

InDret

Revista para el análisis del derecho

2.23

-
Març de 2023

Sumario 2.23

Editoriales

-

Débiles

Jesús-María Silva Sánchez

i-iv

-

Sobre la (no) aplicación retroactiva de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual. A propósito de la STS 128/2023 de 27-2-2023.

Daniel Varona Gómez

v-xi

-

No lo tires, repáralo

Carlos Gómez Ligüerre

xii-xiv

-

Derecho privado

-

¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos?

Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)

M^a Luisa Atienza Navarro

1-53

-

La obligación de insertar el número de inscripción de las viviendas turísticas en el registro turístico: su conformidad con el Derecho comunitario

Herminia Campuzano Tomé

54-100

-

La impugnación de las resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas en materia propiedad industrial

José Massaguer Fuentes

101-154

-

Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios

Luís María Miranda Serrano

155-253

-

La transición del Derecho de consumo hacia el paradigma de la economía circular

Guillem Izquierdo Grau

254-291

-

Derecho Penal

-

Cárteles duros y Derecho penal: reflexiones a partir de su reciente criminalización en España 292-324
Regina H. Fonseca Fortes Furtado

-

Delincuencia organizada y «maremágnum normativo» tras la LO 5/2010, de 22 de junio 325-356
Jara Bocanegra Márquez

-

Contra la atemperación (o supresión) del castigo penal del excluido 357-396
Leopoldo Puente Rodríguez

-

Emociones y exceso en la legítima defensa en el derecho penal alemán 397-444
Leandro Dias

-

Criminología

-

El Derecho penal como coartada
Aproximación a la estructura de la comunicación sobre el crimen y la ley penal en Twitter 445-492
Fernando Miró Llinares

-

Retos jurídicos derivados de la Inteligencia Artificial Generativa
Deepfakes y violencia contra las mujeres como supuesto de hecho 493-515
Elisa Simó Soler

-

Derecho público y regulatorio

-

El art. 400 LEC: una norma tan bienintencionada como peligrosa 516-535
Joan Picó i Junoy

-

Análisis del riesgo y COVID-19: la respuesta española ante la pandemia a la luz del modelo de la Unión Europea 536-568
Joan Solanes Mullor

-

Greening Consumer Welfare: Towards a New Perspective on Consumer Protection 569-588
Habbine Estelle KIM

-

La entrada y registro del domicilio de las personas jurídicas voluntariamente consentida por sus administradores

Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-Magariños

589-634

-

Actualidad

-

La naturaleza de los contratos de financiación y su incidencia en los problemas contractuales relativos a la restitución e integración de lagunas derivadas de abusividad: el caso de los préstamos en divisa en Europa

Fernando Gómez Pomar y Sheila Canudas Perarnau

635-669

-

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (octubre 2022-febrer 2023)

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/3256/2022, de 19 d'octubre, JUS/432/2013, de 7 de febrer, i JUS/592/2023 i JUS/593/2023, de 20 de febrer

Miriam Anderson

670-682

-

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallés

683-717

-

Recensiones

-

Jessie Singer, There Are No Accidents. The Deadly Rise of Injury and Disaster -Who Profits and Who Pays the Price, Simon & Schuster, 2022, 352 páginas

Pablo Salvador Coderch

718-720

-

Lídia Arnau Raventós (Dir.), La digitalización del derecho de contratos en Europa, Atelier, Barcelona, 2022, 240 páginas

