, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 122 ss.

incompatible con el art. 14 CE entre quien satisface sus obligaciones de pago y quien no lo hace es algo ya afirmado anteriormente por la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, en la STC 230/1991, de 10 de diciembre (BOE núm. 3, de 03 de enero de 1992), que se pronunció sobre la constitucionalidad de la responsabilidad personal subsidiaria aplicable en caso de impago de una pena de multa⁶. La menor necesidad de pena a la que se ha aludido anteriormente justifica esta diferencia de trato cuando existe reparación.

Si se aceptan estas premisas para la atenuante de reparación, *nada debería obstar a que un modelo parecido se aplicara con respecto a la suspensión de la ejecución de la pena*, es decir, que solo aquellos que repararan íntegramente el daño causado se pudieran beneficiar de dicha suspensión. Por las razones expuestas, dicho modelo no sería incompatible con la prohibición de prisión por deudas. Esta idea, de hecho, parece desprenderse de varios pasajes del ya citado ATC 3/2018, concretamente cuando se afirma que «la suspensión de la ejecución no es el título habilitante de la pérdida de libertad, sino una incidencia ejecutiva que modaliza, en beneficio del reo, el cumplimiento de la pena impuesto en dicho título, que es la sentencia condenatoria».

Sea como fuere, desde 2015 el Código Penal vigente opta por una regulación en la que la satisfacción efectiva de las responsabilidades civiles es un requisito para obtener la suspensión (art. 80 CP), pero, al mismo tiempo, *se deja abierta la posibilidad de acordar un “plan de cumplimiento”, por así decirlo, que incluye la posibilidad de que el acusado satisfaga su obligación por cuotas y de modo diferido en el tiempo*. Esta opción parece adecuada en la medida en que tiene en cuenta las dificultades que puede tener el sujeto para pagar de una vez el montante indemnizatorio, pero sin dejar de lado la pretensión de la víctima de ser resarcida. Esta última queda mucho mejor preservada que en la regulación previa a 2015, cuando la imposibilidad total o parcial de que el condenado hiciera frente a la responsabilidad no era motivo de denegación de la suspensión⁷. Se trata, por tanto, de *una respuesta equilibrada para los intereses en conflicto* que concurren en estas situaciones.

⁶ En concreto, se afirmó en dicha resolución que «[p]artiendo, pues, de estos imperativos, no cabe apreciar discriminación alguna de las personas insolventes respecto de las que sí poseen medios económicos cuando la cantidad de dinero -ofrecida voluntariamente o tras la necesaria exclusión de bienes- no basta para atender a cubrir las responsabilidades penales y civiles derivadas de la condena y haya de aplicarse la responsabilidad penal subsidiaria. Como ya dijimos en nuestra anterior STC 19/1988, fundamento jurídico 6.º, respecto de la previsión legal de la responsabilidad personal subsidiaria contenida en el art. 91 C.P., que necesariamente entra en juego, “esta disposición legal, en efecto, no puede ser entendida sino como una regla adicional o complementaria respecto de todas y cada una de las que, a lo largo del articulado del Código sancionador, prevén una penalidad de multa para el supuesto de la comisión de determinado ilícito y su sentido no es otro que el de ordenar una previsión específica -no ‘diferenciadora’- para la hipótesis en la cual la regia general (impositiva de la pena multa) se resintiese de una aplicación inevitablemente diversa al proyectarse el mandato abstracto de la norma sancionadora sobre realidades fácticas distintas. Ninguna diferenciación es, pues, imputable a la acción del Legislador que adoptó este precepto pues, sea cual sea el criterio que se sostenga sobre el tipo de respuesta normativa dada a la hipótesis del impago de la multa, la previsión específica de tal eventualidad y de los efectos que habrían de reconocerse a la inejecutabilidad de la pena patrimonial era, sin duda, obligada. Diferentes, así, los igualmente sujetos a la pena de multa en razón de su diversa capacidad para sufrirla efectivamente, no es posible establecer el parangón que da lugar al juicio de igualdad entre unos y otros - entre los solventes y quienes no lo sean-, ni considerar a la luz de lo dispuesto en el art. 14 C.E., por lo mismo, la validez de una norma legal que, en lo que ahora importa, se ha limitado a disponer una previsión específica para hacer frente a un supuesto en el que habría de quebrar, por causa de las diferencias patrimoniales entre los igualmente sujetos a la Ley penal, la generalidad del mandato sancionador».

⁷ Puede encontrarse una comparación de las dos regulaciones, con numerosas referencias adicionales, en ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena*, 2017, pp. 90 ss. Sobre la reparación a la víctima como uno de los fines del actual modelo de suspensión, cfr. VARONA GÓMEZ, «Fundamentación y aplicación práctica de la suspensión de la pena de prisión», *Cuadernos penales José María Lidón. La ejecución de las penas*, (15), 2019, p. 241.

Precisamente por ello, en términos de protección a la víctima es cuestionable lo dispuesto en el art. 86.1.d CP, donde se señala que el tribunal podrá revocar la suspensión cuando el acusado «no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello». Esta última previsión deja en buena medida en papel mojado la existencia del propio compromiso de pago, a no ser que se interprete en unos términos tales que la falta de capacidad se deba a alguna razón imprevisible en el momento en que aquel se adquirió y se exija la necesidad de novar dicho compromiso de una manera proporcional a la nueva capacidad del sujeto. De otro modo, no hay ninguna diferencia práctica entre el texto vigente y el anterior a 2015: el único cambio relevante es que ahora al individuo insolvente que pretende la suspensión se le hace pasar por la asunción formal de un compromiso que sabe que no puede ni piensa cumplir, algo ciertamente poco o nada útil para las víctimas⁸.

En todo caso, son estas cuestiones que tienen que ver con la *interpretación de estos enunciados en tanto que leyes penales* y no con la dimensión constitucional del precepto. Como ya se ha señalado anteriormente, que este régimen legal es *compatible con la Constitución* y con la prohibición de prisión por deudas parece fuera de discusión: es más, por las razones expuestas parece que podría serlo también aun cuando el legislador hubiera sido mucho más exigente con los acusados que pretenden beneficiarse de la suspensión aplicando criterios parecidos a los que ya rigen para la atenuante de reparación del daño, cuya constitucionalidad no consta que haya sido puesta en entredicho.

4.2. En cuanto a la motivación del caso concreto: ¿incluye el deber de motivación reforzada un deber activo de indagación patrimonial?

Sentadas las anteriores premisas, y si bien se coincide con el Tribunal en la constitucionalidad del precepto cuestionado, resultan *más discutibles algunos de los argumentos ofrecidos para fundamentar la estimación de la demanda de amparo*. En tal sentido, y como ya se ha expuesto, dicha demanda es estimada porque, a juicio del Tribunal Constitucional, «la sección de ejecución debió haber agotado las posibilidades de averiguación patrimonial de la capacidad económica del penado y ni lo hizo ni ha tomado en cuenta el bien inmueble ofrecido por aquel a fin de que pudiera saldarse la deuda, si no totalmente, al menos mediante un calendario proporcionado a esa capacidad económica acreditada, conforme a sus circunstancias personales y familiares».

Es dudoso, en primer lugar, que en los casos de incumplimiento de compromiso de pago *tenga que ser el órgano judicial* (o la acusación) *quien deba realizar los esfuerzos necesarios para acreditar la solvencia económica de los reos*: tal exigencia no se desprende del art. 80.2 CP, sino más bien al contrario. Así, este precepto permite considerar satisfecho el requisito relativo a la responsabilidad civil simplemente cuando el acusado “asuma el compromiso” de satisfacer dicha obligación. Cabe interpretar perfectamente, sin contravenir el tenor literal del precepto, que al

⁸ En general, sobre los posibles escenarios de incumplimiento del compromiso resarcitorio, cfr. TRAPERO BARREALES, *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de la libertad*, 2018, pp. 401 ss. Señala esta autora (p. 402) que «no procederá la revocación de la suspensión si el sujeto incumple el compromiso asumido porque carece de capacidad económica, que, como se ha explicado anteriormente, ha de tratarse de una incapacidad sobrevenida (pues si existía en el momento de acordar la suspensión, esta incapacidad económica se habrá atendido en el propio compromiso), y entendida en su significado material, como que el sujeto efectivamente carece de medios para hacer frente a su responsabilidad, no siendo suficiente con la declaración formal de insolvencia».

tratarse de un régimen excepcional y especialmente beneficioso para el reo –pues, después de todo, la obligación de reparar no se ha cumplido todavía- *deba ser él mismo quien explique al tribunal con qué activos o fuentes de ingresos pretende cumplir con el compromiso que está adquiriendo.*

La anterior idea se desprende también de la facultad (no el deber), que se reconoce al órgano sentenciador, de “solicitar las garantías” con las que el sujeto piensa asegurar el cumplimiento de la obligación. Y también es elocuente lo dispuesto en el art. 86.4 CP en su segundo párrafo, cuando señala, a los efectos de revocar la suspensión, que «el juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver». Conviene subrayar el evidente carácter potestativo (“podrá”) de estas facultades de averiguación que se atribuyen a los órganos judiciales penales.

Este traslado de las cargas de acreditar la solvencia al sujeto que adquiere el compromiso de pago –o que solicita su novación en caso de pérdida de capacidad económica- parece perfectamente compatible con la Constitución y con el texto del Código Penal vigente, además de resultar mucho más sensible con los legítimos intereses de las personas perjudicadas por el delito. Solo cuando el sujeto haya aportado datos acreditativos de su capacidad de cumplir el compromiso o de garantizarlo el Tribunal deberá razonar, en su caso, de manera reforzada por qué considera insuficiente la capacidad mostrada; o, en los casos de incumplimiento del compromiso por pérdida de capacidad económica, deberá razonar por qué no considera creíble tal circunstancia⁹.

En el caso resuelto, y aunque en este punto los antecedentes de la sentencia son poco claros, parece que, tras haber abonado dos cuotas mensuales de 500 euros, el acusado dejó de pagar la citada cantidad sin exponer qué circunstancias habrían cambiado para impedirle hacer frente a la cifra acordada en su momento¹⁰. Además, la Audiencia justificó también por qué motivo consideró insuficiente la garantía ofrecida por el reo cuando se le denegó la suspensión: según se desprende de los antecedentes de la resolución comentada, en el auto que desestimó el recurso de súplica se alude a la escasa e incierta capacidad económica del acusado «haciendo mención a la misma mencionando ser dueño de una vivienda gravada con dos hipotecas, que además ha perdido valor. Realizar un ofrecimiento nuevo que no es sino la vivienda mencionada, siendo que de su propio relato, se pone de manifiesto su insuficiencia como también el ofrecimiento de dinero garantizado con hipoteca sobre la vivienda a realizar por su esposa a la nueva cifra a pagar, sobre cuya capacidad de administración el propio penado la pone en duda».

Ciertamente el anterior pasaje no es un modelo de claridad en la argumentación jurídica, pero en él se explican las razones por las que la Audiencia decidió no aceptar la garantía ofrecida por el acusado tras el incumplimiento de su inicial compromiso. *La exigencia - contenida en la sentencia constitucional- de que el órgano judicial ejecutor, como parte de su deber de motivación reforzada, tenga además que indagar las condiciones de la titularidad dominical del inmueble, su valor actual y cargas, así como explicar las posibilidades de afrontar la responsabilidad civil mediante la venta o arrendamiento de los activos va mucho más allá de lo que son los deberes de motivación,*

⁹ Sobre el llamado deber de motivación reforzada en anteriores resoluciones, cfr. VARONA GÓMEZ, *Cuadernos penales José María Lidón. La ejecución de las penas*, (15), 2019, pp. 241 ss.

¹⁰ El auto en el que se denegó la suspensión es de octubre de 2021 y en él se señala expresamente que se tiene constancia de dos ingresos en junio y julio de 2021 «sin la constancia de posteriores».

imponiéndose al órgano judicial unos deberes de investigación patrimonial -e incluso de tasación de activos- que no se observan en el texto del Código Penal.

Ciertamente, en la ya citada STC 32/2022 se estableció que el acusado tenía derecho a ser oído para que el Tribunal pudiera conocer las razones por las que no podía cumplir su compromiso antes de revocar la suspensión, pero, sin perjuicio de este derecho de audiencia, solo se aludió a la existencia de un deber de indagación de manera muy colateral y en referencia a la circunstancia de que, en aquel concreto caso, la Audiencia había atribuido al sujeto una intención fraudulenta de incumplir el compromiso garantizado.

En tal sentido sorprende cómo el Tribunal Constitucional, normalmente comprensivo con los jueces ordinarios por poco que estos motiven mínimamente sus decisiones, *haya transformado en este caso el deber de audiencia y motivación reforzada nada menos que en un deber activo de indagación* que no está previsto en la ley. Ello cuando, por lo demás, no rigen en este ámbito las cargas propias de la presunción de inocencia –la culpabilidad del acusado ya ha sido acreditada en el juicio- de tal modo que no parece que deban existir obstáculos insalvables desde el punto de vista constitucional para sostener que el reo que pretende beneficiarse de la suspensión tiene que asumir la carga de acreditar cómo piensa cumplir con su compromiso o de justificar por qué *a posteriori* no puede cumplirlo, algo que al afectado siempre le resultará mucho más sencillo que al propio órgano judicial.

Ciertamente la exigencia del Tribunal Constitucional puede parecer mucho más respetuosa con los derechos fundamentales del acusado, pero en la práctica con la imposición de semejantes obligaciones a los órganos de ejecución penal se corre el evidente riesgo de una mayor desprotección patrimonial de las víctimas, pues la incapacidad de pago se dará por acreditada siempre que el juez o tribunal no logre encontrar activo alguno, un escenario más probable que si se impone al reo la carga de acreditar su incapacidad absoluta de pago, especialmente cuando existió un compromiso inicial de que se podía abonar una determinada cantidad. En tal sentido no estaría de más que en próximas sentencias el Tribunal Constitucional aclare cómo se distribuyen las cargas de alegar y probar en este momento procesal, pues se trata de la cuestión clave que subyace tras el presente debate y que la sentencia no aclara suficientemente: si en todo caso se confirma que el acusado puede alegar cualquier cosa y todas las cargas indagatorias recaerán en el Tribunal se estará imponiendo un modelo que no está en la ley y que es muy garantista para el reo, pero preocupante desde la perspectiva de la tutela de los intereses de la víctimas.

5. Conclusiones finales

1. Por los motivos expuestos, cabe concluir affirmando -de acuerdo con el Tribunal Constitucional- que la actual regulación española de la suspensión condicional de la prisión y, más concretamente, la exigencia de un compromiso del acusado condenado de satisfacer las responsabilidades civiles, resulta compatible con el texto constitucional y con la prohibición de prisión por deudas. Por las razones expuestas *supra*, también debería serlo, por cierto, un modelo regulatorio que, de manera objetiva, condicionara la suspensión al pago de las responsabilidades civiles con independencia de la capacidad del sujeto, aunque el Tribunal no se pronuncie expresamente respecto de tal posibilidad y en resoluciones anteriores (STC 32/2022) más bien se haya manifestado en sentido opuesto.

2. Por otra parte, es muy cuestionable que el texto constitucional en sus arts. 24.1 y 17 CE imponga al juez o tribunal que ejecuta la sentencia condenatoria el deber de indagar activamente acerca de las posibilidades económicas del reo y no que deba ser este quien, cuando solicita la suspensión, acredite con qué medios y garantías piensa cumplir su compromiso de pago o, llegado el caso, por qué razones ha devenido a peor fortuna cuando con posterioridad no pueda cumplir con su previo compromiso. De un deber judicial de motivación -aunque sea reforzado- no puede inferirse sin más un deber de indagación activa de bienes por parte del órgano judicial cuando quien en su día sostuvo que podía pagar una cantidad deja de hacerlo sin ofrecer ninguna razón para ello.

El funcionario público que mata ¿comete homicidio y/o abuso de autoridad?

Comentario a la Casación 950-2018-Tumbes, del 27 de noviembre de 2019 de la Corte Suprema de Justicia de Perú

Ronald H. Vilchez Chinchayán
Universidad de Piura (Perú)
ronald.vilchez@udep.edu.pe

1. Presentación

Es algo aceptado que la Administración pública dota de facultades a sus funcionarios para hacer posible la voluntad pública y, que en algunos casos, se traducen en el uso de fuerza física. No lo es, por el contrario, el exceso o el uso indebido de la fuerza pública que produzcan distintos menoscabos en los particulares con motivo de ese ejercicio público. Se le exige al agente que cuide siempre su actuación manteniéndose dentro del marco de la legalidad y, que en el supuesto en el que deba hacer uso de la fuerza, sea necesaria, guarde proporción y mesura. Ahora bien, a partir de aquí se pueden presentar dos extremos: por un lado, que aún en el supuesto de que se produzca una lesión o incluso la muerte, la actuación del funcionario público no tenga el desvalor penal para imputarle responsabilidad penal en tanto se ubica dentro del marco del ejercicio regular de un derecho (y dé paso a una causa de justificación). Por otro lado, que sí sea posible imputarle responsabilidad penal. Aquí también es posible hacer una distinción entre aquellos casos en los que el funcionario tiene responsabilidad por omisión por no haber salvaguardado el interés¹ y aquellos supuestos en los que debe establecerse concretamente cuál es el tipo penal aplicable. De esta última cuestión nos ocuparemos en el presente trabajo. Específicamente, tomaremos como referencia los hechos expuestos en la Casación 950-2018-Tumbes, una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú, donde se discute la posibilidad de responsabilizar penalmente a un agente de la policía bajo el delito de abuso de autoridad o de homicidio simple o de aplicar un concurso de delitos.

A continuación, nos enfocaremos en revisar, por un lado, aspectos generales del delito de abuso de autoridad. Por otro lado, nos concentraremos en analizar qué clase de perjuicio es el que forma parte del delito de abuso de autoridad. Todo esto con la finalidad de contar con criterios jurídicos que nos permitan afrontar casos como los que resuelve la Corte Suprema en la mencionada casación y dar nuestra opinión sobre si es posible la configuración de un único delito (abuso de autoridad) o si se configuran otros tipos penales (en este caso, contra la vida y la salud).

¹ Cfr., con mayores referencias, COCA VILA, «Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19), 2017, pp. 29 ss.

En consecuencia, a continuación, presentaremos, en primer lugar, al delito de abuso de autoridad regulado en el art. 376 del Código penal peruano (en adelante, Cpp) e inmediatamente los principales hechos de la mencionada casación (2). En segundo lugar, la configuración del delito de abuso con especial énfasis en el elemento del perjuicio (3). Por último, daremos cuenta de un balance final (4).

2. Los hechos

Según se recoge en dicha sentencia de casación, el 12 de noviembre de 2013, aproximadamente a las 22.00 hs., Jeyri Kevin Julca Dávila (20), suboficial de tercera de la Policía Nacional del Perú (PNP), se encontraba a bordo de una unidad policial tipo furgón, acompañado del suboficial de segunda PNP Argenis Roland Cruz Oyola, ambos pertenecientes a la Comisaría de San José, quienes se desplazaban por la calle Bolívar de norte a sur – Tumbes, a la altura de la estación de bomberos. En este lugar advirtieron la presencia de un vehículo conocido como “Lucho” que circulaba en la misma dirección a gran velocidad, y observaron que en su interior iban dos sujetos de sexo masculino. Estos individuos transportaban combustible de procedencia extranjera y al notar la presencia policial incrementaron la velocidad. Esta situación dio lugar a una persecución policial que concluyó por las inmediaciones del crucero formado por las avenidas Veinticuatro de Julio y Navarrete donde intempestivamente se acoplaron dos vehículos más, impidiendo, de este modo, la intervención del primer vehículo, que logró fugarse. Durante la persecución, según se indica en el relato de los hechos, hubo un intercambio de disparos, dos de los cuales impactaron en el vehículo que trasladaba al personal policial interveniente.

En estas circunstancias, Julca Dávila bajó de la unidad policial e intervino el vehículo de placa de rodaje FO - 3272, que se interpuso y había dificultado la labor policial. Este auto era conducido por Manuel Enrique Benítes Jiménez y en el que iban también Viviana Anaís Torres Conde y su menor hija. Julca Dávila efectuó disparos y se acercó al vehículo, produciéndose una discusión con la señora Torres Conde y un ulterior altercado. Julca efectuó un último disparo que impactó en el parabrisas posterior del auto que terminó impactando en la cabeza de Benítes Jiménez occasionándole la muerte. Finalmente, se precisan dos datos: los disparos durante esa intervención se efectuaron, pese a que la detención de Benítez ya se había producido; y el arma de fuego utilizada el día de los hechos fue asignada al citado efectivo policial.

El segundo Juzgado Penal Unipersonal de Tumbes dictó la sentencia condenando a Julca Dávila como autor de los delitos de homicidio simple y abuso de autoridad imponiéndole una pena de 10 años de prisión, y al pago de la reparación civil de ciento cincuenta mil soles y de cinco mil soles a favor de los herederos legales del occiso y de mil soles a favor del Estado. Ante el recurso de apelación presentado por Julca Dávila, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes emitió sentencia confirmando la condena por los delitos de homicidio simple y de abuso de autoridad, pero variando la sanción a 8 años 8 meses de prisión y confirmando lo demás respecto a la reparación civil. La Corte Suprema resolvió declarar fundado el recurso de casación interpuesto por Julca Dávila y, en consecuencia, confirmaron la sentencia de primera instancia en cuanto lo condena como autor del delito de homicidio simple y fijó en ciento cincuenta mil soles el monto de la reparación civil, pero revocó el extremo que lo condenó como autor del delito de abuso de autoridad y lo absolvieron contra dicho delito. Le impusieron, finalmente, 5 años y 6 meses de pena privativa de libertad.