Rosa Barceló Compte

721-725

-

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

726-750

Débiles

-

I

Imaginemos que le damos un dulce a un niño y le decimos que, si resiste quince minutos sin comérselo, le daremos otro; y nos vamos de la habitación. Existen experimentos así –por ejemplo, el del malvavisco o la «nube»¹, llevados a cabo desde hace décadas por los investigadores del comportamiento, que son bastante categóricos². Cuando regresamos a la habitación, muchos de los niños no han resistido el deseo de obtener la gratificación inmediata y se han comido el dulce. De este modo, muestran lo que, desde Aristóteles³, conocemos como acrasia y, desde Tomás de Aquino, como incontinencia. Es decir, debilidad de voluntad. En cambio, otros sí han aguantado, en espera de obtener la segunda golosina, manifestando que tienen más fuerza de voluntad. Esto es, han logrado introducir en su razonamiento práctico la expectativa de obtener el segundo dulce, dándole un peso mayor que al deseo de comerse el primero inmediatamente. Ciertamente, la acrasia se da tanto en niños como en adultos, aunque la impulsividad y los déficits de autocontrol sean mayores, en general, en aquellos que en estos.

El ejemplo pertenece al mundo de la acción instrumental –puramente técnica– o bien de la razón prudencial, y pone de relieve cómo razona el agente en virtud de la presencia de incentivos y desincentivos que se posponen, mucho o poco, en el tiempo. ¿Por qué comemos más de la cuenta, cuando sabemos por experiencia que luego tendremos malestar durante días? ¿Por qué dejamos la dieta o el gimnasio, cuando sabemos que en verano nuestra figura será lamentable? Los ejemplos pueden trasladarse al mundo moral. Así, por ejemplo, a un niño se le puede advertir de que no debe tocar el caramelo que está sobre la mesa, porque le corresponde a su hermano pequeño. Sin embargo, él se lo come. Inmediatamente, se arrepiente porque le da pena su hermanito y, además, le va a tocar sufrir el castigo familiar. Entonces, generalizando el ejemplo, la pregunta es: ¿por qué un sujeto obra mal cuando sabe que lo que hace está mal? ¿Por qué lo hace incluso cuando sabe que el cargo de conciencia le va a pesar de modo inmediato y durante largo tiempo? ¿Por qué lo hace a pesar de que, según se dice, *crime does not pay*?

¹ En inglés: «marshmallow experiment».

² MISCHEL/EBBESEN/RASKOFF ZEISS, «Cognitive and attentional mechanisms in delay of gratification», *Journal of Personality and Social Psychology*, (21), 1972, pp. 204 ss.

³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1145b ss.

Para unos autores, la acrasia es un fenómeno volitivo por el cual un agente realiza algo que no responde a su mejor juicio, dejando de hacer lo preferible para él⁴. Ahora bien, quien entienda que lo racional es realizar los propios deseos o convicciones momentáneos, advertirá en ella un acto de libertad como otro cualquiera⁵. Esto es, «un síntoma de cierta clase de libertad»⁶. Así las cosas, cabe pensar que es una cuestión de temperamento. Desde luego, en este fenómeno existe una dimensión innata, que forma parte de lo que algunos autores denominan suerte constitutiva. Ciertamente, unas personas tienen más fuerza de voluntad que otras y eso se advierte ya a muy temprana edad. Sin embargo, también es sabido que cabe conseguir que un sujeto tenga mayor fuerza de voluntad mediante la educación familiar, la disciplina escolar o su propio esfuerzo personal (ascesis). Igualmente, una acrasia no innata puede ser el resultado de una influencia debilitante del medio familiar, escolar, grupal o bien de las acciones previas del propio sujeto.

Una concepción alternativa de la acrasia es no entenderla como un fenómeno volitivo, sino cognitivo. Para ello, es preciso tener en cuenta el modo en que aparece el futuro en el razonamiento humano. En efecto, el porvenir es incierto y la mayoría de las personas muestran aversión a la incertidumbre. Así, a la hora de planificar, en su razonamiento prevalecen muchas veces los beneficios ciertos sobre los inciertos, aunque estos últimos se estimen superiores. Es decir, los beneficios presentes o a corto plazo priman sobre los que tendrán lugar a más largo plazo. El experimento del dulce pone de relieve cómo operan los denominados «circuitos de recompensa». En efecto, muchas personas tienden a adelantar lo fácil y lo agradable, esto es, a la satisfacción de los deseos. Igualmente, existe una clara tendencia a posponer lo arduo o dificultoso, lo que constituye el fenómeno conocido como procrastinación.

Sentado lo anterior, para advertir en la acrasia un problema para el Derecho, es razonable partir de la distinción entre motivos de primer orden –deseos momentáneos, emociones, impulsos– y razones de segundo orden –razones prudenciales (deseos a medio plazo) y, sobre todo, razones morales (distintas del deseo)–. Un agente ha de tener, en primer lugar, juicio para ponderarlos y decidir qué es lo mejor, así como, luego, la fuerza de voluntad para llevar a cabo lo que considere mejor⁷. Así las cosas, cabe llamar debilidad de voluntad a la prevalencia de los deseos de primer orden sobre las razones de segundo orden⁸.

En concreto:

Silogismo 1:

Premisa mayor: (En general) No quiero tener resaca mañana

Premisa menor: El alcohol me produce resaca

Conclusión: No debo tomar alcohol hoy

Silogismo 2

Premisa mayor: (Ahora mismo) Quiero pasármelo bien ahora

Premisa menor: El alcohol me anima

Conclusión: ¡A beber!

⁴ NIDA-RÜMELIN, *Humanistische Reflexionen*, 2016, pp. 236-237.

⁵ NIDA-RÜMELIN, *Humanistische Reflexionen*, 2016, p. 237.

⁶ SEARLE, *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, 2000, pp. 235 ss., 249.

⁷ NIDA-RÜMELIN, *Humanistische Reflexionen*, 2016, pp. 238-239.

⁸ NIDA-RÜMELIN, *Humanistische Reflexionen*, 2016, pp. 238-239.

Dada la experiencia de la propia debilidad de voluntad y de la posible aparición de situaciones que pueden someterla a prueba, como por ejemplo ir a una fiesta nocturna, el sujeto puede adoptar precauciones para superarla. En definitiva, planificar. La forma más normal en la vida cotidiana tiene lugar por la vía contrafáctica, esto es, normativa: consiste en la formación de intenciones previas. En la vida moral esto se conoce como «hacer un propósito» o «hacer propósitos» con el fin de afrontar mejor –mediante una automotivación– las tentaciones futuras⁹. En otros casos, sin embargo, no son propósitos –intenciones previas, como auto-normas– lo que se adopta, sino precauciones técnicas mediante acciones previas. Sobre esto es ilustrativo el conocido episodio de las sirenas en la Odisea de Homero. Ulises quiere oír el canto de las sirenas, pero sabe que este canto lleva a los hombres a perder el autocontrol y a estrellar sus naves contra las rocas. Por eso, ordena a los tripulantes de su barco tres cosas: que se tapen los oídos; que él mismo, sin tapárselos, sea atado al palo mayor; y que, por mucho que se lo ordene durante el trayecto, no le desaten en ningún caso. Con ello trata de prevenir –a través de medios técnicos– la debilidad de voluntad futura causada por el canto de las sirenas.

II

En Derecho penal, el punto de partida del análisis de la debilidad de voluntad del agente tiene que ser el conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Es decir, la ausencia de un déficit cognitivo en el sujeto. En efecto, en quien delinque con conocimiento de la antijuridicidad, los motivos o razones contrarios al Derecho acaban prevaleciendo sobre los que habrían conducido a una decisión conforme a Derecho. A esto es común denominarle déficit volitivo. Sin embargo, conviene no identificar el déficit volitivo con la debilidad de voluntad. Desde luego, quien acaba cometiendo un delito no es ni un sujeto virtuoso –es decir, aquel cuya razón y emociones están armónicamente orientadas al bien– ni tampoco un sujeto con buen autocontrol –que resiste las pasiones contrarias al Derecho mediante el ejercicio de su razón–. Sin embargo, cabe que sea un sujeto en el que la razón y las emociones van de la mano hacia la realización del mal –el clásicamente denominado «vicioso»– o, en fin, un sujeto débil de voluntad, cuyas pasiones prevalecen sobre su propio juicio racional¹⁰.