3. El delito de abuso de autoridad

3.1. Introducción

Para la configuración del delito previsto en el art. 376 Cpp² se requiere de un funcionario público que, abusando de sus competencias o atribuciones, realice (cometa) o mande (ordene) un acto arbitrario causando un perjuicio a alguien. De dicha lectura parecería que no existe complicación en la interpretación en tanto cada uno de los términos podría ser entendido –aunque sabemos que sería un camino equivocado– aplicando un sentido propio del lenguaje extra-penal. No obstante, las continuas precisiones que se han realizado a nivel doctrinal³ permiten concluir que, en realidad, se requiere mucho más que una simple lectura o mucho más que una interpretación sobre la base del lenguaje no técnico. Esto puede afirmarse sobre todos los elementos mencionados. Si bien, llegados a este punto, correspondería dar cuenta de todos y cada uno de ellos⁴, nos concentraremos en esta ocasión, debido al especial interés que produce, en un término tan amplio como es el perjuicio.

3.2. Precisiones

Con base en lo expuesto es oportuno hacer hincapié en que, por un lado, los hechos narrados en la sentencia parecen no ser los más claros y los brindados dejan algunas dudas, de ahí que las posibilidades de interpretación sean varias, no obstante, aquí partiremos de las circunstancias que han sido validadas por el Supremo Tribunal. Por otro, que los argumentos jurídicos de la Corte Suprema se han concentrado, entre otros⁵, en dos cuestiones que han servido para resolver el caso: la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad y la determinación de la situación como una en donde se aplica solo un delito (homicidio simple previsto en el art. 106 Cpp⁶) y no varios (los previstos en el art. 106 y el que ahora se comenta, previsto en el art. 376 Cpp). Dicho esto, podría llamar la atención y generar el siguiente cuestionamiento: ¿qué tiene que ver todo esto con el perjuicio? En mi opinión, el perjuicio es el tema clave que «sobrevuela» en todo el razonamiento jurídico para resolver el caso, pues la muerte del conductor del vehículo («el perjuicio») a manos del efectivo policial sirve para que los tribunales, de primera y segunda instancia así como la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, se pregunten si debe aplicarse solo el delito que sanciona la muerte (homicidio); si debe aplicarse solo el delito que contempla el supuesto en el que un funcionario público (un policía) causa un perjuicio no comprendido en otro tipo penal específico (abuso de autoridad); o si deben aplicarse ambos tipos penales, es decir, dar paso al concurso de delitos.

² Su tenor literal es el siguiente: «El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años. Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años».

³ Cfr., por todos, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 5^a ed., 2019, pp. 260 ss.

⁴ En cualquier caso, para la revisión de los otros elementos, me remito a lo desarrollado en VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Delitos contra la Administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*, 2021, pp. 215-234.

⁵ También se encarga de precisar que la aplicación del art. 22 Cpp, donde se prevé la posibilidad de reducir prudencialmente la pena cuando el agente, en el momento de los hechos tenga más de 18 pero menos de 21 años o más de 65 años, es obligatoria.

⁶ Que sanciona con una pena privativa de libertad de 6 a 20 años a quien mata a otro.

En lo que sigue tomaremos como punto de partida para la discusión la solución de la Corte Suprema de que un efectivo policial que realiza una intervención, dentro del ejercicio de sus funciones, y que termina produciendo la muerte de un sujeto producto de un disparo que efectúa con su arma reglamentaria, no se resuelve aplicando conjuntamente los tipos penales de abuso de autoridad (art. 376 Cpp) y homicidio simple (art. 106 Cpp) como se hizo en la primera y segunda instancia, sino únicamente aplicando ese último delito. Las razones que ha presentado la Sala Penal Permanente para sustentar dicha solución son dos. La primera, que no puede ser aplicable el delito de abuso de autoridad porque «el tipo penal de abuso de autoridad [...] está excluido en aquellos casos en los que la actividad concreta y el perjuicio causado formen parte de otros tipos penales específicos [...]. Es un delito subsidiario de otros más graves»⁷. La segunda, que se trata de un supuesto donde concurren dos leyes penales, el homicidio simple y el abuso de autoridad que, sin embargo, se resuelve, al ser un concurso aparente de delitos, a favor del delito de homicidio simple aplicando el «principio de alternatividad, en función a la estructura lógica de la subordinación, propia de la especialidad»⁸ [¿?]⁹.

En mi opinión, los argumentos expuestos por el Supremo Tribunal revelan más de lo que a primera vista dice: no hay certeza en el contenido del perjuicio que exige el mencionado delito. Será, podríamos preguntarnos, que ¿se puede afectar cualquier realidad y, por tanto, dar entrada al Derecho penal de cualquier forma? La respuesta, evidentemente, es no, pero este solo es el punto de partida. No hay, más allá de esto, claridad de cómo es que debe ser interpretado ese término: si es que debe coincidir con aquello que se presenta como una consecuencia material (un resultado lesivo) que ya está previsto como un resultado típico en otro delito (y de ser así, cómo se resolvería ese escenario) o si se trata de un resultado exclusivo del delito de abuso de autoridad.

Todo lo anterior deja en claro que urge examinar –entre otros aspectos– el contenido del perjuicio que requiere el delito de abuso de autoridad. O, de modo más específico, delimitar la interpretación de ese perjuicio para evitar que haya una desproporción por defecto (aplicando solo un tipo penal cuando deberían ser varios) o una desproporción por exceso (aplicando varios tipos penales cuando debería ser solo uno).

La pregunta que podría hacerse en este punto sería la siguiente: ¿por qué el intérprete debe diferenciar ahí donde no ha diferenciado el legislador? Es decir, ¿por qué habría que limitar el sentido de la figura perjuicio que forma parte esencial del delito de abuso de autoridad? Previamente debemos señalar que el hecho de que no sea un tema que se entienda como problemático ni en la doctrina ni en los tribunales peruanos no es un motivo válido para renunciar a la revisión de si es necesario o no un contenido propio para el perjuicio. Adicionalmente, el caso planteado en la casación 950-2018-Tumbes es una buena muestra de lo «inestable del terreno» que puede generar

⁷ Ver Cas. 950-2018-Tumbes, FJ 4.

⁸ Ver Cas. 950-2018-Tumbes, FJ 5. La cita textual es como sigue: «Que, en consecuencia, desde la perspectiva de BINDING, se está ante un concurso aparente de leyes o unidad de ley resuelta por el principio de alternatividad en función a la estructura lógica de subordinación, propia del principio de especialidad». Se agrega lo siguiente: «[a]sí las cosas, el concurso aparente de leyes permite concluir que de dos o más tipos penales, es aplicable solo uno: en el presente caso, el tipo penal de homicidio simple. No hay delito de abuso [...] de autoridad, por lo que no es posible aceptar una condena por tal delito como si se tratara de un concurso real de delitos».

⁹ En el mismo apartado desarrollado por el autor citado por la Corte Suprema, es decir, HURTADO POZO, en HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Manual de Derecho Penal*. Parte General, 4^a ed., t. II, 2011, pp. 234 s., solo está dando cuenta de distintas posiciones de cómo se ha entendido el criterio de alternatividad, pero no es como se entiende hoy en día. Así, el criterio de alternatividad no es uno que surja de una relación de especialidad, de hecho no surge de ninguna en tanto no es una regla que sirva para resolver los concursos de leyes, sino más bien un mecanismo de cierre, que implica aplicar la ley penal que tiene la consecuencia jurídica más grave. Cfr. al respecto, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte General*, 3^a ed., 2019, pp. 858 s.

dificultades en el momento de la aplicación de los correspondientes tipos penales y, por eso, debe por lo menos examinarse si es conveniente o no tal restricción y, de serlo, cómo se daría.

3.3. El delito de abuso de autoridad y el perjuicio causado

Una revisión de los autores peruanos que abordan el tema¹⁰ nos permite observar que la palabra perjuicio se ha interpretado en un sentido amplio. Así, por ejemplo, para cierto sector lo relevante es que con causa en una extralimitación del poder público se produzcan *daños* a las partes¹¹ (sean tanto personas naturales como jurídicas)¹². Aún más, que incluso exista solo la *posibilidad*¹³ de cualquier menoscabo de intereses y derechos. Para otro, con un poco más de precisión, es posible aceptar que ese perjuicio puede ser un menoscabo de tipo económico, material, corporal, moral o de cualquier otra índole¹⁴. Lo importante –se agrega– es que tiene que ser grave¹⁵, actual e inminente¹⁶, real¹⁷ y concreto o cuantificable¹⁸.

No existe, en lo que alcanzo, una precisión respecto a si debe ser un perjuicio «específico» o uno que puede incluirse en otro tipo penal. Tampoco he encontrado referencia alguna de, si fuera el caso, cómo es que debe resolverse esa situación: como un concurso de delitos o uno de leyes (y bajo qué criterio debería solucionarse). De ahí que me parezca oportuno entrar a desarrollar esta cuestión. Veámoslo.

3.4. El escenario

El tipo penal de abuso de autoridad requiere la realización de una conducta de un (mal) funcionario público que, a través de un acto arbitrario, produce un perjuicio. En cuanto a este último elemento, el punto de partida es entender que el perjuicio que el funcionario público le causa al particular parte del mal ejercicio de la fuerza pública. En este contexto, no debe olvidarse, por eso, que –en términos generales– en un delito como el que ahora se comenta –de

¹⁰ Por ejemplo, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el código penal peruano*, 2^a ed., 2003, pp. 182 s.; ORÉ SOSA, «La ley N° 29703 y la reforma de algunos delitos contra la Administración pública», *Gaceta penal & procesal penal*, (24), 2011, p. 14; PEÑA CABRERA FREYRE ALONSO, «Análisis del delito de abuso de autoridad», *Gaceta penal & procesal penal*, (13), 2010, p. 186; EL MISMO, *Derecho penal. Parte especial*, 2^a ed., t. V, 2014, p. 220.

¹¹ Aclara SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración pública*, 5^a ed., p. 259, que «[s]i en determinado hecho se verifica que no hay tercero contra quien posiblemente se iba a causar agravio con el abuso de autoridad producido, y solo aparece el Estado como perjudicado, la conducta podrá ser calificada y subsumida en otra figura penal, pero de modo alguno en el delito de abuso de autoridad».

¹² Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, v. 3, 2016, p. 1455.

¹³ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2001, pp. 188 s.; EL MISMO, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2^a ed., 2003, p. 233.

¹⁴ Cfr. PARIONA ARANA, «El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político-criminales», *Themis*, (68), 2016, p. 97; ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, 2016, p. 135; SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración pública*, 5^a ed., 2019, p. 259.

¹⁵ Cfr. PARIONA ARANA, *Themis*, (68), 2016, p. 97. De esta forma, señala, por ejemplo, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, v. 3, 2016, p. 1476, se puede diferenciar si se trata de un supuesto penal o uno que es de materia disciplinaria.

¹⁶ Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. Parte especial*, 3^a ed., t. V, 2019, p. 269; EL MISMO, *Delitos contra la administración pública*, 2021, p. 276. Aclara este autor que este perjuicio no debe ser uno sobre patrimonio estatal.

¹⁷ Cfr. ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, 5^a ed., t. I, 2021, p. 292.

¹⁸ ARISMENDIZ AMAYA, *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*, 2018, p. 297.

abuso¹⁹, según mi clasificación— la nota característica es que el funcionario público²⁰, a través de su comportamiento típico, abusa de sus atribuciones²¹ (como señala el precepto legal) realizando, en consecuencia, una conducta de prevalimiento²². Ahora bien, la cuestión es que producto de este prevalimiento se produce un perjuicio sobre alguien. Por pura lógica y atendiendo a las clasificaciones más básicas, podría pensarse que ese perjuicio podría darse sobre bienes públicos o privados, sobre bienes personalísimos o colectivos. Ya que no parece apropiado que el perjudicado (y, por ende, su perjuicio) sea también la Administración pública —y el legislador tampoco lo ha precisado—, queda atender a la segunda clasificación. Por eso, volvemos a la pregunta de cómo deben resolverse aquellos casos en los que el funcionario público afecta (perjudica) a los bienes tradicionalmente conocidos como personalísimos como la vida, la salud (la integridad física y psíquica), indemnidad, intimidad; esto es, en los que produce, en general, un resultado típico ya previsto específicamente en un precepto penal. Ante tal cuestión se podría pensar en, por lo menos, dos opciones.

a. *Primera opción. Solo se puede aplicar un delito común junto con una agravante genérica cualificada (art. 46-A Cpp)*

Aquí, como cuestión previa, se partiría de la idea de que la lesión a los bienes jurídicos personalísimos se encuentra incluida dentro del perjuicio al que hace referencia el tipo penal común aplicable (esta sería la línea asumida por la Corte Suprema). Así, si se trata de un sujeto común que mata a otro se aplicaría el delito de homicidio. Pero, si el agente es un policía se agravaría la responsabilidad penal²³, en atención a lo previsto en el art. 46-A Cpp²⁴, es decir, atendiendo a que el sujeto activo se aproveche de su condición²⁵ de miembro de las Fuerzas

¹⁹ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Delitos contra la Administración pública*, 2021, pp. 215 ss.

²⁰ Un comentario especial cabe hacer aquí en cuanto a la lógica de los delitos cometidos por funcionarios públicos. Una voz reconocida como es la de WELZEL, *Derecho penal alemán* (trad. de la 12^a ed. alemana de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez), 1987, p. 94, enfatiza que «[...] [e]n este caso [scil. de delito de funcionarios] no es la acción como tal, sino su ejecución por un autor en una determinada condición de funcionario, lo que configura la base material para la valoración de la antijuridicidad».

²¹ Esta figura se diferencia del llamado abuso del cargo. Al revisar las leyes penales se puede encontrar que el juego de palabras «abuso del cargo» tiene, sin embargo, dos significados. Por un lado, el cargo como condición de funcionario público; y, por otro, como obligaciones y competencias (o, que es lo mismo, atribuciones). Como ejemplo, en este último grupo, se puede mencionar al delito de negociación incompatible (art. 399 Cpp), de peculado (art. 387 Cpp), de colusión (art. 384 Cpp), entre otros. En cuanto al primer grupo, tenemos al delito de enriquecimiento ilícito (art. 401 Cpp), cohecho pasivo impropio (art. 394 Cpp), de concusión (art. 382 Cpp), entre otros.

Puede entenderse cierto problema de sentido: ¿cómo saber cuándo se usa en uno u otro? Y, más importante aún, ¿qué contenido tiene? Esta última cuestión ha sido abordada recientemente por la Sala Penal Permanente (Cas. 1743-2019-Junín). Se afirma ahí que el abusar del cargo tiene que ver con una figura más amplia que bien puede significar tanto un ejercicio fuera de los casos establecidos por ley o sin la observancia de la forma prevista como que el funcionario público haga uso de un poder de su competencia en la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito. En nuestra opinión, parece más apropiado entender que el abuso de las atribuciones alude a algo más específico frente al abuso del cargo, que supone prevalerse del cargo público.

²² A propósito de la determinación del bien jurídico protegido en los delitos de funcionarios públicos, para BACIGALUPO, *Teoría y práctica del derecho penal*, t. II, 2009, p. 1353, esta clase de delitos, en general, «deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen un ejercicio contrario al deber de la función pública, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de Derecho».

²³ La Corte Suprema, sin embargo, no aplica esta circunstancia con base en la prohibición de la *reformatio in peius*.

²⁴ En este escenario, el juez, aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, sin que pueda exceder de los treinta y cinco años de cárcel.

²⁵ Así lo describe, por ejemplo, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*. 3^a ed., 2019, p. 979.

Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público para realizar la conducta típica o en atención a ello utiliza armas proporcionadas por el Estado o le ha autorizado su uso²⁶.

Ante tal solución, se presenta, sin embargo, un gran inconveniente. El propio art. 376 Cpp ya recoge dentro de su configuración típica que un funcionario público abuse de sus atribuciones y cometa perjuicio en contra de alguien. Y, por su parte, el art. 46-A Cpp en el último párrafo prescribe que «[n]o será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando esta sea elemento constitutivo del hecho punible». En consecuencia, no sería posible recurrir al binomio conformado por el delito común (el que fuera) más el art. 46-A Cpp frente a lo previsto en el art. 376 Cpp. Con esta conclusión quedaría en evidencia la inviabilidad de la solución planteada por la Corte Suprema.

Adicionalmente, se podrían mencionar como otros inconvenientes para la aplicación del binomio «delito común más art 46-A Cpp», por ejemplo, que (a) aún con todo, la redacción del art. 46-A Cpp es una muy parecida a la del art. 376 Cpp. Las dos modalidades específicas previstas en el art. 46-A Cpp (a saber, que el hecho se cometa utilizando armas que proporciona el Estado o su uso le ha sido autorizado y que el funcionario se aproveche de los conocimientos adquiridos en el cargo para cometer el delito) en algo podrían ayudar²⁷, pero no se ha previsto ni se ha propuesto nada en concreto por parte de la doctrina ni de los tribunales. (b) Que es cierto que el delito de abuso de autoridad es un tipo penal que entra en juego (es subsidiario) para cubrir cualquier supuesto no abarcado por otro tipo penal, pero no de cualquier supuesto, sino de otro que tiene que ver con el funcionario y su posición de *abuso de sus atribuciones*²⁸. En consecuencia, esa ley preferente necesariamente debe tratarse de otro supuesto típico que también sancione a un funcionario público por infringir sus competencias o –como también lo dice el legislador– va más allá de un acto propio de su cargo²⁹ produciendo un resultado que está específicamente relacionado con un delito cometido por funcionario público.

²⁶ Cfr. sobre esto VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7^a del código penal)*, 2001, p. 28.

²⁷ En tanto, alguien podría entender que la modalidad del uso de armas proporcionadas por el Estado o autorizadas por el Estado por la condición de funcionario público supone un abuso de las atribuciones; mientras que el conocimiento adquirido por ser funcionario sería un abuso de cargo. Por nuestra parte, entendemos que la modalidad podría interpretarse como un supuesto general de abuso del cargo. Así también lo hace la Corte Suprema peruana cuando afirma que «[e]l aprovechamiento de la condición del agente solo se puede considerar como agravante, a efectos de individualizar la pena, cuando no sea específicamente constitutivo del hecho punible. De modo que su aplicación es exclusiva para los delitos donde no se requiera, entre otros supuestos, la condición especial de autoridad, funcionario o servidor público para ser responsable del delito» (Cas. 870-2019-Ayacucho, FJ 14.3).

²⁸ Por eso, no se puede estar de acuerdo con el argumento presentado en la Cas. 950-2018-Tumbes, FJ 4 en tanto si bien parten de una cita doctrinal (específicamente del reconocido autor Abanto Vásquez), esta es equívoca en tanto se ha cortado antes de la relación de delitos que se establecen como ejemplos. Así, la Sala Penal señala, en el mencionado fundamento jurídico, que «[...] el tipo penal de abuso de autoridad previsto en el artículo 376 del Código Penal está excluido en aquellos casos en los que la actividad concreta y el perjuicio causado formen parte de otros tipos penales específicos». La cita completa sigue así (cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2^a ed., 2003, p. 233): «p. ej., exacciones ilegales, cohecho, peculado, etc.». Se puede comprobar, entonces, que el autor no se refiere a cualquier precepto legal previsto en el código penal peruano, sino más bien a aquellos en donde hay un funcionario público con una situación específica.

²⁹ Esta figura (*scil. acto propio de su cargo*) que se utiliza, por ejemplo, en el delito de cohecho pasivo impropio, no debe confundirse con el abusar del cargo. La primera alude a la infracción de sus competencias, de lo que está previsto en el manual de operaciones y funciones o en el reglamento. Por el contrario, el abusar del cargo tiene un contenido más amplio que supone aprovecharse simplemente de su condición o la calidad de funcionario público.

Ya que partimos de la afirmación de que no es recomendable aplicar “indiscriminadamente” el art. 46-A Cpp³⁰ junto a un delito común, su uso debería quedar restringido para aquellos casos³¹ en los que existiendo un funcionario público, que abusa de su cargo³² (es decir, de su condición de funcionario público³³) su comportamiento no genera un resultado ni de lesión ni de peligro concreto³⁴. Esto que a primera vista parecería incoherente solo se quedaría en una impresión, pues se trata de adelantar y sancionar de manera grave aquella situación que se desprende del abuso de una condición. Dicho de otro modo, el uso del art. 46-A Cpp quedaría limitado a aquellos supuestos de creación de un peligro (abstracto).

b. Segunda opción. Aplicación únicamente del art. 376 Cpp

El segundo camino llevaría a entender que ante el escenario en el que un funcionario público, abusando del ejercicio de sus funciones, produce, por ejemplo, la muerte de un particular, solo sería posible la aplicación del art. 376 CP. Interesa, en consecuencia, que concurran los elementos del tipo: que el delito se cometa por un funcionario público, abusando del ejercicio de sus funciones, realice algo (cometa u ordene) arbitrario y que le origine un perjuicio. De todos estos elementos, el central –al menos de este trabajo– es el del perjuicio. Por lo que se ha

³⁰ Como propuesta de *lege ferenda*, plantearíamos la derogación del art. 46-A Cpp. Sin embargo, ya que el artículo sigue (y al parecer) seguirá vigente, es necesario realizar algunas matizaciones, como propuesta de *lege lata*, al respecto.