El fenómeno de la debilidad de voluntad, si se contempla como algo paralelo al déficit cognitivo –al conocimiento de la antijuridicidad y al error vencible de prohibición–, puede afrontarse desde tres modelos teóricos distintos:

En el primero (i), la debilidad de voluntad inevitable *in actu* excluye la responsabilidad del agente, con independencia de que esa debilidad hubiera sido evitable antes (en el momento inmediatamente anterior o incluso tiempo atrás). En cambio, la debilidad evitable *in actu* no excluye la responsabilidad. En el segundo (ii), la debilidad de voluntad inevitable *in actu* excluye la responsabilidad del agente, salvo que hubiera podido evitarse antes (un momento antes o tiempo atrás). La debilidad evitable *in actu* no excluye la responsabilidad. En todas estas

⁹ SEARLE, *Razones para actuar*, 2000, p. 250: «introducir cierto orden en nuestras vidas y capacitarnos a nosotros mismos a satisfacer la mayoría de nuestras metas a largo plazo mediante la formación de intenciones previas a través de la deliberación».

¹⁰ Cfr. esta tipología en DUFF, «Virtue, Vice, and Criminal Responsibility», *Buffalo Criminal Law Review*, (6-1), 2002, pp. 147 ss., pp. 163-165.

consideraciones la pregunta clave es qué significa «evitable»¹¹. En fin, en el tercero (iii), la debilidad de voluntad –incluso aunque sea inevitable tanto *in actu* como en momentos previos del pasado del sujeto– no excluye la responsabilidad, salvo en los casos excepcionales que se prevén explícitamente en la ley. La cuestión es por qué en esos casos excepcionales la ley asigna relevancia a la debilidad de voluntad del agente.

Una observación de las legislaciones penales pone de relieve que estas no se corresponden ni con el modelo primero, ni con el segundo. Por el contrario, se basan, en primer lugar, en el reconocimiento de cierta relevancia sólo a algunos casos concretos de la fenomenología de la debilidad de voluntad (por ejemplo, art. 20.6º CP español). Además, estas no coinciden en los distintos países. En segundo lugar, no asignan a todos los casos el mismo efecto sobre la responsabilidad. En tercer lugar, tampoco tienen en cuenta de modo uniforme la posibilidad de que el sujeto hubiera podido evitar la debilidad presente mediante su actuación en un momento anterior. La consideración de la debilidad humana como problema general por parte del Derecho penal sigue siendo, por tanto, una cuestión pendiente.

Jesús-María Silva Sánchez

¹¹ JAKOBS, «El principio de culpabilidad», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 393: «Las dificultades de mantener la fidelidad al ordenamiento jurídico que pueden constatarse desde el punto de vista psicológico sólo conducen a una disminución de la culpabilidad cuando la dificultad puede atribuirse al ámbito de competencia de la víctima o de alguna otra manera no pertenece al del autor; especialmente en lo que se refiere a las dificultades que pueden presentarse en cualquier momento y circunstancia, todo autor sigue siendo competente».

Sobre la (no) aplicación retroactiva de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual. A propósito de la STS 128/2023 de 27-2-2023.

No cabe duda de que pocas leyes penales en nuestra historia reciente han generado tanta polémica como la *Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual*, popularmente conocida como la “*Ley del sólo sí es sí*”. Tal polémica (el lector encontrará un detallado análisis de la que tuvo lugar en una de las redes sociales más utilizadas – Twitter – en este mismo número de la revista: “*El Derecho penal como coartada. Aproximación a la estructura de la comunicación sobre el crimen y la ley penal en Twitter*”, Fernando Miró), ha girado fundamentalmente en torno a su presunto trato favorable a los agresores sexuales, lo cual habría conducido inexorablemente (se arguye) a incontables rebajas de las penas impuestas en su día a tales delincuentes, y en últimas incluso a la excarcelación de decenas de ellos¹².