³¹ En este estado de la discusión podría alguien cuestionar por qué no se recurre a la (sin duda, en mi opinión, delicada y mal entendida) regla de la ley penal más favorable. Así, trasladando lo que se ha propuesto tanto por la doctrina como por los tribunales en otras ocasiones para «solucionar» casos, por ejemplo, de aplicación de preceptos más favorables (así, el art. 122-B.II.6 Cpp por encima del art. 368.III Cpp; el art. 382 Cpp por encima del art. 393.III Cpp; el art. 190.II Cpp por encima del 387 Cpp), se podría argumentar que el tipo penal aplicable sería el previsto en el art. 376 Cpp y no el del binomio de los arts. 106 y 46-A Cpp. Pienso que tal opción no debe ser tomada pues condenaría prácticamente a la inaplicación de uno de los supuestos y dejaría sin solucionar el problema de fondo.

³² Todo esto en concordancia con lo que dispone la propia redacción del art. 46-A Cpp: que el sujeto activo se aproveche de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas o Policía, autoridad o funcionario público. Aún más, en la misma línea que VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público* (art. 22.7^a del código penal), 2001, p. 91, diría que el significado valorativo de esta agravante está en que –diría para el caso peruano– ese abuso del cargo viene de la mano de la «infracción de determinados deberes jurídicos de servicio a la comunidad».

³³ Concretamente, y de acuerdo con el razonamiento planteado en la n. 27, se trataría de la modalidad del art. 46-A Cpp que supone que el funcionario público se aproveche del conocimiento que tiene por su condición de tal. Pienso que VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público* (art. 22.7^a del código penal), 2001, pp. 52 s., 58 s., estaría en contra de la afirmación anterior en tanto sí que existe un prevalimiento por parte del funcionario público en la otra modalidad descrita en el art. 46-A Cpp, es decir al utilizar un arma que el propio Estado le ha otorgado. Pero, si bien el prevalimiento (al que alude el art. 46-A Cpp) puede manifestarse a través de un abuso de funciones y un abuso de cargo, que el legislador penal peruano exija expresamente, en el caso del art. 376 Cpp, que el funcionario abuse de sus atribuciones, puede reducirse el contenido del prevalimiento y limitarse la aplicación del art. 46-A Cpp solo al abuso del cargo. A esta solución creo que llega también el mencionado autor (cfr. p. 66) solo que a través de la negación de la calificación de prevalimiento cuando ya el legislador de modo específico ha previsto una estructura y sanción ya sea como delitos concretamente cometidos por funcionarios o como delitos comunes agravados. Y esto es así debido a que en el Código penal español de 1995, a diferencia del peruano, no prevé un precepto que contenga un abuso de autoridad genérico como el del art. 376 Cpp. Solo así se entiende, por otro lado, que el ejemplo que señala (cfr. p. 81) sobre un funcionario que tiene competencias para detener lo hace, pero como venganza o represalia constituya «el elemento material de la agravante», en Perú sea posible reconducirlo como un caso de abuso de autoridad.

³⁴ Esto se plantea así para evitar, entre otros casos, la confusión con el delito de enriquecimiento ilícito que también requiere de un funcionario público que abuse de su cargo. De otra opinión, cfr. VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público* (art. 22.7^a del código penal), 2001, pp. 119 s.

señalado previamente³⁵ existe acuerdo doctrinal en que el perjuicio debe ser grave, que no solo puede ser patrimonial, sino que puede ser de cualquier otra índole. Hasta aquí también nosotros podríamos estar de acuerdo. Ahora bien, es posible hacer hincapié en que ese perjuicio no solo sería uno de resultado de lesión, sino también podría incluir un resultado de peligro. Así, en la clasificación tradicional sería posible encontrar un delito de peligro concreto o, en la clasificación que propongo, los delitos de anticipación y los de desvinculación³⁶. Por ejemplo, se puede pensar en el supuesto del funcionario público que ordena espiar las conversaciones que tiene el detenido con su abogado.

Por otro lado, es posible entender que el contenido del perjuicio debe limitarse a aquello que tenga que ver con la condición de administrado o su relación con la Administración pública. Así, por ejemplo, que no puede acceder al cobro de algún bono del Estado porque el funcionario le ha impedido entrar al Banco; que habiendo sido detenido legalmente el funcionario ha ordenado que no puede comunicarse con nadie durante todo el tiempo que esté detenido; producto de una intervención el funcionario público a cargo ha ordenado que se le quite la ropa o que camine sin zapatos. Como se puede apreciar el perjuicio causado no se restringe a lo patrimonial, pero siempre está vinculado a su calidad como sujeto que entra en relación con la Administración pública. Esto tiene relación con el fundamento penal para el castigo y represión de los delitos contra la Administración pública que tienen como bien jurídico protegido –según un amplio sector de la doctrina– al correcto funcionamiento de la Administración pública.

Es esencial recordar –como he expuesto ya en otro lugar³⁷– que a través del Derecho penal se mantiene o afianza el *statu quo* de las condiciones básicas para el funcionamiento de la sociedad, que van desde la tutela de cuestiones personalísimas (como, por ejemplo, la expectativa de no lesión de la vida, el cuerpo, la salud y la libertad de sus ciudadanos), pasando por otras de interés colectivo (como, por ejemplo, el mercado financiero, la salud pública, el medio ambiente, la solidaridad) hasta la (férrea) pretensión del Estado por *asegurar y reforzar su actuación* castigando tanto a funcionarios públicos como a particulares cuyas conductas afecten a la Administración pública³⁸. La razón específica orientada básicamente (aunque no exclusiva) –en lo que aquí interesa– para el último grupo se encuentra en que el Estado asume la tarea de gestionar una serie de actividades que toma de la sociedad civil para la organización de esta³⁹. Dicho de otra forma, el Estado se arroga o, en el mejor de los casos, la sociedad le encarga unas obligaciones que, en tanto condiciones de desarrollo de las personas y funcionamiento de una comunidad concreta⁴⁰, tiene que asegurar (por ejemplo, la construcción de carreteras, colegios, hospitales; la gestión de la salud y seguridad pública, entre otras). Así, en contrapartida, el Estado prevé la configuración de delitos para sancionar aquellas

³⁵ Cfr. *supra* 3.3.

³⁶ Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, 2018, pp. 199 ss.

³⁷ Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada*, 2018, p. 166.

³⁸ En este sentido también se puede ubicar a la CNUCC que, en su art. 3, estipula que «[p]ara la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado».

³⁹ Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Delitos contra la Administración pública», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6^a ed., 2019, p. 368.

⁴⁰ Cfr. PAWLICK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 ss. Señala PAWLICK, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, p. 99, que «[...] la competencia del funcionario público no se vincula a la idea rectora de la compensación por un comportamiento peligroso propio, sino a la de la cooperación en las tareas estatales nucleares del mantenimiento del orden y de la previsión de asistencia existencial».

conductas⁴¹ que afectan a esas condiciones que interesan proteger por ser un instrumento al servicio de los ciudadanos⁴², asegurando de este modo ese encargo/asunción. En consecuencia, se puede afirmar que la razón de la intervención penal se da no para proteger «el correcto funcionamiento de la Administración pública», sino más bien porque –nuevamente– el Estado tiene que reforzar esas condiciones básicas que ha asumido e interesan proteger en pro de la sociedad⁴³. En este contexto tan específico, es necesario aclarar que la intervención jurídica penal se da no porque se genere cualquier clase de resultado, sino uno que afecta especialmente al desarrollo de la Administración, al administrado o que impide que ese *ius imperium* estatal se aplique adecuadamente. Todo lo anterior está íntimamente relacionado con la específica configuración del delito de abuso de autoridad. Así, siendo un delito de abuso, aquí el agente (mal)utiliza el poder público –que le ha conferido competencias institucionales o, mejor, deberes positivos⁴⁴– que tiene (ordenando o cometiendo un acto, por ejemplo) pervirtiéndolo y, afectando al particular.

4. Balance final

En síntesis, se sostiene que el delito de abuso de autoridad lleva consigo un perjuicio (de lesión o de peligro concreto), pero este está limitado a aquel que tiene que ver con la afectación del particular (ya sea en su patrimonio, honor, intimidad), en cuanto a su interacción con la Administración pública. Debo precisar que no se está afirmando que no es posible que la conducta del funcionario público no dé paso a otra forma de afectación. Claro que sería posible, pero esto escaparía ya a lo propio del resultado típico en el delito de abuso de autoridad. Así, por ejemplo, si el funcionario público produce una muerte abusando del uso del arma reglamentaria, este desvalor ya no estaría abarcado (solo) por el delito de abuso de autoridad, sino que tendría que aplicarse de manera conjunta el delito contra la vida (en este caso) que corresponda.

Esta –se puede decir– sería una tercera opción: permitir la aplicación del art. 376 CP junto con un delito común cuando el resultado haya sido producto de una conducta cometida por un funcionario público que causa una consecuencia afectando al sujeto más allá de su condición como administrado o por una relación con la Administración. Sin embargo, no se coloca separada porque en verdad viene a ser una consecuencia lógica de la idea que se explica ahora: el perjuicio causado por el funcionario público si tiene que ver con la condición directa de administrado del particular, entonces sí forma parte de la estructura del delito de abuso de autoridad. Por el contrario, si ese perjuicio, que parte de un abuso por parte del funcionario, excede esa relación de Funcionario-Administrado, y el resultado

⁴¹ La conducta sí que es relevantemente perturbadora. Por esto no podría relegarse al Derecho administrativo. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, 3^a ed., 2011, p. 138.

⁴² Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6^a ed., 2019, p. 368. En Perú, cfr. BENAVENTE CHORRES, «Objeto de protección de los delitos contra la Administración Pública», en BENAVENTE CHORRES/CALDERÓN VALVERDE, *Delitos de corrupción de funcionarios*, 2012, p. 79. Por su parte ARISMENDIZ AMAYA, *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*, 2018, p. 51, hace referencia a dos dimensiones: la expectativa social de que los órganos de gobierno están comprometidos a brindar un normal funcionamiento de las diversas instituciones estatales. Y la expectativa social vinculada a los deberes especiales que le corresponde a cada sujeto cualificado.

⁴³ Y las asegura sancionando conductas que generan un desequilibrio real, esto es, contrario a lo institucionalizado, impidiendo el establecimiento mínimo de puntos de apoyo que contribuyen a la existencia de una concreta sociedad. La sanción penal es válida, entonces, si con ella se logra *reafirmar un determinado sector básico* (por ejemplo, el deber de socorro a una persona que se halla desamparada y en peligro manifiesto y grave) o *desalentar cierta clase de conductas que conviene reprimir* (por ejemplo, resistir o desobedecer la orden de una funcionario o servidor público que actúa en legítimo ejercicio de su cargo). En otras palabras, la sanción penal se impone por lo que esa conducta ya *representa* o, mejor, *cuestiona* en el contexto en concreto. En ese sentido, entiendo, se encuentra, por ejemplo, la Cas. 1749-2018-Cañete, FJ 10. Cfr. también la STC 17-2011-PI/TC, FJ. 15.

⁴⁴ Cfr. ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, 2014, p. 111.

está previsto específicamente en un tipo penal concreto, entonces será posible dar lugar a un concurso de delitos.

Podría reprochársele a esta propuesta que la forma más grave justamente de afectar al administrado sería matándolo, lesionándolo, violándolo sexualmente, etc. Sin embargo, se trata de establecer una delimitación de los supuestos de modo que se pueda aplicar el delito de abuso de autoridad sin caer en problemas de interpretación debido a que no se sabe cuál es el contenido del perjuicio.

La aplicabilidad de la pena de privación del derecho a acudir a determinados lugares en delitos cometidos a través de Internet

Comentario a la STS 547/2022, de 2 de junio

Pau Alabau Pereiro
 Universitat Pompeu Fabra
 pau.alabau@upf.edu

1. Introducción

El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial y dictó nueva sentencia en la que, estimando la impugnación, revocó el pronunciamiento relativo a la penalidad de la conducta enjuiciada. La relevancia de la resolución analizada proviene, en particular, de la confirmación por el Alto Tribunal de la imposición de la pena accesoria de prohibición de acudir al lugar del delito del art. 48.1 CP; en el caso analizado, la red social *Youtube*.

La novedad del pronunciamiento estudiado y, por ende, de su comentario, radica en la consideración de una red social como lugar de comisión del delito y la posibilidad, a partir de dicho razonamiento, de imponer por primera vez una pena restrictiva de derechos con un contenido tradicionalmente físico y geográfico a supuestos virtuales. El Alto Tribunal profundiza, en consecuencia, en la naturaleza del «lugar» del delito a efectos de la pena accesoria estudiada, y desarrolla con la presente sentencia el contenido de la prohibición que esta recoge al extenderla a la emisión de nuevos contenidos a través de una plataforma virtual.

A pesar de la nueva línea de debate que se abre a partir de la resolución analizada, tanto la interpretación restrictiva del contenido del «lugar» del delito defendida por la doctrina como el voto particular formulado por dos de los Magistrados ponen de relieve que la solución adoptada por la mayoría en el caso concreto dista, con mucho, de ser pacífica.

2. Antecedentes

2.1. Hechos enjuiciados¹

El acusado, D. Cirilo², en fecha 10 de diciembre de 2014 creó su propio canal de *Youtube* y se convirtió en un conocido *Youtuber*, nombre con el que coloquialmente se designa a personas que

¹ Cfr. las referencias a los hechos probados, STS 547/2022, Penal (Pleno), de 2 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2356), Antecedente de Hecho Primero.

² Por criterios de coherencia, nos referiremos tanto al acusado como a la víctima tal y como fueron anonimizados en la resolución del Tribunal Supremo aquí analizada, pese a que no concuerden con los empleados por las resoluciones de los órganos inferiores.

comparten vídeos en su canal de la red social y hacen de este un medio de vida. El 1 de noviembre de 2016, el condenado recibió por parte de uno de sus seguidores la propuesta de llevar a cabo un reto consistente en sustituir la capa de crema del interior de galletas de la marca Oreo por pasta dentífrica y entregarlas a personas en la vía pública. Cirilo aceptó el reto y, para captar de forma más efectiva la atención de sus seguidores, decidió focalizarlo en personas sin hogar, elaborando un vídeo que difundió en el mes de enero de 2017 en su canal de *Youtube*.

El contenido audiovisual permite identificar a Cirilo reemplazando la crema de las galletas marca Oreo por pasta de limpieza dental, al menos, en cinco ocasiones. Posteriormente, ya en la vía pública, se advierte cómo el acusado localiza a Silvio, persona sin hogar de nacionalidad rumana que pedía limosna sentado en el suelo, a quién inquierte cuál es la cantidad máxima que ha recibido nunca como donativo, procediendo a continuación a entregarle un billete de 20 euros. Acto seguido, se observa como Cirilo pregunta a Silvio si tiene hambre y, ante su respuesta afirmativa, le entrega el paquete que contenía las antedichas galletas para a continuación, con ánimo de ridiculizar y vejear a dicha persona, dirigirse a sus cientos de miles de seguidores y hacer sorna de lo acontecido.

La víctima, a raíz de ingerir las galletas recibidas, presentó vómitos y molestias digestivas, sin tener que precisar asistencia facultativa. La situación descrita produjo en Silvio sentimientos de tristeza, preocupación y temor.

Al día siguiente, Cirilo volvió a entablar contacto con la víctima y, mofándose de lo ocurrido previamente, le preguntó cómo le habían sentado las galletas que le proporcionó. Este episodio fue nuevamente grabado por el acusado y publicado en su canal de *Youtube*.

El 6 de marzo de 2017, fecha en la que se llevó a cabo el análisis policial, el canal de *Youtube* del acusado disponía de más de 1 millón de suscriptores y más de 120.000 visualizaciones de sus contenidos, convirtiéndose así en *Influencer*, nombre que se atribuye a jóvenes que con este medio de comunicación tienen la capacidad de movilizar y crear todo tipo de reacciones entre sus seguidores. De esa misma investigación se desprende que el acusado había ejecutado acciones de naturaleza vejatoria con anterioridad a los hechos enjuiciados, como se puede inferir del contenido de los vídeos de fecha 14 de septiembre de 2016 que constaban en su canal.

2.2. Iter procesal

El Juzgado de lo Penal número 9 de Barcelona calificó los hechos como un delito contra la integridad moral del art. 173 CP³, imponiendo a Cirilo una pena de quince meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, así como la prohibición de acceder al lugar del delito, *Youtube*, por un plazo de cinco años. El contenido de esta última pena suponía el cierre del canal y la imposibilidad de crear otros durante el tiempo de condena.

La defensa de Cirilo interpuso recurso de apelación, que recayó en la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual revocó parcialmente la sentencia dictada en primera instancia en el sentido de dejar sin efecto la pena accesoria de prohibición de acudir a la red social

³ SJP núm. 9, de Barcelona, de 29 de mayo de 2019 (ECLI:ES:JP:2019:29).

*Youtube*⁴. Los argumentos del tribunal se bifurcan en: (i) el delito no debe entenderse cometido en la red social, sino en la vía pública de Barcelona, pues se consuma en el momento de entregar a Silvio las galletas y el dinero, debiéndose interpretar la inserción de los contenidos en el canal de *Youtube* como la fase de agotamiento del delito; y (ii) el principio de *nulla poena sine lege*⁵, consagrado en el art. 2.1 CP⁶, impide la aplicación de la ley penal a supuestos no contemplados en ella. La prohibición de analogía en contra del reo sería vulnerada por la aplicación de la pena del art. 48.1 CP al caso enjuiciado, pues la pena referida no se contempla para privaciones de derechos distintas a la de residencia o aproximación a un lugar concreto.

Atendiendo a la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación de Cirilo, el Ministerio Público presentó recurso de casación contra la resolución de segunda instancia por infracción de ley e indebida inaplicación de los arts. 48.1 y 57.1 CP.

3. Posiciones en torno a la consideración de *Youtube* como lugar de comisión del delito

3.1. Argumentos a favor de la interpretación de las redes sociales como «lugar». El Pleno del Tribunal Supremo

La posición mayoritaria de la resolución estudiada, expresada a través de la ponencia del Magistrado Manuel Marchena Gómez, rechaza los dos argumentos aducidos por la Audiencia Provincial de Barcelona, para estimar el recurso de casación del Ministerio Fiscal y restablecer el pronunciamiento relativo a la penalidad recogido en la sentencia de primera instancia.

En primer lugar, difiere acerca de la consideración de la difusión del vídeo por parte del acusado en su canal de *Youtube* como agotamiento del delito. Al contrario, el Alto Tribunal advierte que los hechos probados reflejan una conducta delictiva que inicia con el desafío por parte de uno de los seguidores de Cirilo y que finaliza precisamente con la publicación en su canal del vídeo en el que aparece la entrega de dinero y las galletas modificadas a Silvio.

La lesión al bien jurídico no se limita, por tanto, al acto de entrega de las galletas y el billete de 20 euros a una persona en exclusión social, sino que ello es solo un fragmento de la conducta delictiva. En efecto, el mayor atentado contra la dignidad personal lo ocasiona la divulgación del mencionado vídeo en la red social, en la que se somete «a las risotadas -y a los comentarios hirientes- de cualquier internauta». Esta segunda conducta no integraría, pues, la fase de agotamiento del delito, sino que determinaría la culminación de su consumación.

⁴ SAP Barcelona, Sección 5^a, de 21 de octubre de 2019, (ECLI:ES:APB:2019:14581).

⁵ Como es sabido, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* proviene de Feuerbach. De las cuatro manifestaciones de dicho principio, al objeto de este trabajo interesa especialmente la «garantía penal», que proscribe la imposición a una conducta delictiva de una pena que no esté prevista por ley en el momento de su comisión. En este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10^a ed., 2016, pp. 114-116; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 11^a ed., 2022, pp. 91 s.; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5^a ed., 2011, p. 25.

⁶ La doctrina coincide en que el art. 25 CE solo comprende la «garantía criminal». No obstante, el anclaje constitucional de la «garantía penal» se ha pretendido desde la prohibición de retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables del art. 9.3 CE, el sometimiento a la ley del art. 117.1 CE o la reserva de ley orgánica que el art. 81.1 CE prescribe para el «desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas», cuestión evidente en el caso de las penas. Sin perjuicio de lo anterior, el art. 2.1 CP recoge expresamente la «garantía penal». A este respecto, MIR PUIG, *PG*, 10^a ed., 2016, pp. 119 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11^a ed., 2022, pp. 93 ss.; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5^a ed., 2011, p. 25.