Aunque, como ya es una lamentable tradición de nuestro país, no disponemos de datos contrastados, lo cierto es que el propio *Consejo General del Poder Judicial* hizo público el primer recuento oficial sobre la aplicación de la LO 10/2022 (desde su entrada en vigor el 7 de octubre de 2022 hasta el día 1 de marzo de 2023), situando las rebajas de pena en 721 casos y «al menos» 74 excarcelaciones¹³. Si uno se toma la molestia de consultar el comunicado del CGPJ y los datos asociados al mismo, lo cierto es que causa estupor el nulo rigor de la metodología utilizada para extraer los datos y las enormes disparidades que se observan entre Audiencias Provinciales.

Igualmente llama la atención que la nota publicada por el CGPJ recoja como titular el número de reducciones de pena, y ni en el mismo, ni en el texto (hay que descargar y consultar los datos), se contextualice tal cifra ofreciendo el dato al menos del porcentaje de sentencias en

¹² Un diario digital conocido por su aversión a *Podemos* se apresuró a publicar un «contador» de delincuentes sexuales que se habrían beneficiado de la ley. La misma iniciativa ha tenido el PP de Málaga, que habría puesto un contador en su sede con los beneficiados por la ley (vid. Noticia del diario *Málaga Hoy* del 3 de febrero de 2023: https://www.malahoy.es/malaga/PP-Malaga-contador-agresores-beneficiados-ley-solo-si_0_1762925458.html). Lo cierto es que algunos titulares de periódicos conocidos por su inclinación política a la derecha no tienen desperdicio (por ejemplo, *La Razón*, el 7 de marzo de 2023 publica una noticia con el siguiente titular: «El beneficio que la ley “solo sí es sí” ha traído a 5 violadores despiadados», vid. https://www.larazon.es/espana/beneficio-que-ley-solo-traido-5-violadores-despiadados_202303076406804288ee0500014d5715.html).

¹³ Vid. para más detalles: <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-tribunales-han-acordado-721-reducciones-de-pena-en-aplicacion-de-la-Ley-Organica-10-2022>. El 14 de abril el CGPJ ha publicado una nueva nota actualizando las cifras (elevándolas a 978 reducciones y «al menos» 104 excarcelaciones).

las que en las que se ha revisado (o no) la condena¹⁴. Gasolina sin duda para los incendiarios titulares de prensa citados.

Sea como fuere, a estas alturas a nadie puede sorprender la descarnada utilización política de la ley penal o las víctimas¹⁵, y menos en unas circunstancias como las desarrolladas a raíz de la entrada en vigor de la LO 10/2022, donde se produce una auténtica «tormenta perfecta» en contra del gobierno que promulga la ley. Tormenta perfecta porque respecto de la figura del delincuente probablemente más odioso de nuestros tiempos (el agresor sexual), los partidos políticos de derecha y extrema-derecha de nuestro país ven una clara ventana de oportunidad para sembrar el miedo y la ira en un sector de votantes más cercano en los últimos tiempos a la izquierda (las mujeres), a la vez que se lamina la cohesión entre los partidos que forman el gobierno. Ciertamente, esa «tormenta perfecta» no hubiera sido posible (o no hubiera pasado de chubasco pasajero) si a todo ese ánimo político no se hubiera unido una deficiente técnica (o candidez) legislativa. Me refiero, obviamente, al imprudente descuido de una disposición transitoria en la LO 10/2022 sobre revisión de sentencias firmes. Tal disposición, aunque no hubiera hecho más que repetir lo que es constante en nuestra historia legislativa¹⁶, habría cercenado de raíz el argumento fundamental al que se agarran los que, a mi juicio de forma equivocada, y lo que es peor, a veces malintencionadamente, consideran acorde a Derecho las revisiones de condena que se vienen produciendo.