En relación con la procedencia de la imposición de la pena accesoria del art. 48.1 CP en este caso, el parecer mayoritario de la Sala acoge la interpretación gramatical planteada por el Ministerio Fiscal en su recurso de casación, definiendo el concepto «red social» como espacio de reunión en el que «la participación de individuos y la aportación de sus contenidos ocupa el espacio limitado de que tal (...) red dispone». En ese sentido, la participación de cada usuario en una red social consistiría el «cuerpo» que ocupa un espacio determinado, permitiendo así incardinarse dicho concepto en la definición de lugar que ofrece la Real Academia Española⁷.

Por tanto, la interpretación del lugar del delito a efectos de la pena del art. 48.1 CP no puede circunscribirse a una realidad geográfica, sino que puede y debe necesariamente extenderse a los escenarios virtuales en los que este puede manifestarse. En efecto, la cambiante naturaleza de la realidad social conlleva que a las nuevas formas de criminalidad deba darse respuesta, en este caso, mediante una transformación de la concepción histórica del vocablo «lugar».

Dos argumentos adicionales conducen al Alto Tribunal a negar en este supuesto la concurrencia de una analogía *in malam partem*, vedada en sede penal: el primero, un argumento sistemático; el segundo, un fundamento teleológico.

La única referencia sistemática consiste en una breve mención a la retractación del acusado en los delitos de injurias y calumnias, tipificada en el art. 214 CP, que regula su publicación en «espacio idéntico o similar a aquél en que se produjo su difusión» sin limitarlo, según la posición mayoritaria de la Sala, a una concepción geográfica.

En relación con el segundo punto, el Tribunal destaca la función preventiva de la pena de prohibición de acudir al lugar del delito, siendo su finalidad primordial la de «excluir el riesgo de que se puedan llegar a verificar nuevas lesiones en los bienes jurídicos de éstas [las víctimas] o de terceros». Siendo esta la finalidad de la pena, no puede decirse que la consideración de una red social como «lugar» suponga un apartamiento de dicha función, dado que con ello se impide también la reiteración lesiva de bienes jurídicos por parte del autor.

3.2. Argumentos en contra de la aplicabilidad del art. 48.1 CP a las redes sociales

a. La posición de la Audiencia Provincial de Barcelona

Como ya se ha recogido *supra*, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial defiende la inaplicabilidad de la pena de prohibición de acudir al lugar del delito en el caso concreto en base a dos motivos.

En primer lugar, porque el delito se consumó en la vía pública, en Barcelona, correspondiendo la conducta relativa a la publicación del vídeo en *Youtube* al agotamiento del delito. Por tanto, desde esta perspectiva ya no sería necesario debatir sobre la conveniencia de aplicar el art. 48.1 CP a los delitos cometidos en Internet.

Sin embargo, para disipar cualquier género de dudas, el órgano colegiado abunda en el principio de legalidad de las penas reconocido en el art. 2.1 CP y niega, en atención al contenido de la pena accesoria estudiada, la posibilidad de aplicarla «analógicamente en contra del reo» a delitos cometidos a través de las redes sociales.

⁷ «Espacio ocupado o que puede ser ocupado por un cuerpo cualquiera».

b. *La posición del voto particular*

Los Magistrados Antonio del Moral García y Javier Hernández García disienten de la posición mayoritaria del Pleno para destacar el peligroso acercamiento del pronunciamiento mayoritario al rebasamiento de la línea roja del principio de legalidad de las penas, por la aplicación de una pena que no es posible *de lege lata*.

En efecto, se defiende que, más allá de las posibles «filigranas y malabarismos filológicos», el contenido de la pena del art. 48.1 CP es, sin lugar a duda, la prohibición de residir en o acudir a espacios geográficos.

La consideración anterior se desprende, en primer lugar, de su duración cuando se impone junto con una pena de prisión. En estos casos, de acuerdo con el segundo párrafo del art. 57.1 CP, la pena privativa de derechos se extiende por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. Esta previsión es lógica cuando se impone la prohibición de acudir a lugares geográficos, dado que el confinamiento en prisión supondría *de facto* la ineffectividad de la pena del art. 48.1 CP. Pero dicho precepto pierde todo el sentido si se aplica dicha pena privativa de derechos a «lugares» virtuales.

No obstante, el grueso de la argumentación se orienta a poner de relieve que, atendiendo a los límites que atenazan al juzgador en la interpretación de los tipos penales, en el caso concreto se ha ido «más allá, en perjuicio de la persona acusada, de lo que admiten el fin y el contexto de la norma».

En efecto, prosiguen los Magistrados, la pena descrita en el art. 48.1 CP contiene una restricción mínima de la libertad deambulatoria del penado estando configurados, en atención al contenido de dicha pena, su duración, los requisitos de imposición y los delitos para su determinación. Introducir, por la vía del art. 48.1 CP, una verdadera restricción de la libertad de expresión y de la «libertad de recibir opiniones e informaciones» supone un «fraude de etiquetas» que abre la puerta a aplicar en delitos no necesariamente graves la prohibición de acceder durante años a Internet o de entrar en *Instagram* o cualquier otra red social.

Debe advertirse que el fallo de la posición mayoritaria confirma el pronunciamiento relativo a la pena objeto de estudio dictado en primera instancia, que no únicamente imposibilita la emisión de contenidos a través de su canal de *Youtube*, sino que se extiende a la «prohibición de acceder a la red social». Es por esta razón que el voto particular interpreta que, entre los derechos limitados por esta, más allá del derecho a la libertad de expresión, se incluye el derecho a recibir informaciones y opiniones. A pesar de ello, los Magistrados disidentes terminan reconociendo que se intuye que lo pretendido es únicamente impedir que el condenado emita por ese canal.

4. Discusión

4.1. Sobre la consumación del delito contra la integridad moral

La controversia jurídica versa en un primer estadio sobre el tipo básico contenido en el art. 173.1 CP, y sobre si el delito de trato degradante debe entenderse consumado en la vía pública de

Barcelona o, por el contrario, en el momento en el que Cirilo expone el vídeo a los centenares de miles de seguidores de su canal.

Sin ánimo de profundizar en el análisis de la naturaleza y el contenido del delito de trato degradante, es preciso ofrecer unas breves consideraciones necesarias para dilucidar la controversia jurídica que aquí se presenta.

El bien jurídico protegido en el art. 173.1 CP es la integridad moral, entendida como manifestación de la inviolabilidad de la persona⁸, relacionado con el derecho a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada ni vejada⁹. La jurisprudencia lo relaciona con la idea de que el ser humano es un fin en sí mismo, sin que quepa «cosificarlo», y destaca el carácter autónomo de dicho bien jurídico frente a la vida, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor, como lo demuestra la regla concursal del art. 177 CP¹⁰.

La doctrina ha criticado que se trata de un tipo penal muy abierto¹¹, que puede ser poco respetuoso con el principio de taxatividad¹² y corre el riesgo de convertirse en un «cajón de sastre» al que recurrir para castigar conductas que no tengan encaje en otros preceptos penales¹³.

En efecto, la conducta típica requiere un trato¹⁴ capaz de «crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral»¹⁵. Dicho trato debe suponer, a su vez, un menoscabo grave de la integridad moral.

La estructura del tipo ha llevado a la jurisprudencia a considerarlo como un delito de resultado¹⁶, interpretando el «trato degradante» como acción que debe causar el menoscabo grave de la integridad moral. No obstante, numerosas voces doctrinales abogan por la consideración del tipo básico como un delito de mera actividad, dado que la referencia legal al bien jurídico «tiene como única función la de restringir la esfera de lo típico a aquellas conductas que (...) merezcan la

⁸ BOLEA BARDÓN, «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, p. 617.

⁹ MUÑOZ CONDE, «Delitos contra la integridad moral», en EL MISMO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 24^a ed., 2022, p. 189.

¹⁰ Por todas, STS 28/2015, Penal, de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2015:213).

¹¹ FELIP I SABORIT/RAGUÉS VALLÈS, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7^a ed., 2021, p. 118.

¹² BOLEA BARDÓN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, pp. 619 ss.

¹³ TAMARIT SUMALLA, «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7^a ed., 2016, p. 1200.

¹⁴ A pesar de que del vocablo «trato» parece deducirse una nota de habitualidad, doctrina y jurisprudencia coinciden en que una conducta única y puntual, con intensidad lesiva relevante, es suficiente para colmar el tipo objetivo. Cfr., a este respecto, BOLEA BARDÓN, «Delitos contra la integridad moral», en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, 2^a ed., 2019, p. 177. También así lo interpreta la jurisprudencia; por todas, STS 227/2021, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1914).

¹⁵ STS 325/2013, Penal, de 2 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2100), citando jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁶ En este sentido, sin ánimo de exhaustividad, las ya citadas SSTS 227/2021, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1914); 28/2015, Penal, de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2015:213); y 325/2013, Penal, de 2 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2100).

calificación de graves»¹⁷. Según esta interpretación, el mero hecho de infligir un acto constitutivo de trato degradante supondría un menoscabo grave de la integridad moral y consumaría el delito del art. 173.1 CP¹⁸. Sea como fuere, en todo caso, se deberán valorar las circunstancias del sujeto pasivo para calificar una acción como gravemente atentatoria contra su integridad moral¹⁹.

En la interpretación de los elementos del tipo penal²⁰, la jurisprudencia ha ido concretando el concepto de «grave menoscabo», apreciando la concurrencia del delito de trato degradante en los siguientes casos²¹: obligar a la víctima a permanecer largo tiempo de rodillas y a bañarse con agua fría y cortarle el pelo como castigo; golpear a la víctima, obligarla a desnudarse y hacerle comer excrementos y orines de perro, provocándole el vómito; caso «Marta del Castillo», por el hecho de que el joven responsable de su muerte mintiera repetidamente y se negara a revelar el lugar de ocultación del cadáver; caso asesinato «el Pescaíto» en el que la acusada, tras asesinar a un niño, mantuvo una actitud de fingimiento durante los once días que duró la búsqueda, alentando los ánimos de los padres y generando falsas expectativas sobre la aparición del menor²².

Con base en lo anterior, procede a continuación analizar cuál es la conducta relevante a efectos jurídico-penales para colmar el tipo del artículo 173.1 CP, entendiendo como tal a la consistente en infligir un trato degradante que menoscabe la integridad moral del sujeto pasivo.

En efecto, aquí se trata de dar respuesta a la calificación jurídica que debe darse a las dos conductas ejecutadas por el autor que son relevantes a efectos de este análisis: la entrega de las galletas modificadas en la vía pública de Barcelona y la difusión del vídeo ante centenares de millares de personas mediante su inserción en la red social.

Debe compartirse en este punto la argumentación de la posición mayoritaria del Pleno del Tribunal Supremo, por cuanto la primera conducta no puede interpretarse como la consumación del tipo del art. 173.1 CP, ni tampoco pueden analizarse ambas conductas desde la óptica de la pluralidad de acciones en relación con la teoría del concurso.

Al contrario, se defiende en estas líneas la concepción de que ambas conductas forman parte de una «unidad de hecho» en sentido amplio, al considerar que en este caso concurre una

¹⁷ TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7^a ed., 2016, p. 1199; BOLEA BARDÓN, en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, 2^a ed., 2019, p. 177.

¹⁸ GÓMEZ NAVAJAS, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2018, p. 86.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, en EL MISMO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 24^a ed., 2022, p. 191.

²⁰ Por todas, STS 233/2009, Penal, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:1276): «(i) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; (ii) un padecimiento, físico o psíquico, en dicho sujeto; y, (iii) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito».

²¹ La casuística expuesta es un extracto de la que presentan FELIP I SABORIT/RAGUÉS VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7^a ed., 2021, p. 119.

²² Estos dos últimos casos, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, recibirían una distinta calificación. Así, desde su entrada en vigor el día 12 de enero de 2023, no serían subsumidos en el primer apartado del art. 173.1 CP, sino en el nuevo párrafo segundo de dicho precepto, que castiga con la misma pena a los que «teniendo conocimiento del paradero del cadáver de una persona, oculten de modo reiterado tal información a los familiares o allegados de la misma».

«realización progresiva del tipo»²³. La realización progresiva, sucesiva²⁴, o continuada²⁵ del tipo implica dar tratamiento de unidad de hecho a aquellas acciones con las que el autor se aproxima poco a poco a la consumación del delito. A pesar de que algunos autores defiendan a estos efectos la necesidad de un mismo contexto motivacional en una situación fáctica unitaria²⁶, la unidad de hecho a efectos jurídico-penales dependerá, además, de la concreta interpretación del tipo en cuestión, pues no se pueden resolver los supuestos de unidad o pluralidad de acciones sin referencia a la configuración de los tipos delictivos donde se presentan²⁷.

La jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, asimismo, parece haber acogido esta interpretación al expresar el abandono del «enfoque naturalístico»²⁸ de la teoría de la unidad natural de acción. En efecto, se reconoce que la unidad de hecho, «a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica»²⁹. Es por ello por lo que «la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real».

Con base en las anteriores consideraciones, y teniendo en cuenta la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia deducen del tipo penal objeto de estudio, entendemos que las conductas analizadas deben interpretarse como actos parciales que se integran en una unidad de hecho en sentido amplio por la realización progresiva del tipo, habiéndose consumado el delito cuando Cirilo publica el vídeo en su canal de *Youtube*.

El sentido del tipo, según lo argumentado en las líneas precedentes, abona la anterior interpretación. Así, el conjunto se enmarca en la propuesta de un reto por parte de uno de los seguidores de Cirilo el 1 de noviembre de 2016, en el que el acusado contribuye con su propia aportación, al decidir focalizarlo en personas en riesgo de exclusión social. Se trata de un plan que no tiene como fin la entrega del dinero y las galletas manipuladas a Silvio, sino la grabación de dicho suceso y su difusión multitudinaria en las redes.

Es innegable que la conducta desplegada por el acusado en primer término no es inocua pero, si se la pone en relación con los casos en los que se reconoce la necesaria nota de gravedad por parte de la jurisprudencia, no puede afirmarse su subsunción en el art. 173.1 CP. Al contrario, únicamente consistiría en el estadio previo a la consumación del delito.

En primer lugar, porque la entrega del dinero y de las galletas manipuladas por parte de Cirilo, llevada a cabo en un portal de Barcelona sin que conste la presencia de testigos, difícilmente puede considerarse un menoscabo grave de la dignidad del sujeto pasivo. Al contrario, y como

²³ Conforme a la terminología empleada en MIR PUIG, *PG*, 10^a ed., 2016, p. 669.

²⁴ Concepto empleado en ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, (trad. por Luzón Peña *et al.*), t. II, 2014, pp. 953 ss.

²⁵ Tal y como lo definen JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. por OLMEDO CARDENETE), 2002, pp. 767 ss.

²⁶ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 2002, p. 768.

²⁷ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11^a ed., 2022, p. 431.

²⁸ La «concepción natural de la vida» entendía que los componentes del curso de una acción separables externamente debían ser entendidos como una unidad de acción cuando los actos parciales se apoyan sobre una resolución unitaria de la voluntad y se encuentran en una estrecha conexión espacio-temporal, de forma que son percibidos como una unidad por un observador externo.

²⁹ Cfr., por todas, STS 261/2022, Penal, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1077).

reconoce la posición mayoritaria del Alto Tribunal, lo verdaderamente atentatorio contra su integridad moral es la difusión incontrolada de dicha escena, en la que se ridiculiza a Silvio y a todas las personas en situación de extrema pobreza, sometiéndolo a las risotadas de centenares de miles de usuarios. Es entonces cuando adquiere significado la «cosificación» de la víctima, que es utilizada como medio para el rédito económico del acusado.

Ello entraña con el «envilecimiento» requerido para la concurrencia del tipo objetivo, dado que lo que verdaderamente tiñe la conducta de la consustancial nota de gravedad es la exposición y la ridiculización ante miles de personas, siendo en ese punto cuando realmente la conducta es inequívocamente humillante para la víctima.

A pesar de la divergencia en sus conclusiones, la anterior argumentación se desprende asimismo de la fundamentación de la Audiencia Provincial de Barcelona, cuando reconoce que los sentimientos de envilecimiento en la víctima que requiere el delito de trato degradante aparecieron cuando llegó a su conocimiento que el acusado había difundido un vídeo en que se mofaba de su situación de exclusión social. Solo así se entiende que «en el vídeo del día siguiente lanzase besos al acusado»³⁰, pues todavía no tenía conocimiento del contenido del vídeo.

En conclusión, en relación con el sentido del tipo analizado, la secuencia delictiva se inicia con la propuesta del reto el 1 de noviembre de 2016 y finaliza con la difusión del vídeo en el canal de *Youtube* del acusado en enero de 2017³¹, consumándose entonces el delito del art. 173.1 CP. Entendemos que no procede, pues, considerar la segunda conducta como perteneciente a la fase de agotamiento del delito.

4.2. Sobre los límites y los métodos de interpretación en el Derecho penal

Una vez asentado lo anterior, procede analizar si a las conductas delictivas analizadas en el epígrafe anterior puede imponerse la pena de prohibición de acudir al lugar del delito, para lo que debe interpretarse el concepto «lugar» en el mismo sentido que el parecer mayoritario del Pleno.

Con carácter previo, sin embargo, y atendiendo a la profusa argumentación que el Tribunal Supremo destina a la interpretación gramatical del concepto «lugar», deben dedicarse unas breves líneas a los límites y los métodos de interpretación admisibles en Derecho penal.

Una de las manifestaciones del principio de legalidad penal, al que se ha aludido brevemente *supra*, consiste en la exigencia de *lex stricta*, de la que se deriva el principio de prohibición de analogía³² contenida en el art. 4.1 CP.

³⁰ SAP Barcelona, Sección 5^a, de 21 de octubre de 2019, (ECLI:ES:APB:2019:14581), FJ 3.

³¹ Pese a que no consta en el relato de hechos probados la fecha exacta en la que Cirilo hizo entrega de las galletas manipuladas y el billete de 20 euros a la víctima, la conexión temporal puede advertirse al considerar la cercanía temporal entre el primero y el último de los actos de la secuencia delictiva. No obstante, ello carece de especial relevancia, pues en los casos de «realización progresiva del tipo» no se exige una identidad temporal tan estrecha como en otros supuestos de unidad de hecho. En este sentido, ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 954.

³² ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 140.

Lo anterior no es óbice, evidentemente, a la necesaria interpretación de la ley penal, pues la concepción «mecanicista»³³ del juez es a todas luces impracticable. Pero la interpretación judicial de la ley penal deberá circunscribirse al «sentido literal posible»³⁴ para respetar los límites que, en nuestro ordenamiento jurídico, impone el art. 4.1 CP. En términos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el resultado interpretativo debe ser siempre «coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible»³⁵.

De lo anterior se desprende la necesidad de distinguir entre interpretación, admitida si respeta los valores constitucionales, y analogía, prohibida en Derecho penal. La doctrina define la interpretación como la búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro del ya mencionado «sentido literal posible», mientras que la analogía conlleva la aplicación de la ley penal a supuestos de hecho no contemplados en ella, pero con los que se observa identidad de razón³⁶.

El «sentido literal posible» es, por tanto, el punto de partida de toda interpretación. Este marca el límite externo, es decir, diseña el campo de juego dentro del cual entran en consideración los distintos cánones de interpretación cuya conjunción proporciona el sentido del precepto³⁷.

No obstante, la interpretación gramatical es solo el primer estadio de toda labor interpretativa, pues esta solo marca el límite más allá del cual se incurre en analogía. En este sentido, el tenor literal de la norma no es suficiente, pues el sometimiento a este único criterio llevaría a una interpretación excesivamente formalista de la misma³⁸. La norma debe ser sometida a la interpretación sistemática e histórica, para culminar con la interpretación teleológica, que debe coronar todo proceso interpretativo, pues el resto de los métodos son solo «derroteros especiales que permiten acercarse al sentido de la norma»³⁹.

Lo anterior se desprende, en nuestro ordenamiento jurídico, del art. 3.1 CC, que determina que

«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Huelga decir que dicho artículo, como consecuencia de la supletoriedad de las disposiciones civiles consagrada en el art. 4.3 CC, es aplicable a la interpretación en sede penal, como ha sido reconocido tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo⁴⁰.

³³ Conforme al conocido aforismo de Montesquieu, los jueces no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley.

³⁴ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 2002, pp. 170 ss.; ROXIN, *PG*, t. II, 2014, pp. 147 ss.

³⁵ Cfr. STEDH *Del Río Prada v. España*, de 21 de octubre de 2013 (Demand 42750/09), § 91-93.

³⁶ GÓMEZ TOMILLO/AGUADO CORREA, «Artículo 4», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. I, 2015, p. 79.

³⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, 2009, pp. 220 s.

³⁸ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11^a ed., 2022, p. 116.

³⁹ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 2002, p. 166.

⁴⁰ RAMÓN RIBAS, «Interpretación extensiva y analogía en el Derecho penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (12), 2014, pp. 129 ss.

Con base en lo anterior, no debe alcanzarse sin excepción el límite que establece el «sentido literal posible» sino que, una vez marcado dicho umbral, debe obtenerse el verdadero sentido del precepto a partir de la conjugación de los distintos métodos interpretativos y, fundamentalmente, a través de una «reducción teleológica» que permita vislumbrar la «voluntad de la ley»⁴¹.

En conclusión, la interpretación gramatical, en su aspecto positivo, tiene un carácter provisional sujeto al resultado que se derive de la referida interpretación teleológica, fundamentalmente⁴². Por otro lado, en su vertiente negativa, el tenor literal del precepto es definitivo, puesto que marca el límite máximo de la interpretación teleológica⁴³ que, como se desprende del art. 3.1 CC, juega un papel esencial⁴⁴.

La analogía será, pues, una aplicación de una norma ya interpretada en base a los cánones y con sujeción a los límites anteriormente expuestos a un supuesto de hecho no contenido en ella, pero sí similar o análogo⁴⁵.

4.3. Sobre la aplicabilidad de la pena de prohibición de acudir al lugar del delito a «entornos» virtuales

Lo anteriormente expuesto sirve de base para analizar la argumentación contenida en la sentencia de referencia acerca de la admisibilidad de la interpretación del concepto «lugar» como término en el que poder incluir redes sociales como, en este caso, *Youtube*.

Más allá de la discusión filológica en torno a las definiciones «en cascada»⁴⁶ que ofrece el Alto Tribunal para forzar una interpretación gramatical del concepto «lugar» comprensiva de las redes sociales, lo cierto es que una red social, si se toman como referencia los cánones y las limitaciones expuestas en el epígrafe anterior, no puede interpretarse como el «lugar» de comisión del delito a efectos del art. 48.1 CP.

A este respecto, a pesar de las conclusiones que alcanza la Sala, puede entreverse la verdadera naturaleza de las redes sociales en distintos pasajes de la sentencia analizada, en la que se hace referencia a Internet como medio o instrumento de comisión del delito, y no como su lugar de ejecución.

⁴¹ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 2002, p. 170.

⁴² RAMÓN RIBAS, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (12), 2014, p. 133.

⁴³ ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, 2009, p. 221.

⁴⁴ La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en este mismo sentido, a modo de ejemplo, en la STS 320/2022, Penal, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1202): «La voluntad no modificada del legislador debe seguir ocupando, por tanto, un papel decisivo en la interpretación lógica y teleológica de la norma penal pues ello coadyuva también a preservar los valores constitucionales de la seguridad y de la previsibilidad social de los espacios de prohibición y, con ellos, a garantizar el derecho a la libertad de los ciudadanos».

⁴⁵ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11^a ed., 2022, p. 112.

⁴⁶ A partir de la definición de «lugar» ofrecida por la Real Academia Española se llega a la definición de «espacio» y, de allí, a la de «cuerpo». Con esta última se concluye que, dado que la participación de los usuarios y la aportación de sus contenidos ocupan un espacio limitado y pueden incluirse en dicho concepto, la red social *Youtube* debe ser considerada «lugar» a efectos del art. 48.1 CP.

Pero lo anterior es un argumento residual. Lo verdaderamente relevante consiste en el análisis de la interpretación llevada a cabo por el Alto Tribunal a la luz de los métodos y límites de interpretación descritos *supra*.

a. *Interpretación sistemática*

En primer lugar, debe destacarse, atendiendo a una interpretación sistemática, que resulta controvertido que la interpretación gramatical del Tribunal Supremo venga reforzada por lo dispuesto en el art. 214 CP referente a los espacios de la retractación del acusado⁴⁷. En este sentido, la resolución comentada omite que el mencionado precepto prevé que el retracto deberá publicarse en el mismo *medio* en el que se vertió la injuria o calumnia, en *espacio* idéntico o similar al de su difusión.

En consecuencia, la referencia al art. 214 CP refuerza la posición contraria: la consideración de las redes sociales como medio o instrumento a través del cual se comete el delito. La referencia al término «espacio» en dicha disposición remite a la idea de que el retracto debería ser publicado en una extensión similar a la de la injuria o calumnia cometida.

Lo anterior deviene aún más evidente si se analizan los preceptos en los que se integra la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; en especial, los preceptos en los que se regula como pena accesoria.

A este respecto, el art. 57.1 CP dispone la imposición discrecional de «una o varias» de las prohibiciones del art. 48 CP por la comisión de un amplio catálogo de delitos, en el que se incluyen los delitos contra la integridad moral.

La accesoria de dichas penas respecto a unos delitos específicos y no respecto a la duración de la pena principal, la posibilidad de imposición facultativa, la independencia de su duración respecto a la de la pena principal y la imposibilidad de imponerlas como penas únicas⁴⁸ han llevado a la doctrina, tradicionalmente, a catalogarlas de penas accesorias «impropias» o «*sui generis*»⁴⁹.

Especialmente interesante, a efectos de este comentario, es lo relativo a la duración de la pena accesoria cuando se impone junto con la pena de prisión, tipificado en el segundo párrafo del art.

⁴⁷ De acuerdo con el Ministerio Público, la posición mayoritaria del Pleno entiende que el significado gramatical «ve reforzado su valor interpretativo por lo dispuesto por el art. 214 del CP que, al regular los efectos de la retractación del acusado en los delitos de injuria y calumnia, se refiere a “espacios” de difusión, no a espacios geográficos excluyentes».

⁴⁸ Debe advertirse, sin embargo, que la pena de privación del derecho a acudir a determinados lugares está prevista en distintos preceptos de la Parte Especial, como en los arts. 558 y 578 CP, así como, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, en el art. 172 *quater* CP. A pesar de lo anterior, un sector de la doctrina interpreta que siguen siendo penas accesorias, que deberían haber sido previstas en el art. 57.1 CP. Cfr., a este respecto, SOUTO GARCÍA, «La pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos», en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, 2013, p. 279.

⁴⁹ FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal*, 2008, pp. 55 ss.; SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos*, 2013, pp. 279 ss.; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5^a ed., 2011, pp. 348 s.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Artículo 57», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. I, 2015, p. 595; GARCÍA ALBERO, «Artículo 57», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7^a ed., 2016, p. 501.

57.1 CP. Desde la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 se prevé el cumplimiento simultáneo de ambas, excediendo la duración de dicha pena accesoria entre uno y diez años, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave, a la de la pena de prisión.

El segundo párrafo del art. 57.1 CP conlleva, por tanto, una excepción al principio de duración de las penas accesorias dependiente de la pena principal, consagrada en el art. 33.6 CP⁵⁰. Además, también conlleva una superación del máximo de diez años de duración de la pena de privación de residir en determinados lugares o acudir a ellos, recogido en el art. 40.3 CP que, sin embargo, autoriza el art. 40.5 CP⁵¹.

Esta previsión debe interpretarse en el sentido del voto particular a la sentencia. El exceso de la pena privativa de derechos únicamente respecto a la pena de prisión se efectúa para extender la protección a la víctima más allá de la pena privativa de libertad⁵² porque, de lo contrario, la efectividad de la pena accesoria se vería limitada únicamente a casos de suspensión de condena o de acomodación del penado al régimen de libertad (permisos penitenciarios, tercer grado, libertad condicional; entre otros).

Y ello carece de sentido si se extiende la pena de privación del derecho a acudir al lugar del delito a redes sociales, pues no concurre con la misma intensidad la imposibilidad de acceder al «lugar» del delito durante el cumplimiento de la pena de prisión, y más aún después de la reforma del Reglamento Penitenciario operada por el Real Decreto 268/2022, de 12 de abril. En lo que aquí interesa, esta reforma posibilita el uso de las tecnologías de la comunicación y de la información en los establecimientos penitenciarios por los penados para necesidades de tratamiento, empleo o comunicación con las familias⁵³.

En consecuencia, y aún con mayor razón a partir de la posibilidad de utilizar las nuevas tecnologías en los centros penitenciarios, carece de sentido que el párrafo segundo del art. 57.1 CP permita extender la pena accesoria más allá de la duración de la pena de prisión si en la primera estuviera incluida la prohibición de acceder a redes sociales.

Finalmente, distintas disposiciones normativas sustantivas⁵⁴ y procesales⁵⁵ recomiendan un concepto geográfico de «lugar».

⁵⁰ El art. 33.6 CP reza: «Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código».

⁵¹ Conforme a este último precepto: «La duración de cada una de estas penas será la prevista en los apartados anteriores, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código».

⁵² MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5^a ed., 2011, p. 245. En este sentido también se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

⁵³ SOLAR CALVO/LACAL CUENCA, «El Real Decreto 268/2022, de 12 de abril, de Reforma del Reglamento Penitenciario», *La Ley*, (10081), 2022, pp. 1 ss.

⁵⁴ El propio art. 39 f) CP lo indica cuando la define como «La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos». En efecto, el pronombre personal utilizado refiere la prohibición de acudir a los lugares en los que se puede prohibir al condenado residir; inaplicable en el caso de las redes sociales. Esta misma construcción se repite a lo largo de numerosos preceptos del Código.

⁵⁵ La Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte), emitida por la Fiscalía General del Estado, incide en el carácter geográfico de lugar, atendiendo a un criterio sistemático que debe acogerse asimismo en este comentario. En efecto, el art. 544 bis LECrim recoge la medida cautelar consistente en la «prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas». La concreción de

b. *Interpretación teleológica*

Desde una perspectiva teleológica, la aplicación del art. 48.1 CP en el presente caso tampoco resulta acorde con el fundamento y la naturaleza de dicha pena accesoria⁵⁶.

En primer lugar, la pena accesoria discutida es restrictiva, que no privativa, del derecho a fijar libremente la propia residencia, consagrado en el art. 19.1 CE, y del derecho a la libertad, en su modalidad de libertad deambulatoria, recogido en el art. 17.1 CE⁵⁷. La sentencia del Pleno, sin embargo, la emplea para restringir derechos fundamentales distintos a aquellos para los que está prevista, como son los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información y de comunicación.

La finalidad de la pena accesoria contenida en el art. 48.1 CP permite también concluir en contra de la aplicabilidad de dicha pena en casos como el analizado. En efecto, el espíritu de la norma es el de evitar, conforme a la prevención especial negativa, el encuentro físico entre el autor y la misma víctima⁵⁸ para neutralizar así el peligro que el primero representa para esta. Por ello, se la denomina también pena de «contención de conductas no deseadas»⁵⁹ o, en un sentido laxo, como pena «de alejamiento»⁶⁰. Coherentemente, el círculo de personas protegidas por la pena del art. 48.1 CP son la víctima y sus familiares⁶¹.

En línea con dicha función, el contenido de la prohibición lo integran la prohibición de acudir o residir en el lugar del delito o en el lugar de residencia de la víctima, si fueran distintos. Dado que la prohibición de acudir integra también la de no residir, la previsión de esta última ha sido calificada por ciertos autores como reiterativa e innecesaria⁶².

dichos «lugares» en el sentido expuesto evoca necesariamente una concepción geográfica de dicho concepto que, por la proximidad conceptual con la pena de idéntico contenido, debe extenderse a la misma.

⁵⁶ Como bien advierte SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos*, 2013, p. 276, dichas restricciones de derechos también se contemplan como medidas cautelares, medidas de seguridad (art. 106 CP), o como prohibiciones para condicionar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 83.1.4^a CP). En el presente comentario, sin embargo, nos centraremos en la privación de residir en determinados lugares o acudir a ellos como pena accesoria.

⁵⁷ FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal*, 2008, p. 49; SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos*, 2013, p. 278; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5^a ed., 2011, p. 243; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 48», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7^a ed., 2016, p. 472.

⁵⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Artículo 48», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. I, 2015, pp. 553 ss.

⁵⁹ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5^a ed., 2011, pp. 243 s.

⁶⁰ SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos*, 2013, pp. 278 s.

⁶¹ Cierta sector doctrinal, como refiere FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal*, 2008, p. 71, habla de «la incorporación de contenidos victimológicos centrados en la atención y protección de los intereses de la víctima de determinados delitos». Cfr., en el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5^a ed., 2011, pp. 245-250; SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos*, 2013, pp. 279 ss.

⁶² MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5^a ed., 2011, p. 250; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7^a ed., 2016, pp. 472-473; SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos*, 2013, p. 285.

A la luz de la finalidad de prevención especial, y pese a la posibilidad de imponer la prohibición de acudir al lugar del delito y al lugar de residencia de la víctima *cumulativamente*⁶³, un sector doctrinal, siguiendo a BAUCELLS LLADÓS, estima que no parece recomendable extender la prohibición a un lugar en el que no resida la víctima o sus familiares, por mucho que sea el de la comisión del delito, si con ello no se evita el encuentro entre la víctima y el autor⁶⁴.

Todo lo anterior repercute asimismo en los criterios de imposición de dicha pena accesoria; especialmente, en cuanto al «peligro que el delincuente represente» al que refiere el art. 57.1 CP. En coherencia con el fundamento y la finalidad de la pena accesoria, la peligrosidad no debe analizarse desde la perspectiva subjetiva o personal del autor, sino como la peligrosidad objetiva que conlleva, después de la comisión de un delito, «la proximidad personal futura entre el delincuente y la víctima o su familia»⁶⁵.

En consideración a lo expuesto en las líneas precedentes, la aplicación de la pena de prohibición de acudir al lugar del delito en el caso de una red social resulta contrario al espíritu de las normas que la desarrollan. El efecto perseguido no es la protección de la víctima, pues la pena no va dirigida en este caso a evitar el encuentro entre el autor y esta para evitar la reiteración delictiva⁶⁶. Lo que verdaderamente se articula mediante dicha prohibición es la absoluta privación del condenado de proseguir con una actividad económica determinada y de sus derechos de libertad de expresión y de comunicación, actuando dicha pena de un modo inocuizante.

Por ello, la decisión que alcanza la sentencia del Alto Tribunal tergiversa dicha pena accesoria en una suerte de medida de seguridad, que se impone al condenado en base a la peligrosidad subjetiva que este encarna con motivo de la comisión del delito⁶⁷ o en base a la consideración de las redes sociales como factor criminógeno, pero no como consecuencia de la peligrosidad objetiva que conllevaría la cercanía física entre el autor y la víctima.

Además, la naturaleza de la pena accesoria resulta modificada cuando la prohibición de acudir o residir en determinados lugares se reduce únicamente a una prohibición de acudir al «lugar» del delito, debido a la imposibilidad de residir en una red social⁶⁸.

⁶³ Se descarta por esta vía BOLDOVA PASAMAR, «La inviabilidad de lege lata de imponer como pena la prohibición de acceder a determinados contenidos de internet», *La Ley*, (10179), 2022, pp. 1 ss.

⁶⁴ SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos*, 2013, p. 286; VILLA SIEIRO, «Penas privativas de derechos en interés de la víctima», en ROCA DE AGAPITO (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2^a ed., 2022, p. 76.

⁶⁵ FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal*, 2008, p. 61.

⁶⁶ En atención a lo anteriormente desarrollado, la prohibición adecuada para garantizar dicha finalidad sería la prohibición de acudir al lugar de residencia de la víctima, con el objetivo de prevenir ulteriores grabaciones de la víctima que pudieran ser difundidas a través de cualquier red social.

⁶⁷ En este sentido deben entenderse también las referencias a los anteriores vídeos difundidos por el autor, en el que había ejercido conductas humillantes contra víctimas no identificadas pues ello, a juicio del Tribunal Supremo, es una manifestación de la peligrosidad personal que el sujeto representa en cuanto al uso de la red social *Youtube*.

⁶⁸ BOLDOVA PASAMAR, *La Ley*, (10179), 2022, p. 5.

En conclusión, la interpretación de la red social *Youtube* como «lugar»⁶⁹ a efectos de la pena accesoria definida en el art. 48.1 CP y la aplicación de dicha pena al caso estudiado no es acorde con el principio de legalidad, si ello se pone en relación con otros preceptos de nuestro Código y, especialmente, si se atiende a la finalidad que persigue la pena accesoria impuesta.

5. Conclusión

La rápida transformación que ha experimentado la vida social como consecuencia de la aparición y el desarrollo las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y, especialmente, las redes sociales, exige una adaptación eficiente de nuestro ordenamiento jurídico.

La respuesta jurídico-penal a dicho fenómeno se ha materializado en sucesivas reformas del Código Penal que han incidido con especial intensidad en la configuración de nuevos tipos penales o en la modificación de algunos ya existentes, con el objetivo de prevenir la ciberdelincuencia. No obstante, el legislador parece haber desatendido una simultánea reforma de las penas aplicables en dichos delitos, más allá de algunos supuestos concretos⁷⁰.

Esta falta de adaptación del catálogo de penas, sumado a la rapidez que caracteriza la evolución en este sector, empero, no puede suponer una erosión de principios inviolables del Derecho penal como la seguridad jurídica o el principio de legalidad. Es especialmente preocupante que en lo relacionado con las nuevas tecnologías y las redes sociales el Tribunal Supremo esté «“echando un pulso” al Estado de Derecho (...) por el dominio del Derecho Penal, por la facultad de crear normas penales»⁷¹.

Manifestación de lo anterior lo constituye una expansión de las conductas subsumibles en determinados tipos penales⁷² y la imposición de penas no diseñadas para los supuestos a los que se aplican. Esto último es intensamente gravoso cuando, como sucede en el presente caso, dichas penas restringen los derechos de la persona condenada durante largo tiempo, al extenderse más allá de la pena de prisión impuesta.

⁶⁹ No se ha discutido en este comentario, por exceder del objeto del mismo, la problemática que las conclusiones alcanzadas por el Alto Tribunal pueden originar en términos de competencia judicial internacional penal. Es evidente que la consideración de las redes sociales como lugar del delito puede resultar especialmente problemática en los supuestos en los que, como el analizado, ni la víctima ni el autor tengan la nacionalidad española.

⁷⁰ BOLDOVA PASAMAR, *La Ley*, (10179), 2022, p. 2.

⁷¹ ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, 2009, p. 180.

⁷² La STS 553/2022, Penal, de 2 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2329), curiosamente, dictada el mismo día que la sentencia analizada, alcanza la discutible conclusión de confirmar la condena por un delito de quebrantamiento de medida cautelar de prohibición de comunicación por el mero hecho de publicar en el muro de la red social *Google+*, en el que no es posible bloquear a otros usuarios, mensajes que podían interpretarse dirigidos a la víctima. En términos de dicha sentencia, «para que el quebranto de esa prohibición adquiera relevancia penal es suficiente con que, de una u otra forma, el mensaje incorporado a una red social alcance su objetivo y tope con su verdadero destinatario», a pesar de que se trate de la publicación en una red social «que desborda la comunicación bidireccional entre el denunciado y la víctima».

Consecuentemente, disintiendo del voto particular, tampoco parece recomendable articular la privación del derecho a emitir contenidos a través de *Youtube* u otras redes sociales mediante la pena de inhabilitación especial del art. 45 CP⁷³ o el instituto del decomiso⁷⁴.

La posibilidad de imponer la prohibición de acceder a determinados contenidos de Internet o a determinadas redes sociales aplicable a delitos cometidos por medio de este instrumento, ya sea como pena o como medida cautelar⁷⁵, debería ser prevista específicamente por el legislador, con tal de no forzar penas y medidas cautelares que están previstas para realidades físicas⁷⁶. Solo así podría alcanzarse una solución respetuosa con los principios irrenunciables del Derecho penal a la tensión entre el paradigma de la prevención y el principio de legalidad que este supuesto, como muchos otros, evidencia.

⁷³ A pesar de que, efectivamente, pueda considerarse *Influencer* como profesión o, como mínimo, como una de las actividades comprendidas en el art. 45 CP que deben tener relación con el delito cometido, dicha pena accesoria no serviría como respuesta para la heterogeneidad de conductas delictivas que pueden ser cometidas a través de Internet pues, en la mayoría de ellas, la actividad realizada no está comprendida en una de las descritas en el art. 45 CP.

⁷⁴ El carácter definitivo del decomiso hace indeseable su aplicación a determinados delitos cometidos a través de las redes sociales, pues la definitiva expropiación de las mismas a su titular sería a todas luces desproporcionada.

⁷⁵ La STC (Pleno) 217/2015, de 22 de octubre (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2015) extiende el principio de legalidad a las medidas cautelares al recordar, en relación con la medida cautelar de prisión provisional, que «la exigencia de habilitación legal supone que la medida cautelar ha de estar prevista en el ordenamiento y se ha de aplicar únicamente a los supuestos expresamente contemplados por la ley».

⁷⁶ BOLDOVA PASAMAR, *La Ley*, (10179), 2022, p. 8.

Recensiones:

Recensión a Jesús Alfredo ALPACA PÉREZ, *Teoría de las normas e injusto penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2022, 471 páginas, por Nicolás Eduardo AYESTARÁN

Recensión a Giorgio Darío María CERINA, *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, 427 páginas, por Eduardo RIQUELME PORTILLA

Recensión a Roberto NAVARRO-DOLMESTCH, *Legalidad penal como limitación al poder punitivo*, Editorial Reus, Madrid, 2022, 426 páginas, Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

Recensión a Clive WALKER/Mariona LLOBET ANGLÍ/Manuel CANCIO MELIÁ (eds.), *Precursor Crimes of Terrorism. The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2022, 355 páginas, por Antonio FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

-

Jesús Alfredo Alpaca Pérez, Teoría de las normas e injusto penal, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2022, 471 páginas

Nicolás Eduardo Ayestarán
Universidad Nacional de San Juan (Argentina)
Abog.nicolas.ayestaran@gmail.com

Esta monografía cristaliza la tesis doctoral del profesor Jesús Alfredo ALPACA PÉREZ, defendida en 2020, bajo la dirección del Prof. Dr. Dr. h. c. Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León.

En el terreno de la dogmática jurídico-penal, se advierte en los últimos años un renovado interés en el estudio de la teoría de las normas. De esto no sólo da cuenta el autor, sino también otros juristas que en el último tiempo han emprendido investigaciones sobre este punto (ROBLES PLANAS, entre otros). Sin embargo, la obra que se reseña presenta dos particularidades que cimentan su carácter original: por un lado, su peculiar abordaje sobre la norma primaria; y, por otro, la incidencia de este enfoque en la concepción de injusto penal y su necesaria distinción categorial con la culpabilidad. Esta comprensión imperativa de la norma, a criterio del autor, resulta compatible con el modelo de Estado actualmente vigente. Esto es así pues tal comprensión, tomando en cuenta las exigencias actuales, debe conducir a repensar la propia relación entre el Estado y el ciudadano, así como a reflexionar sobre la norma como elemento que permite esa relación.

Desde que BINDING publicó *Die Normen und ihre Übertretung*, la conocida distinción entre «norma» y «ley penal» no ha pasado desapercibida para la comunidad jurídica. Si bien esta interpretación bipartita se erige en un aspecto nuclear de la teoría de las normas propuesta por el jurista alemán, las obras que se han dedicado al estudio y análisis de estas consideraciones normológicas no han demostrado, a criterio del autor, la admisión de tal dualidad. Tampoco ha resultado acogida la concepción de delito como infracción de la norma, circunstancia que emana de esta concepción. Si bien el autor postula sus diferencias respecto del jurista alemán, comparte la premisa de que la teoría de las normas debe funcionar como «columna vertebral» de la teoría del delito. En función de ello, propone su concepción sobre la norma y, a partir de ahí, cimienta su visión del injusto penal.

ALPACA PÉREZ, desde las primeras páginas de su obra, se hace cargo de un aspecto central de su tesis, que repercutirá en el desarrollo de las ideas que busca promover a lo largo del libro: la concepción de la norma primaria (privilegia esta terminología sobre la difundida «norma de conducta») como una de carácter imperativo, genuinamente penal (y no de Derecho público), dirigida a un destinatario idóneo. Es decir, para el autor la primaria no está «dirigida a todos», sino que tiene carácter individual. En otras palabras, sólo podrá ser destinatario quien, en el caso concreto, se encuentre en condiciones de poder cumplir con el mensaje imperativo allí consignado. En estos términos, la norma primaria constituiría un primer nivel de limitación de

la libertad de acción, dirigida al individuo en la situación concreta en la que se encuentra al momento del hecho, materializándose una «genuina relación normativa entre la norma y el destinatario». Dentro de este planteamiento, la capacidad de culpabilidad es un presupuesto indispensable para la imposición de una pena, cuya medida o graduación no puede escindirse de su carácter estrictamente personal. Esto le permite al autor mantener la distinción categorial entre injusto y culpabilidad.

El trabajo se estructura en cinco capítulos y un apartado destinado a las conclusiones a las cuales arriba el autor.

En el primer capítulo, el autor se ocupa de realizar una reconstrucción histórico-dogmática sobre el concepto de norma y la relación de este con el concepto de delito. Este análisis permite comprender con claridad la influencia de la perspectiva normológica a lo largo del desarrollo de la ciencia jurídico-penal de raigambre germánica sobre la teoría de las normas y su incidencia en el concepto de delito. A lo largo de este capítulo, el autor expone y analiza las diversas posiciones doctrinales sobre la norma y las teorías de la imputación más difundidas en la ciencia jurídico-penal. En cuanto a las primeras, hace referencia a la norma de determinación (y a su antecedente histórico directo: la teoría de los imperativos) y a la norma de valoración (y a su planteamiento más significativo: la teoría de la doble naturaleza). En cuanto a las teorías de la imputación, aborda el planteamiento de la norma como norma objetiva de conducta (en la que la imputación, entendida desde una perspectiva kantiana, interviene decisivamente mediante diversos niveles de enjuiciamiento) y el de la norma como expectativa de conducta institucionalizada (en el que la imputación, sostenida sobre planteamientos hegelianos, tiene un carácter global y unitario).

En el segundo capítulo el autor realiza principalmente un abordaje exegético sobre los conceptos de «norma primaria» y «norma secundaria», señalando que cada una de ellas tiene un distinto destinatario, que se relaciona de manera diversa con el precepto del que se extrae y enlaza de manera diferente con el fin del Derecho penal (protección de bienes jurídicos). En efecto, postula que mientras la primaria se dirige al individuo en la situación concreta en la que actúa u omite para imponerle un correspondiente deber, la secundaria se dirige al juez para imponerle un deber de juzgar, esto es, un deber de reconstruir el hecho mediante el que se expresa la infracción de la norma y, de ser el caso, concretar la amenaza de pena anunciada.

ALPACA PÉREZ se distancia del «modelo de la sanción», planteando un esquema diferente: la norma, entendida como mensaje prescriptivo, está llamada a ser el instrumento que, en primera línea, transmita al destinatario el correspondiente mandato o prohibición que aquel deberá adoptar como razón excluyente para su actuar u omitir, respectivamente. En definitiva, la norma primaria refleja el mandato o la prohibición dirigida al individuo, a quien se le impone un correspondiente deber de actuar u omitir. Mediante la imposición de ese deber, se limita la libertad de acción del individuo. Por su parte, la norma secundaria, recoge las instancias tanto de la conminación penal como de la imposición de la pena: adopta aquí una perspectiva retributiva de la imposición de una pena (sostenida sobre una ética consecuencialista no utilitarista).

Sin embargo, resalta el autor, la norma puede fracasar por dos motivos. Primero, porque el destinatario idóneo del mandato o prohibición no quiera tomarla como un motivo para su actuación o abstención, respectivamente. Segundo, porque el individuo no posee el carácter de destinatario idóneo, sino que se trata de un inimputable o de una persona que actúa en situación

de error de prohibición invencible. En estos dos escenarios, la norma, como mandato o prohibición, fracasa. No obstante, el autor cierra este capítulo postulando que el Estado tiene aún una herramienta para garantizar el resguardo del bien jurídico de quien se encuentra situado en el mismo perímetro normativo de aquel que, en el caso concreto, no puede o no quiere motivarse por la norma: el derecho subjetivo. Esta clase de prerrogativa tiene dos funciones: una función de utilización y una función de exclusión. La función de utilización supone que el titular del derecho utilice sus bienes de la manera que considere más apropiada. Por su parte, la función de exclusión implica la posibilidad de reaccionar frente a una intromisión ilegítima ajena. Así las cosas, el derecho subjetivo «rodea» al bien jurídico para así dotarle de una importante dinámica: garantiza la utilización libre del bien jurídico por parte del titular y garantiza que el bien jurídico no será afectado en el ámbito de la interacción social. Cada una de esas funciones se despliega tanto si se está en un estado de «juridicidad» o de «antijuridicidad».

El tercer capítulo se ocupa sobre la relación entre antinormatividad e injusto penal. Se parte de una firme toma de posición: la antinormatividad (o, con mayor precisión: la infracción del deber impuesto por la norma) se produce en el último tramo de la determinación de responsabilidad individual, esto es, con la culpabilidad. Así, el hecho de que la infracción del deber impuesto por la norma sea un asunto que se integra en la culpabilidad no quiere decir, necesariamente, que la norma no desempeñe un papel en el injusto como categoría previa. Según la postura adoptada por el autor, y dentro del ámbito del injusto, la norma primaria desempeña una función distributiva. Esta función se traduce en el despliegue de una tarea de selección de conductas que manifiestan una mínima libertad de acción, pues son ellas la que permiten realizar hechos de relevancia jurídico-penal. Ese presupuesto (el de la mínima libertad de acción) puede ser verificado tanto en destinatarios idóneos (culpables) como en destinatarios no idóneos (no culpables), pues tanto unos como otros pueden afectar bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal. El injusto se encuentra entonces condicionado por esta función distributiva que se despliega desde la norma primaria.

En este capítulo se despliega, a mi criterio, el andamiaje teórico más relevante de esta obra: partiendo del inderogable principio «no hay pena sin culpabilidad», se postula que la principal manifestación del Derecho penal –la pena– no podrá imponerse a nadie si es que no se cumple con la verificación de determinadas condiciones subjetivo-individuales en esa persona. Por lo tanto, si la infracción de la norma primaria es la condición de aplicación de la norma secundaria, entonces aquella debe expresar lo que condiciona necesariamente la imposición de la pena (que es a lo que apunta la norma secundaria vista desde la perspectiva del juez): la culpabilidad. De esta manera, sólo puede infringir un deber impuesto por una norma primaria el destinatario que actúa culpablemente, esto es, quien conoce la norma (el mandato o la prohibición) y actúa con tal comprensión en el sentido contrario a lo que ella dispone. Esta conclusión resulta coherente con la piedra angular sobre la que se sostiene esta obra: la norma primaria solo está dirigida a quien pueda cumplirla. Esto no es más que la expresión del *ultra posse nemo obligatur*.

Por último, el cuarto capítulo aborda el problema de la justificación penal desde su concepción de la teoría de las normas. Particularmente, el autor entiende que la teoría de la norma aquí defendida (la primaria como un mandato o prohibición, esto es, como de carácter imperativo), puede ser evaluada especialmente en el ámbito de la justificación penal. El autor enfatiza que en este ámbito adquiere relevancia el concepto de injusto que defiende a lo largo de su obra. El fin de protección de bienes jurídicos no se produciría solo mediante la imposición de deberes, sino también mediante la asignación de derechos. La norma primaria es tanto directiva de conducta

(para el destinatario de esa norma) como fuente de orientación contrafáctica (fuente de derechos) en el caso concreto. La asignación de un derecho subjetivo (de un «derecho a lesionar», en el caso de la legítima defensa, o de un «derecho a actuar», en el caso del estado de necesidad defensivo) permite la consideración de una conducta típica como «permitida», por lo que la afectación de los bienes jurídicos del agresor (en la legítima defensa) o del generador de la fuente de peligro (en el estado de necesidad defensivo) deja de tener relevancia jurídico-general o jurídico-penal, respectivamente. Así las cosas, mediante la asignación de un derecho de intromisión (cuyo ejercicio o no queda ya a discreción del beneficiado), el Derecho penal mantiene su «pretensión preventiva» aunque la norma, en el caso concreto, haya fracasado. De esta manera, la justificación penal permitiría vincular la función de exclusión del derecho subjetivo con el escenario o contexto en el que esa función se lleve a cabo mediante una conducta típica, la cual, al ser realizada en una situación de defensa o necesidad, quedará justificada.

En este punto, resulta cuestionable (o al menos llamativo) que para defender una concepción de norma que carece de los atributos de generalidad y abstracción, y ante el fracaso de un mensaje imperativo, se haga alusión a una categoría de prerrogativa especial (como contrapartida de un deber) como los derechos subjetivos. De hecho, la existencia de estos radica, según el autor, en el hecho de que de la existencia de normas dimanan expectativas (se comprende a la norma como fuente generadora de derechos). La compatibilidad de esta idea con un planteamiento que rechace el carácter «general» de la norma es, cuanto menos, problemática.

La observación formulada cobra más sentido si se parte de la base que el autor reconoce que la norma –el mandato o la prohibición–, en el caso concreto, no solo impone un deber (la comprensión de la norma como fuente de deberes), sino que también genera expectativas (la comprensión de la norma como fuente de derechos). Sin embargo, para la existencia de una expectativa, es necesario partir de la base que las personas se comportarán de acuerdo al rol que desarrollan, o que simplemente evitarán inmiscuirse en esferas de organización ajena. Estos parámetros de conducta son provistos, precisamente, por las normas que establecen pautas para regir la agencia. Si éstas no tuviesen vocación de «generalidad», no sería razonable depositar expectativas de conducta sobre terceros. De esta manera, para la existencia de expectativas no bastaría que la norma primaria se limite a desarrollar una función distributiva, sino que debe necesariamente operar como un mensaje que define pautas destinadas a la generalidad. De hecho, considero que un planteamiento de estas características es compatible con uno de los pilares de la tesis defendida por el autor: que sea eventualmente en el ámbito de la culpabilidad donde se analice la idoneidad o inidoneidad de quien, en un caso concreto, no ajustó su conducta al mensaje imperativo que emergía de la norma.

Existen numerosos trabajos que abordan la teoría de las normas en Derecho penal, pero esta obra se caracteriza por dos notas: por la conceptualización de norma primaria que se defiende, y por el esfuerzo con que el autor busca entrelazar funcionalmente esta con su comprensión del injusto penal. Posiblemente existan otros trabajos que arriben a resultados similares. Así las cosas, si bien el autor admite influencias de la doctrina clásica de la imputación (a la cual critica en el entendimiento de que la función de configuración de la regla de conducta es un «epifenómeno» de la función de baremo de medición, que es la que declara que el hecho imputado en un primer nivel es antijurídico), pareciera soslayar el carácter de co-configurador de la norma que muchos exponentes de esta escuela teórica le asignan al destinatario. Incluso, la tarea de valorar si lo actuado por el destinatario de la norma se condice con el mensaje imperativo propugnado por

esta formaría parte de la operación que integra la doctrina de la imputación, conocida como *applicatio legis ad factum*.

Es decir, es posible que en la literatura jurídico-penal hayan existido elementos para poner de manifiesto la noción de norma como mensaje prescriptivo dirigido a un individuo en una situación concreta, sin cuestionar su carácter general y abstracto. Sin embargo, las observaciones efectuadas no deben conducir a pensar que *para ese viaje no se necesitan alforjas*, o que la obra comentada no resulte novedosa dentro de su particular ámbito de estudio. Por el contrario, este trabajo se erige en una obra de insoslayable lectura para quienes en un futuro deseen abordar un estudio de la teoría del delito bajo una perspectiva normológica, introduciendo novedosas ideas y perspectivas que sin lugar a dudas impactarán en las discusiones futuras. Por otra parte, resulta refrescante abordar el estudio del injusto penal desde una óptica tan diferente como la propuesta por el autor, donde la antinormatividad sólo puede ser constatada en el plano de la culpabilidad.

Giorgio Darío María Cerina, El bien jurídico protegido en el delito de cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 427 páginas

Eduardo Riquelme Portilla
Abogado. Santiago de Chile
eduardo@riquelmeportilla.cl

La corrupción es un fenómeno que parece inherente a la actividad pública. La lectura de algunos textos clásicos de Grecia y Roma dan cuenta que de modo alguno es exclusivamente contemporánea. Desde siempre han existido funcionarios y políticos cínicos, corruptos y venales, lo que implica que esas características son aparentemente inescindibles de la función pública y –por qué no decirlo– de la naturaleza humana misma. Pero esto no impide que Ética y Derecho aspiren a evitar la corrupción. Con todo, es cierto que, en el último tiempo, a partir de escándalos que han afectado decididamente la confianza de la ciudadanía en sus autoridades, el debate sobre la corrupción pública ha pasado al centro de la escena. De ahí que diversos académicos e investigadores hayan abocado sus tareas a profundizar y problematizar diversos tópicos vinculados a esta temática. En este contexto ubicamos la investigación que es objeto de esta recensión, que se puede inscribir en una línea de investigación en este tema seguida por el autor, que se plasmó también en su obra anterior *La insoportable levedad del concepto de corrupción* (2021) y que trae causa de su tesis doctoral *La lucha contra la corrupción en el siglo XXI. El papel del Derecho penal. Estudio crítico del delito de cohecho en Italia y en España* (2010).

Esta obra de CERINA abarca un estudio extenso, que comprende la totalidad de las figuras típicas del delito de cohecho, con referencias a la legislación, doctrina y jurisprudencia española e italiana. De esta manera, aunque el objeto declarado de la investigación busca centrarse en la discusión acerca del bien jurídico protegido en el delito de cohecho, en verdad estamos ante un análisis más vasto acerca de este ilícito.

El trabajo se desarrolla en cinco capítulos.

En el capítulo primero («Anotaciones introductorias»: pp. 15-16), el autor expresa qué se debe entender por cohecho propio, impropio, antecedente, subsiguiente, activo, pasivo y de facilitación, señalando que cohecho y corrupción «para nuestros efectos, será lo mismo» (p. 15), lo que no es del todo cuestionable, aunque hubiera sido deseable establecer que la relación entre la corrupción y el cohecho es de género a especie, puesto que el cohecho implica corrupción, pero no toda corrupción implica cohecho, dado que hay delitos distintos del cohecho que pueden caer en la categoría de «corrupción», como el tráfico de influencias, por ejemplo.

Por su parte, en el segundo capítulo («Breves notas sobre la corrupción en Italia e España y su impacto sobre la reconstrucción de *iure condito* del bien jurídico protegido»: pp. 17-51), se busca establecer un marco fáctico en los graves escándalos de corrupción acaecidos en España e Italia y las consecuentes evoluciones legislativas en ambos países, que de manera notoria han incrementado la severidad en el castigo de las conductas antes referidas. La evolución que se desarrolla comprende mayormente la situación italiana (pp. 20-47), repasando el derrotero desde

el tratamiento del Código penal italiano de 1930 hasta las reformas de 1990, 2012, 2015 y 2019. Por su parte, respecto de la situación en España (pp. 47-51), comienza con el tratamiento de este delito en el Código penal de 1995, para enseguida analizar brevemente las reformas de 2010, 2015 y 2019.

Luego, en el tercer capítulo («El bien jurídico protegido por el delito de cohecho: debate doctrinal y posturas de la jurisprudencia italiana»: pp. 53-111), se analiza el debate en la doctrina y jurisprudencia italianas respecto del bien jurídico del delito de cohecho, distinguiendo entre posturas «tradicionales», «constitucionales» y «originales» (pp. 54-56), para concluir con un análisis del impacto que en el debate relativo al bien jurídico protegido por el delito de cohecho han tenido las modificaciones al Código penal italiano. Una particular atención presta el autor al alcance de la imparcialidad y buen funcionamiento de la administración como bienes jurídicos protegidos en el delito de cohecho, señalando que «es realmente chocante la variedad de definiciones que de los mismos han sido proporcionadas» (p. 72), planteamiento que luego es desarrollado en extenso en el capítulo final.

En el capítulo cuatro («El debate en España»: pp. 117-179), CERINA repasa la evolución que en la doctrina española ha tenido dicha figura delictiva, analizando las posturas tradicionales y recientes, y concluyendo con un breve análisis del efecto que el desarrollo de la discusión ha tenido en la jurisprudencia, que ha sido inconsistente –a su parecer– en la determinación del bien jurídico protegido en el delito en comento. Se aprecia que CERINA recurre frecuentemente a las categorías de cohecho propio e impropio, y activo y pasivo, señalando en el capítulo siguiente que este último binomio no es pacífico (p. 251), pero manteniéndolo en el curso de su análisis en toda la obra. El mantener las categorías antes mencionadas, que a primera vista puede ser baladí, en verdad no lo es desde la óptica de la claridad de los planteamientos que se formulan. En efecto, este delito posee diversas hipótesis típicas, con dos sujetos que necesariamente deben intervenir (aunque sea para que el particular rechace la petición que le hace el funcionario, o para que el funcionario rechace el ofrecimiento del particular). De esta manera, puede implicar una dificultad el mezclar planteamientos *lege lata* y *lege ferenda* del autor, para las alternativas típicas referidas, con planteamientos de la doctrina y jurisprudencia. En todo caso la dificultad no disminuye el mérito del esfuerzo por plantear variables y contradicciones, reales o aparentes, que enriquecen sin duda la discusión.

Finalmente, en el capítulo quinto («Postura del autor»: pp. 187-404), el más extenso de la obra en comento, nos dirigimos hacia el planteamiento de CERINA que, adelantamos, propone que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es la protección de la «imparcialidad procedural de la acción administrativa» (p. 266). Debo comenzar señalando que OLAIZOLA NOGALES, en 1999, ya proponía como bien jurídico «el buen funcionamiento de la administración pública, entendido como la imparcialidad, legalidad y objetividad» y, de manera más reciente, como el propio CERINA reconoce en el capítulo anterior (p. 141), RODRÍGUEZ PUERTA también refiere que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es la imparcialidad. De esta manera, la diferencia distintiva en el planteamiento del autor estaría en el adjetivo «procedimental» de la imparcialidad. A este respecto señala que «el procedimiento de la formación de la voluntad, para ser legalmente imparcial, precisa prescindir de (ciertas) influencias externas» (p. 275). Y luego se aboca a argumentar en torno al proceso de formación de la voluntad del *intraneus*, con referencia al procedimiento. Pero en rigor, no se divisa claramente cuál es el aporte del término «procedimiento» o «procedimental» referidos a la imparcialidad, con el riesgo de considerar que todo aquello que esté fuera del procedimiento reglado no es de interés a los efectos de la

tipificación. No creo que ese sea el propósito del autor, aunque no lo descarta expresamente. Un planteamiento de este tipo, salta a la vista, tiene el defecto de ser excesivamente formal, y se muestra incapaz de abarcar algunas conductas que podrían no estar regladas y sin embargo ser punibles, como por ejemplo pagar para ser atendido antes en un servicio público, respetándose en la forma y el fondo el procedimiento administrativo (salvo en aquella parte que prohíbe recibir estipendios ajenos a los oficiales).

Una posición formalista hace crisis, por ejemplo, en lo relativo al cohecho parlamentario. En este ámbito el autor dirige el concepto de «imparcialidad procedural» hacia el proceso de formación de la voluntad parlamentaria, pues «el abanico de posibles razones subyacentes a su toma de decisión es amplísimo y que es igualmente amplio el horizonte de las decisiones posibles» (p. 371), desvinculando la legitimidad de la decisión política de su contenido y de la motivación, para centrarse en el procedimiento de expresión de la voluntad parlamentaria. No comparto este planteamiento. Los casos de corrupción política muestran al corrupto respetuoso del procedimiento, seguramente para no quedar al descubierto o no levantar alguna sospecha. De hecho, vista externamente, la decisión del corrupto en nada se diferencia de la decisión del que no lo es, puesto que la diferencia no está en la forma ni en el contenido de la decisión: cualquier decisión es válida para un parlamentario. Lo que no está permitido es que la motivación de esa decisión obedezca a un interés económico, y que el interés político sea solo aparente. Por lo tanto, si un parlamentario vota una ley a cambio de dinero, esto es, si vende su voto, en el caso de que esa votación se realice respetando perfectamente el procedimiento, desde la perspectiva de CERINA, nada puede reprocharse penalmente al corrupto, lo que, desde luego, no es lo previsto por el legislador penal. Puede que esta respuesta de la ley penal sea criticable desde la mirada *lege ferenda* del autor, pero resulta difícil de sostener desde una perspectiva *lege lata*.

No hay duda de que el parlamentario que vende su voto, respetando el procedimiento en el modo de expresar su voluntad, comete el delito de cohecho. La objeción de que el análisis del contenido de la decisión política estaría proscrito para el juez penal es una afirmación que no termina de justificar el autor, no se funda en norma alguna e implica, en los hechos, que los parlamentarios no podrían ser autores del delito de cohecho. Quizás la confusión esté en qué entendemos por «contenido». Si se estima que se refiere al mérito de la decisión legislativa, desde luego que ese análisis está prohibido para todos, pues una limitación de ese tipo implica que la representación política, que es expresión de la soberanía, estaría amenazada. No hay una pauta con respecto a la cual contrastar una decisión legislativa, que siempre es política, en el sentido de que puede estar fundada en las más variadas razones. En cambio, si entendemos por contenido no la naturaleza misma de la decisión, sino su motivación, entonces estaríamos refiriéndonos a algo distinto. Por motivación quiero decir lo que inspira la decisión y no a la decisión misma. De esta manera, si en medio del debate político un parlamentario emite una opinión o voto a cambio de dinero, da lo mismo que esa decisión fuera idéntica a la que hubiera tomado sin recibir el beneficio económico, lo que se castiga no es la violación de la forma o procedimiento de toma de la decisión, ni tampoco su contenido; lo que se castiga es que esa decisión se tome a cambio de un beneficio. Por esta razón, el juez penal se debe pronunciar sobre la «motivación de la decisión» –que en este caso es la percepción de una ganancia indebida–, más allá de la forma y contenido de la votación, que a estos efectos es indiferente.

Por otro lado, el autor es crítico con la punibilidad de las conductas de «cohecho impropio», puesto que el acto del funcionario público es igual al que hubiera realizado sin dicho acuerdo (p. 243), lo que desde luego es cierto. En efecto, en esta hipótesis lo que se reprocha no es el

contenido de la actuación del funcionario público, sino el solicitar o aceptar un beneficio económico indebido para o por su actuación. Señala el autor que la tipificación de esta clase de cohecho tiene problemas de lesividad, lo que es cierto parcialmente, puesto que efectivamente en cuanto al contenido de la decisión no se aprecia diferencia con el acto del no corrupto. Pero sí la hay desde la perspectiva de otros deberes de la función pública, que precisamente forman parte del conjunto de garantías constitucionales del Estado de Derecho. Me refiero a la igualdad de trato y a la igual facilidad de acceso a la Administración pública. Además, es obvio que un funcionario público que recibe beneficios para o por cumplir su deber se encuentra más próximo a recibirlos por dejar de cumplirlo, respecto de otro funcionario público que no recibe beneficio alguno de parte de los usuarios. La muralla del cumplimiento del deber, en el caso de este último, es total. Cuando la puerta se abre, la experiencia indica que es difícil cerrarla, puesto que la necesidad que se satisface con el beneficio económico para o por cumplir el deber puede posteriormente demandar su satisfacción a partir de otras conductas. Lo sustantivo es que la función pública no puede ser fuente de ingresos extraordinarios.

Con todo, el exhaustivo trabajo de CERINA, con una amplia bibliografía española e italiana, es una contribución en la discusión de estos tópicos que, como pocos, se encuentran dentro de las preocupaciones más acutantes de la ciudadanía, por sus perniciosas consecuencias para el buen funcionamiento del sistema democrático, lo que ha suscitado una reacción legislativa. Por lo anterior, es valioso el aporte de los académicos e investigadores, para tensionar, cuestionar y poner en valor ciertos principios que pueden estar amenazados por el populismo penal. Este propósito es cumplido ampliamente por el autor.

Roberto Navarro-Dolmestch, Legalidad penal como limitación al poder punitivo, Editorial Reus, Madrid, 2022, 426 páginas

Pablo Sánchez-Ostiz
Universidad de Navarra
pablosostiz@unav.es

-

Esta monografía recoge los resultados de la tesis doctoral del autor, defendida en 2021 en la Universidad da Coruña, y se suma a un conjunto de publicaciones que desde hace años ha venido ofreciendo. En la actualidad, Roberto NAVARRO-DOLMESTCH es profesor de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Chile. A su formación académica añade la experiencia en el ámbito de la persecución de delitos en el Ministerio Público de Chile.

En *Legalidad penal como limitación al poder punitivo* no se traza una visión convencional del principio de legalidad, sino que se presenta una consideración crítica, comparativa y analítica, sobre su incapacidad para restringir el poder punitivo del Estado. Este es el hilo conductor de la monografía, en la que se afrontan las múltiples facetas del tema. En efecto, se abordan las diversas aristas del principio de legalidad desde el prisma de su incapacidad demostrada en la historia para restringir el *ius puniendi*, y esto con un método que describe, compara y critica. Su exposición combina la reflexión teórica con la referencia a casos y situaciones debatidos, sean casos de la jurisprudencia o preceptos legales de decisión o interpretación dudosas.

La obra se estructura en tres amplios capítulos, en los que se suceden los epígrafes, con numeración continuada a lo largo de todo el libro. En el cap. I, a modo de marco de la investigación, se describe la visión continental del tema («Naturaleza y contenido de la legalidad penal: pp. 27-157). En el cap. II, de manera crítica, se traza la evolución histórica, desde sus orígenes ilustrados, hasta las actuales derivas expansionistas, simbólicas y populistas, y en donde se muestra cómo la legalidad penal no es capaz de ofrecer suficiente resistencia a las pretensiones del poder punitivo, y se requiere en cambio hallar nuevos mecanismos de contención («La evolución de la legalidad penal»: pp. 159-287). En el cap. III se muestra cómo, además de la versión continental, son relevantes la de la cultura angloamericana y la del Derecho internacional de los derechos humanos («El modelo policéntrico»: pp. 289-358). La publicación se completa con la Introducción (pp. 19-26), unas «Consideraciones finales» (pp. 359-372) y dos tablas comparativas de cómo se han plasmado los aspectos del principio de legalidad en diversos ordenamientos (pp. 373-376). La bibliografía recogida en la extensa relación final (pp. 377-421: en lenguas española, inglesa e italiana; de la doctrina penal, junto a otras como la constitucionalista, internacionalista o iusfilosófica) muestra un bagaje y amplitud de intereses que enriquecen el abordaje del problema. En esta línea, a pesar de la amplia bibliografía empleada, podría haberle sido de utilidad el recurso a más autores de la doctrina alemana. Aunque no escasean las notas a pie de página que aligeran el contenido del discurso principal o dan cabida a cuestiones ya asumidas (cfr. por ejemplo, p. 121, n. 96; p. 290, n. 221), las referencias bibliográficas proliferan incluidas en el cuerpo del texto.

El cap. I arranca con una precisión conceptual: la *juridicidad*, como principio general del Derecho público, designa la sujeción de las personas e instituciones al ordenamiento, y sería el género al que pertenece la *legalidad* como especie, que indica la garantía de la libertad (p. 33). Y *legalidad penal* se refiere a la restricción sobre la forma de ejercicio de la potestad punitiva, solo a través de la ley, que debe ser parlamentaria (p. 34). A su modo de ver, la legalidad penal no es un principio, como tampoco un derecho fundamental, sino que tiene naturaleza de regla y cumple una función de garantía: como regla, expresa un mandato que ha de ser obedecido tanto por el propio legislador como por los jueces; y como garantía, es un instrumento de vigencia de los derechos que viene, en concreto aquí, a «proteger la libertad de las personas de las injerencias estatales a través del ejercicio de la potestad punitiva» (p. 50). Tomando como instrumentos las categorías de HART (reglas de reconocimiento, de adjudicación y primarias: de manera sinóptica en p. 61), se expone el contenido del axioma «*nullum crimen nulla poena sine lege parlamentaria scripta, certa et stricta*». A partir de aquí, el autor argumenta otra de sus tesis centrales: la legalidad penal es una garantía de carácter procedural o formal (pp. 61-63, 117-123 y *passim*) y no material, de modo que no se le puede pedir una función limitadora extensa (p. 119), ni de legitimidad de los contenidos de la ley (p. 122). Por lo que «[t]odo el control ‘material’ sobre el Derecho penal que se espera de la legalidad, no puede esperarse de ella, sino que debe encontrarse en otros instrumentos jurídicos o estrategias» (p. 123).

Cómo se ha llegado a esta *procedimentalización* de la legalidad penal es el contenido del cap. II. El contenido actual de la legalidad difiere del planteamiento ilustrado originario, el cual fue modificándose con la evolución política y económica, al ritmo de fenómenos como el del constitucionalismo (p. 183), el Estado legalista (con el que perdió los contenidos materiales de contención del poder con los que fue dotado inicialmente). Expone cómo legalidad no es sinónimo de empleo de la ley (p. 161): no cabe confundir la técnica de regulación con su función de garantía de la libertad, cuyo origen se sitúa en la Ilustración; primero, como asignación del poder punitivo al legislador (p. 163), y después en las concretas garantías, momento que con razón puede asociarse a la formulación de Feuerbach (pp. 165-166). Con todo, «su principal déficit se manifestó en una débil justificación de la potestad punitiva y en un inacabado estatuto de su limitación que, a poco andar, el liberalismo transformó y terminó por desdibujar» (p. 168). Ciertamente, el modelo inicial se ha visto alterado (pp. 192-205). En su opinión, continúa siendo un reto para la doctrina cómo legitimar el castigo y cómo considerar al delincuente; en este contexto, surge el ideal humanizador de las penas, al que el autor atribuye gran relevancia (p. 171). Esta evolución de la legalidad le lleva a describir y analizar las opiniones que consideran a esta en *crisis*: sea de la ley formal, por la aparición de variadas fuentes, la Constitución y los derechos humanos (pp. 209-217); sea de pérdida de su carácter garantista, con lo que denomina el «neoabsolutismo parlamentarista» (pp. 227-234), sin que se hayan proporcionado alternativas suficientes (pp. 218-248); sea de capacidad limitadora del poder punitivo en contextos dominados por la ideología neoliberal (pp. 248-283). Al final, su posición es que, dado «su carácter esencialmente procedural» (p. 286), «la legalidad penal no tiene ninguna función de limitación a la potestad punitiva» (p. 286), y «la actual formulación de la legalidad penal necesariamente va a producir rendimientos limitados en cuanto a su rol de garantía» (p. 287). A pesar de esta pérdida de contenido material limitador, buena parte de la doctrina sigue exigiendo a la legalidad algo que no puede aportar.

El cap. III expone tres versiones de la legalidad penal: de la cultura continental (pp. 308-313, angloamericana (pp. 293-307) y del Derecho internacional de los derechos humanos (pp. 313-358), «como tres enfoques de un mismo instituto jurídico» (p. 289), y que ha sido descrito como

un modelo «policéntrico», caracterizado por «la rotura de un sistema cerrado de fuentes del Derecho» (p. 292). Aunque las tres tradiciones tienen en común que aspiran a ser garantía de la libertad frente al poder punitivo, el modo de lograrlo es diverso: en la continental, sobre todo, de manera procedural mediante la ley parlamentaria; y en la anglosajona, de manera más «sustancialista» a través de la predictibilidad y accesibilidad; por su parte, en el Derecho internacional de los derechos humanos se da una «amalgama de las culturas jurídicas del *common law* y del *civil law*», «un sincretismo entre la comprensión continental y anglosajona de la legalidad» (p. 315). Como no se trata de un ordenamiento más, sino que el Derecho internacional de los derechos humanos integra el Derecho español, se llega a la importante conclusión de que la legalidad penal no queda adecuadamente recogida en el *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, sino que ha de añadir también las previsiones de dicho sistema, de modo que debería expresarse así: *nullum crimen, nulla poena «sine iure»* (pp. 320-321; 329-333). Y ante la amplitud de fuentes menos formalizadas pero admitidas en el Derecho internacional de los derechos humanos, señala cómo el TEDH recurre a los criterios de accesibilidad y predictibilidad, propios de la tradición angloamericana (pp. 334-340). También es problemática la admisión de la cláusula Núremberg (o de aplicación retroactiva, según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones civilizadas: arts. 72 CEDH, 15.2 PIDCP y 49.2 CDFUE), pero que el autor salva cuando «el principio general que se use como fuente en el caso concreto haya existido al momento de ejecutarse la conducta», de modo que no se daría aplicación retroactiva (p. 343).

En definitiva, la legalidad penal reviste carácter procedural, y ha sido despojada a lo largo de la historia, de su originario sentido liberal, hasta hacerse incapaz de ofrecer en la actualidad un límite al poder punitivo. Serían precisos límites materiales, que la legalidad no está en condiciones de aportar (cfr. en las «Consideraciones finales», pp. 371-372).

Se trata de un estudio original por su enfoque y relevante en las aportaciones. NAVARRO-DOLMESTCH nos ofrece en esta monografía no solo una descripción de la faceta penal de la legalidad, sino también de sus raíces históricas, filosóficas y políticas. En buena medida se trata de una obra no convencional, con un enfoque novedoso de las cuestiones tradicionales y que, por eso mismo, invita a la reflexión. Así, me permito efectuar alguna consideración suscitada a raíz de su interesante lectura.

Entre otras posibles observaciones, y reconociendo el indudable mérito de su exposición, me permito señalar, en primer lugar, cómo algún tema podría haber recibido mayor profundidad. Por ejemplo, el de la discusión de la doctrina penal sobre las normas primaria y secundaria, de conducta y de sanción: ciertamente el autor recurre a categorías propuestas por HART, y ofrece una explicación plausible al aplicarla a la legalidad; pero se echan en falta planteamientos estrictamente jurídico-penales muy extendidos y que han vuelto a presentarse en la discusión actual sobre teoría de las normas. También el tema de la retroactividad de la *lex mitior*: aunque ciertamente es abordado (pp. 101-107), la peculiar previsión española de aplicarla incluso aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena, bien podría merecer un estudio específico más amplio; sin duda, cuando esto supone la revisión de las condenas en fase de cumplimiento, y cuando el autor expresa cómo en el ordenamiento español la legalidad se ha definido tanto en el plano constitucional como legal (pp. 309-313). A su vez, a la relación entre legalidad penal y legalidad en sentido procesal, sin duda expuesta (en sentido negativo y positivo, pp. 59, 116, 241-248, 365), podría añadirse cómo en la doctrina alemana se distingue entre «*Gesetzlichkeit*» y «*Legalität*», respectivamente, y su relevancia. En mi opinión, además, a la culpabilidad (pp. 150, 191, 256) también podría

dedicársele mayor consideración de los contenidos habitualmente incluidos en ella, puesto que el propio autor lo asocia de alguna manera a la previsibilidad y predictibilidad (p. 150), criterios clave en su visión de la legalidad penal. Pero más allá de estas sugerencias, es destacable en su exposición cómo la legalidad penal cataliza consideraciones de diversos órdenes: el principal, el de ser una garantía procedural (pp. 117-120) y «regla de determinación competencial» (p. 120); a mi modo de ver, en la materia confluyen también factores referidos a la protección de la sociedad (a través de los bienes jurídicos), como también a la libertad del destinatario de las normas, así como a su dignidad e igualdad. En este sentido, podría ampliarse su visión con una referencia a la dialéctica entre regla y excepción (por ejemplo, entre irretroactividad y retroactividad favorable) que opera en la argumentación de las decisiones jurídicas. Pero esto supondría posiblemente abordar la operatividad de los principios.

Sobre los principios cabe efectuar, en segundo lugar, otra reflexión. En efecto, en su investigación, los principios son tenidos en cuenta en diversos lugares (al menos, en pp. 189, 190, 210, 222, 284, 363). Pero lo es a efectos de criticar y rechazar que el recurso a estos sea suficiente para evitar el riesgo de arbitrariedad o inconcreción, pues los considera más como previsiones prudenciales o discrecionales que pondrían en riesgo la seguridad jurídica (p. 189), una concepción «desfasada de los tiempos que corren» (p. 222) o, a fin de cuentas, como «una estrategia inútil» (p. 284). Su postura es explicable, pero llama entonces la atención que se apele a enunciados que deben mucho a la idea de principio. Me refiero al recurso a la igualdad (p. 267) o a la «racionalidad» (pp. 225-226) y sobre todo a la proporcionalidad en sentido amplio, puesto que a ella acude a lo largo de su investigación (pp. 113, 143, 226, 284, 343) como solución a la naturaleza procedural e insuficiencia limitadora de la legalidad penal (p. 372). El lector puede tener la impresión de que se evita recurrir a los principios, para acabar invocando el de proporcionalidad. A la vista de la opinión generalizada sobre la proporcionalidad (en sentido tanto amplio como estricto), su elaboración jurisprudencial y la vigencia práctica que posee, resulta difícil eludir su carácter *principal*, y la operatividad mediante ponderación.

Por último, en tercer lugar, abunda el autor en que la legalidad posee naturaleza procedural y que su evolución ha puesto de manifiesto su incapacidad para limitar el ejercicio del poder punitivo. En diversos lugares se señala cómo se exige al principio a menudo mucho más de lo que puede aportar realmente, y que en este ámbito se da una amplia asimetría entre la realidad práctica y la dogmática (pp. 99, 111, 116, 190, 205). Puede el lector coincidir o no con su diagnóstico, pero no cabe sino darle la razón cuando pone de manifiesto el escaso rendimiento limitador del poder punitivo que puede ejercer la legalidad penal. Por eso mismo, pienso que sigue pendiente la tarea de hallar fundamentos sólidos para el ejercicio ponderado del *ius puniendi* que sean a su vez asumibles en una democracia parlamentaria (p. 123). Adentrarse en este ámbito excedería con mucho los límites de la investigación, pero ahí radica la tarea que se presenta a la dogmática: la de justificar la intervención penal de modo que puedan oponerse límites materiales y no sólo procedimentales.

Con todo, se trata únicamente de algunas reflexiones que suscita la lectura de una investigación como esta y que permiten considerarla con la atención que merece. Estamos ante una obra que ofrece una visión crítica de diversas facetas del tema, y cuya lectura aporta en cuanto hace replantearse conclusiones dadas como firmes. Es resaltable su esfuerzo por adoptar enfoques enriquecedores de la visión penalista habitual, así como su propuesta de soluciones y reconocimiento también de lo que queda por hacer: esa búsqueda de criterios materiales que permitan restringir el poder más allá y mejor que con medios básicamente procedimentales. Hay

que agradecer a NAVARRO-DOLMESTCH la amplitud y documentación de su investigación, así como el rigor con el que la ha llevado a cabo.

Clive Walker/Mariona Llobet Anglí/Manuel Cancio Meliá (eds.), Precursor of Crimes of Terrorism. The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2022, 355 páginas*

Antonio Fernández Hernández
Universitat Jaume I
anandez@uji.es

-

La obra colectiva objeto de la presente recensión aborda, a través del análisis de la atribución de relevancia penal a los actos protopreparatorios (*precursor crimes*) terroristas, muchas (no todas) de las cuestiones que el terrorismo genera. A través de un enfoque amplio (que abarca desde consideraciones de política criminal hasta la efectividad que las desproporcionadas penas previstas e impuestas revisten) y de un tratamiento internacional (que comprende referencias a los ordenamientos jurídicos español, británico, alemán y australiano) se abordan en ella, de una forma rigurosa y novedosa, cuestiones fundamentales en materia de terrorismo. Los argumentos sobre los que se sustenta, las propuestas de solución ofrecidas o la diversidad de aspectos tratados y su enfoque internacional permiten calificar a esta obra de referente en la materia.

Pese a ser una obra colectiva, la monografía en su conjunto presenta una idea común: la política criminal internacional y de los Estados democráticos de Derecho de nuestro entorno (aunque no solo) en materia de terrorismo se encuentra caracterizada por una marcada naturaleza preventiva e inocuizadora que pone en jaque los propios valores sobre los que estos se sustentan. Así, se parte de la errónea premisa de que el logro de una mayor seguridad requiere, inevitablemente, un mayor recorte de libertades. Recorte de libertades que no debiera plantear problema alguno al común de la ciudadanía por cuanto está previsto en exclusiva para aquellos que incurren en conductas que, en opinión de la Asamblea General de Naciones Unidas, constituyen una amenaza a la paz y seguridad internacionales. El problema, y este es el *leit motiv* de la obra, es que la ampliación y la disolución de los límites de lo que debe considerarse terrorismo, junto con la atribución de tal carácter a un catálogo de conductas consideradas relacionadas con dicho fenómeno criminal, que no cesa de incrementarse, caracterizadas por una vinculación cada vez menor a la exigencia de la producción de un grave resultado lesivo para los bienes jurídicos más relevantes en aras de lograr una ulterior finalidad de carácter político (es decir, un acto terrorista) está comportando que el radio de acción de estas excepcionales medidas termine afectando a un mayor rango de población. Población que, dado el embrionario carácter de las conductas castigadas, termina siendo seleccionada por criterios de raza o vinculación con determinados sujetos, aplicándose la máxima de que «el amigo de mi enemigo es también mi enemigo». De esta manera, conductas con una escasa capacidad de ofensividad son sancionadas con gravosas consecuencias de carácter penal, a cuyo castigo se llega mediante la previsión y reconocimiento de mayores facultades de intromisión del Estado en la vida de los ciudadanos que, además, se

* La obra puede obtenerse en versión eBook o impresa a través de la Edward Elgar Publishing website www.edwardelgar.com

han demostrado ineficaces, olvidando que el principal enemigo de la democracia es un Estado con poderes ilimitados. Precisamente a evitar tan perversos efectos se ofrecen en esta obra diversas propuestas, dignas por ello de atención.

Con un total de veintidós contribuciones, la obra se divide en cinco secciones: una primera introductoria, en la que los editores de la obra abordan la propia noción de los *precursor crimes* al objeto de elaborar un concepto internacionalmente válido, distinguiendo entre un concepto estricto y uno amplio. Delimitación conceptual que resulta esencial, habida cuenta de que se analiza el tratamiento que reciben en diversos ordenamientos jurídicos, lo que obliga a determinar, en primer lugar, si se está hablando o no de lo mismo. Fijada dicha categoría delictiva en la atribución de relevancia penal a conductas preparatorias de futuros actos terroristas o a conductas vinculadas con la actividad propia de las organizaciones terroristas, permite plantearse una importante cuestión: aunque la normativa internacional ha constituido un importante acicate al castigo de estas conductas, algunas de ellas ya eran objeto de tratamiento penal antes del surgimiento del terrorismo yihadista (paradigma del terrorismo internacional) por aquellos Estados que ya debían hacer frente a este fenómeno criminal. El propósito ha sido siempre el mismo: facilitar la condena, desvinculando la responsabilidad del sujeto de la efectiva comisión de un acto terrorista, atribuyendo relevancia penal a etapas más embrionarias o relacionadas, de algún modo, con quienes pueden terminar cometiendo finalmente aquellos actos. Sin duda, los cambios operados en el modo de actuación de los actores del actual terrorismo yihadista han contribuido a profundizar en esta estrategia político criminal. Así, si bien esta estrategia de anticipación de la barrera de punición se centró en los delitos relacionados con las organizaciones terroristas (las conductas de dirección –en sentido amplio–, integración y colaboración), como respuesta a la realidad criminológica que las organizaciones terroristas del pasado siglo presentaban, la organización en red y la relevancia que los elementos terroristas han adquirido en este siglo XXI con la actual oleada del terrorismo ha comportado que el catálogo de los *precursor crimes* se haya ampliado a conductas relativas a comportamientos individuales propios de una fase preparatoria cada vez más alejada de la efectiva ejecución de un acto terrorista.

En el capítulo 2, el profesor Clive WALKER pone de manifiesto que la menor tolerancia al riesgo de las sociedades facilita la asunción de políticas criminales que permiten una intervención temprana en la que no es preciso esperar a la producción del resultado lesivo que pretende evitarse a toda costa. Sin embargo, pese a lo que pudiera parecer, esta estrategia no es todo lo eficaz que cabría esperar, ni a nivel cuantitativo, por cuanto el número de condenas es muy inferior al de las detenciones, ni a nivel cualitativo, dado que no hay constancia de que la radicalización de quienes llevan a cabo delitos de terrorismo se deba a que los enjuiciados sean tratados injustamente. Lo que no es seguro que pueda mantenerse en el futuro, dada la gravedad de las penas previstas para estas conductas. Tal motivo, junto con otros ofrecidos por el autor, ponen de manifiesto que estos delitos no son la forma más oportuna de hacer frente al fenómeno terrorista.

La II parte, integrada por los capítulos 3 a 6, va referida a la criminalización del riesgo de comisión de futuros e indeterminados ataques terroristas. Así, en el capítulo 3, los profesores MASFERRER y TALAVERA ponen de manifiesto que la atribución de la condición de enemigo a los terroristas los convierte en un riesgo para la seguridad del Estado, que sustituye a la seguridad de los ciudadanos como objeto de protección del Derecho penal, lo que acerca los Estados democráticos a los Estados totalitarios, permitiendo poner en duda la propia existencia de un Estado de

Derecho. Por su parte, la doctora Francesca GALLI analiza, en el capítulo 4, los problemas que los instrumentos legislativos emanados de la Unión Europea y las transposiciones que de ellos han realizado sus Estados miembros han generado a la hora de enfrentarse a los nuevos riesgos terroristas, tales como los *homegrown terrorists* y los combatientes terroristas retornados, haciendo evidentes los conflictos que surgen con diversos derechos fundamentales como, por ejemplo, el principio de legalidad, la libertad de expresión o el derecho de asociación. De ahí que finalice con diversas propuestas de actuación de carácter extrapenal. En el capítulo 5, la doctora LANDERA LURI se centra en la escasa (por no decir nula) aplicación que ha tenido en nuestro país el art. 579 bis 3 CP, atribuyéndola al hecho de que jurisprudencialmente se prima el elemento subjetivo consistente en la voluntad de pertenecer a la organización terrorista frente al objetivo derivado de encontrarse cumpliendo una pena privativa de libertad, a lo que deben añadirse las exigencias de confesión y colaboración contenidas en el tipo. En su opinión, la decisión de optar por el abandono de una organización terrorista debería ser garantizada como un derecho. No obstante, no puede olvidarse que este precepto constituye una importación del precepto relativo a los *pentiti* del ordenamiento jurídico italiano que en nuestro caso no ha resultado operativo, no sólo porque el terrorismo pueda ser considerado el paradigma de la delincuencia por convicción (a diferencia de lo que ocurre con la criminalidad organizada común), sino porque los elevados requisitos legalmente exigidos para permitir su aplicación lo han hecho, en la práctica, completamente inoperativo. Finalmente, puede encontrarse en el capítulo 6 un análisis crítico que el profesor Christopher MICHAELSEN hace de los *precursor crimes* (y su aplicación práctica) que Australia ha incorporado a su texto punitivo, pese a apenas haber sufrido actos de terrorismo, poniendo de manifiesto que la introducción de tipos de marcado carácter preventivo y excesivamente gravosos en términos de punición como respuesta al terrorismo ha terminado afectando al tratamiento otorgado a otros fenómenos criminales. Efecto expansivo, por otro lado, que puede apreciarse en todos los ordenamientos jurídicos en los que el legislador ha optado por esta metodología de actuación frente al terrorismo.

La III parte de la obra, que comprende de los capítulos 7 al 10, se centra en los *precursor crimes* de expresión. Lo cual es lógico, habida cuenta de que uno de los ejes sobre los que se ha sustentado la política criminal en materia de terrorismo es el de la lucha contra la radicalización. El problema es la afectación de tales medidas a la libertad de expresión. Así, en el capítulo 7, la profesora Anneke PETZSCHE analiza la normativa europea y la promulgada por los legisladores británico, español y alemán en materia de incitación, enaltecimiento y apología del terrorismo, y concluye que, dada la lejanía de estas conductas con el acto terrorista efectivamente cometido, un modo de lograr tipificar estos comportamientos de manera constitucionalmente legítima pasa por exigir un mayor nexo de unión entre estos y aquel. Una política criminal correcta debe desarrollarse sobre la base de un conocimiento adecuado de la realidad que se va a regular. Precisamente por ello, el profesor MIRÓ LLINARES desarrolla en el capítulo 8 un estudio criminológico sobre el uso de *twitter* en la difusión de mensajes de incitación a la comisión de actos terroristas. Y lo hace al hilo de los comentarios habidos en dicha red social como consecuencia de los atentados cometidos en la sede de la revista Charlie Hebdo y en la Sala Bataclan, para llegar al resultado de que muy pocos de los mensajes analizados contienen discurso del odio y todavía menos son susceptibles de ser considerados incitaciones, directas o indirectas, a la comisión de actos violentos. Realidad que, sin duda, debería ser tenida en cuenta por los legisladores a la hora de diseñar las herramientas de actuación frente a las expresiones que merecen reproche penal. En el capítulo 9 el profesor CANCIO MELIÁ realiza un análisis del delito de enaltecimiento del terrorismo y de cómo ha sido aplicado a supuestos en los que puede ponerse en duda el respeto al derecho a la libertad de expresión de los condenados; pone de

manifiesto, además de la falta de unión entre las expresiones que pueden encontrar acomodo en el ámbito de aplicación del tipo en cuestión y la futura comisión de un acto terrorista, que el Estado debería evitar dar propaganda, a través de su criminalización y enjuiciamiento (y el consiguiente tratamiento mediático), a creaciones que de seguro no resultan merecedoras de tanta atención pública. Pero los riesgos a los que la libertad de expresión debe enfrentarse en nuestro país no proceden sólo de la regulación penal de los delitos de terrorismo, sino que hay otros ámbitos que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos como, por ejemplo, la tipificación de los delitos de odio y su aplicación jurisprudencial. Precisamente por ello el doctor DÍAZ LÓPEZ analiza en el capítulo 10 si los delitos de terrorismo pueden ser considerados delitos de odio, concluyendo (tras el análisis de cuestiones tan interesantes como la aplicabilidad de la agravante del art. 22.4 CP a los delitos de terrorismo, la cual niega con base en el principio de inherencia) que, aunque son muy similares, deben ser conceptualmente distinguidos.

La IV parte se ocupa de tres cuestiones fundamentales en relación a los delitos de terrorismo: la evolución que el terrorismo yihadista ha experimentado a nivel organizacional, desde una estructura jerarquizada (que sigue manteniendo) hasta dar lugar al terrorismo individual; el uso de la pericial de inteligencia como prueba en los procesos incoados por delitos de terrorismo y el tratamiento que se ha dado por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a las nuevas manifestaciones del terrorismo yihadista. Así, en el capítulo 11, el profesor ORTIZ DE URBINA, tras señalar que las necesidades de comunicación que surgen en los grupos organizados generan más inconvenientes que beneficios para las organizaciones terroristas, así como que para intentar superar dicho inconveniente se ha evolucionado a la «yihad sin líder» y de ahí a los combatientes terroristas extranjeros, analiza la regulación británica, española y alemana de los tipos que castigan el autoadiestramiento (y en el caso español también el autoadoctrinamiento), y pone de manifiesto las ventajas que la última presenta sobre las dos primeras. La profesora LLOBET ANGLÍ analiza en el capítulo 12, a través de una sugerente y aguda propuesta, la posibilidad de atribuir a los conocidos como «lobos solitarios» la naturaleza de terroristas individuales. Se aborda así una de las cuestiones doctrinales de mayor relevancia en la actualidad en materia de terrorismo, por cuanto obliga a plantearse la, en absoluto sencilla, cuestión del concepto de terrorismo. El problema planteado va así más allá de la corrección o incorrección técnica de la tipificación de determinadas conductas que pueden ser consideradas protopreparatorias de futuros indeterminados delitos de terrorismo; aborda la cuestión de si se está diseñando correctamente el fenómeno del terrorismo o este se ha desdibujado hasta el extremo de considerar como tales comportamientos que son algo diferente. En el capítulo 13 el letrado BOYE TUSET analiza la prueba pericial de inteligencia, desarrollada por agentes de los cuerpos de seguridad del Estado especializados en la investigación del terrorismo, diferenciándola de la labor de inteligencia llevada a cabo por los servicios de inteligencia y de cómo su empleo afecta al derecho al debido proceso, al derecho de defensa y al de presunción de inocencia. Al respecto ha de tenerse en cuenta, como el autor pone de manifiesto, que la misma traslada al órgano jurisdiccional un saber práctico, no científico, por lo que las inferencias que la misma arroja pueden (y deberían) ser realizadas por el órgano encargado del enjuiciamiento y no por quienes elaboran dicha prueba. Es decir, cabe poner en tela de juicio la propia atribución de la naturaleza de prueba pericial a tales informes de inteligencia policial. Finalmente, el profesor Ben SAUL, en el capítulo 14, realiza un análisis de la evolución del tratamiento que Naciones Unidas ha venido dando al terrorismo, desde los convenios acordados a finales del pasado siglo a las resoluciones emanadas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el actual siglo XXI, poniendo de manifiesto que la vaguedad con la que estos instrumentos han sido redactados (la cual podría considerarse inevitable habida cuenta de su naturaleza y de la de los sujetos a los que obligan)

ha permitido que los Estados, a la hora de trasladarlos a sus respectivos ordenamientos jurídicos, en más ocasiones de las que hubiera sido deseable, hayan llegado más lejos de lo que se pretendía.

La V y última parte, la más extensa, aborda las áreas procesal, operativa (tanto policial como judicial) y de ejecución de penas en materia de terrorismo. Así, en el capítulo 15, la profesora Saskia Maria HUFNAGEL, a través de un análisis de los atentados terroristas de Bruselas, París y Berlín, pone de manifiesto uno de los problemas fundamentales en la lucha contra el terrorismo: las deficiencias existentes en el intercambio de información entre los distintos cuerpos policiales y servicios de inteligencia tanto a nivel externo de la Unión Europea (de sus países integrantes con Estados ajenos a ella) como interno (entre sus propios Estados miembros). Dado que el actual terrorismo es un fenómeno internacional, la cooperación a ese nivel resulta imprescindible si se quiere ser eficaz en la respuesta. Algunas de las formas para lograrlo pueden encontrarse en esta contribución. El profesor Paul ARNELL expone en el capítulo 16 cómo el proceso de extradición se ha ido modificando para posibilitar su aplicación a los delitos de terrorismo, y concluye que todavía habrá de seguir evolucionando para poder abarcar plenamente los *precursor crimes*. El capítulo 17, elaborado por los profesores Mark TOPPING y Mark CARROLL, analiza cómo se solventan en el Reino Unido los problemas derivados del uso de información que puede afectar a la Seguridad Nacional en los procedimientos penales por delitos de terrorismo. Así, cuestiones como los testigos protegidos, el uso de información de inteligencia como prueba judicial (materia que no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico), el estándar *neither confirm nor deny*, la publicidad del proceso o las investigaciones a través de las tecnologías de la comunicación son algunas de las cuestiones abordadas. El abogado SALELLAS I VILAR pone de manifiesto en el capítulo 18 cómo en España no solo puede afirmarse la existencia de un Derecho penal del enemigo, sino también de un Derecho procesal del enemigo en materia de terrorismo, lo cual se hace evidente en el enjuiciamiento de delitos tales como el de colaboración, autoadocinamiento o el de enaltecimiento. En el capítulo 19 el profesor RODRÍGUEZ HORCAJO incide en la falsedad de la dicotomía que se ha instalado en torno al fenómeno del terrorismo entre la libertad y la seguridad sobre la base de un análisis de la justificación constitucional de la imposición de un castigo por la comisión de un delito y, más concretamente, por la comisión de un delito de terrorismo. Por su parte, en el capítulo 20 el profesor Gonzalo J. BASSO reseña dos características propias de los *precursor crimes*: la vaguedad en su definición y la gravedad de sus penas. A fin de limitar el alcance de tales defectos propone atender al límite mínimo del marco penal abstracto previsto, de tal manera que los jueces puedan, cuando un determinado comportamiento enjuiciado no alcance el desvalor mínimo requerido para imponer dicho límite mínimo, declarar su irrelevancia penal. En el capítulo 21 la profesora GARRO CARRERA se plantea la cuestión de si la decisión relativa a la concesión de la libertad condicional debe depender o no de que el condenado por un delito de terrorismo muestre signos de arrepentimiento y una revisión crítica de su pasado criminal y de los problemas de legitimidad que ello comporta en relación con el derecho a no declarar contra sí mismo y no autoincriminarse y a la libertad de conciencia. Finalmente, en el capítulo 22, los profesores Florence LEE y Clive WALKER ponen de manifiesto que las graves penas previstas para los *precursor crimes* en el ordenamiento británico son aptas para cumplir los fines de retribución y de protección pública, pero olvidan otros, como el de rehabilitación. Conclusión a la que llegan tras analizar las *guideline* aplicadas en diversos casos.

Ciertamente, la obra recensionada aborda cuestiones fascinantes, y la forma en que lo hace abre la vía de debate en todas ellas. Lamentablemente, en el espacio del que se dispone no pueden abordarse todos ellos, pero sí hay dos aspectos que merecen una especial atención.

En primer lugar, que las palabras pueden ser peligrosas y generar efectos en el mundo físico es una realidad que la historia se ha encargado de demostrar. Y que los daños derivados de la comisión de un acto terrorista son muy graves tampoco creo que pueda ser puesto en tela de juicio. Precisamente por ello la sociedad reclama (en mi opinión también puede coincidirse en esto) una más temprana protección frente a aquellos. Lógicamente, cuanto más se anticipa la barrera punitiva, mayores riesgos de colisión con los derechos fundamentales, las libertades públicas y las garantías constitucionalmente reconocidas surgen. Sin embargo, siempre que ello sea posible (hay casos en los que no lo es) debemos realizar una lectura que haga dichos tipos acordes a la Constitución. Así lo obliga el principio de vigencia. Y ciertamente, como ya señalaron CUERDA ARNAU y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, esto es posible en esta clase de delitos, si bien para ello se requiere la adopción de una serie de precauciones tales como, por ejemplo, la aplicación del test del Plan de Acción de Rabat, en el que se requiere por parte del órgano jurisdiccional enjuiciador una lectura contextualizada del peligro de que el comportamiento sometido a escrutinio judicial pase a la acción, de forma tal que cuando este no concurra no pueda afirmarse su relevancia penal. Desde esta perspectiva, conviene alertar del riesgo de afectación al Estado de Derecho que estos tipos penales representan, pero tal vez debiera recapacitarse con un mayor detenimiento sobre su operatividad.

El segundo aspecto que no quisiera dejar de referir es de carácter procesal: el uso que de la información de inteligencia generada por los servicios de inteligencia puede llegar a hacerse en los procedimientos penales por delitos de terrorismo. Con mayor motivo, precisamente ahora que, debido a materias tales como la responsabilidad penal de las personas jurídicas y al surgimiento de las agencias estatales antifraude, se están admitiendo las denuncias anónimas. Soy consciente de que ambas cuestiones están muy lejos de ser semejantes, pero plantean una cuestión que permite su referencia conjunta; la afectación que pueden suponer a los derechos fundamentales de la persona investigada. Es cierto que el Tribunal Supremo viene admitiendo las denuncias anónimas bajo la premisa de que la culpabilidad del imputado se termina concretando en atención a la prueba practicada en el proceso de forma acorde a los derechos fundamentales, de manera que las actuaciones preprocesales, precisamente por ser ajenas al proceso, no pueden ser tenidas en cuenta a efectos de considerar la afectación de derechos fundamentales. Sin embargo, creo que esto, o la inclusión de información de inteligencia en el proceso (con todo lo que ello implica en cuanto al secreto de las fuentes de las que se ha obtenido, al secreto de Estado y a otras prerrogativas estatales –cuya necesidad resulta indiscutible–), plantea un problema que va más allá: los efectos que las pruebas ilícitas u obtenidas con posible vulneración de derechos fundamentales en ámbitos o actuaciones extraprocesales pueden tener de cara a un procedimiento penal que se abre con posterioridad con base en ellas, actuándose, eso sí, a partir de ahí, con pleno respecto a la Constitución. La cuestión de si la conexión de antijuridicidad debería también aplicarse a estos supuestos resulta, en mi opinión, merecedora de una mayor atención de la que ha recibido por parte de la doctrina. Aunque, todo hay que decirlo, tras la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el caso conocido como la lista Falciani, no parece que nuestros tribunales sean de la misma opinión.

Concluyo como comencé: la política criminal de carácter preventivo e inocuidador adoptada en materia de terrorismo, materializada en la tipificación de conductas que no suponen todavía la realización de ningún comportamiento encaminado a la comisión de un acto terrorista concreto y el modo en que se persiguen y se juzgan ponen en riesgo los derechos fundamentales y las libertades públicas sobre las que se sustentan los Estados democráticos de Derecho. A denunciar

tal situación e intentar ponerle remedio se dedica esta obra, lo que la hace digna de una detenida atención y análisis.