Sin embargo, a mi entender, y es lo que voy a defender en el presente escrito, la polémica de las revisiones de condena y la pervivencia (o no) de disposiciones transitorias, ha permitido pasar por alto una cuestión más trascendental, cual es la pregunta previa relativa a si realmente la LO 10/2022 supone un supuesto de ley penal posterior favorable. Esta pregunta, que es la clave de bóveda en toda la cuestión de las posibles revisiones de pena, ha sido contestada en mi opinión con una pasmosa ligereza por nuestros tribunales, y además equivocadamente. Adelanto ya mi posición: no, la LO 10/2022 no supone una ley penal posterior favorable y por tanto la cuestión es más sencilla que la polémica sobre las disposiciones transitorias: no ha lugar ninguna revisión de condena porque no estamos ante una ley penal posterior favorable. Por lo menos no en los supuestos en los que se está produciendo actualmente tal revisión de penas.

¹⁴ Por ejemplo, en la AP que más casos parece haber tramitado (Madrid) los datos del primer informe del CGPJ indican que «revisadas 451 sobre el total de 536 causas con condenado ingresado en prisión. Del total de revisadas, el 15,7% ha supuesto reducción de la pena».

¹⁵ Recordemos el paradigmático caso del padre de la niña Mari Luz (asesinada en trágicas circunstancias), Juan José Cortés, convertido en su día en nada más y nada menos que asesor del PP para la reforma penal (vid. la nota que a día de hoy aún figura en la web del Partido Popular: <https://www.pp.es/actualidad-noticia/pp-incorpora-juan-jose-cortes-como-asesor-reforma-del-codigo-penal>).

¹⁶ Vid. Disposición Transitoria 5ª LO 10/1995: «En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código» (ídem p.ej. disposición transitoria 2ª de la LO 1/2015 de reforma del CP). Es por ello que ya existe alguna sentencia de nuestro TS que en el caso de otras leyes de reforma del CP que descuidaron tal disposición transitoria no tuvo ningún problema en considerarla vigente, pues «...*nada impide que los criterios contenidos en las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la LO 1/2015, aunque no aparecen en la LO 2/2015, que regula de nuevo los delitos de terrorismo, sean aplicables también a estos casos*» (STS 298/2017 de 27-4-2017).

Sobre una supuesta inconstitucionalidad de esta disposición transitoria (que curiosamente se plantea a raíz de la LO 10/2022) por vulnerar el principio de retroactividad favorable, me remito al apartado 20.2 (en concreto págs. 91-92) de la *Circular 1/2023 de la Fiscalía General del Estado* sobre la LO 10/2022, donde se recoge la jurisprudencia del TEDH sobre este principio, de la que se deduce que no forma parte de su contenido esencial la revisión de sentencias firmes.

Ciertamente, hasta donde alcanzo, la doctrina penal y la jurisprudencia de nuestro TS, se manifiestan claramente a favor de que la LO 10/2022 es aplicable a hechos cometidos antes de su entrada en vigor por ser una ley penal posterior favorable¹⁷.

Creo, y así voy a defenderlo a continuación, que ello parte de una interpretación inadecuada del principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable al no tener en cuenta, primero (1) cuál es el fundamento de este principio; y segundo (2) que con la nueva ley no se ha producido una sucesión temporal de tipos penales idénticos, sino la creación de un tipo penal más amplio y complejo que el anterior.

Vayamos con lo primero: el fundamento del principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable. Hay que partir de la base que este principio no tiene el mismo fundamento que el principio de irretroactividad. Y de ello da una buena indicación, tanto su falta de reconocimiento constitucional explícito como su tardío reconocimiento en la jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (TEDH).

El principio de irretroactividad de la ley penal sí se encuentra explícitamente reconocido en los arts. 9.3 y 25 CE y en el art. 7 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Ambos textos omiten pronunciamiento expreso alguno sobre la cuestión de la retroactividad de una ley penal posterior favorable. Ello es así porque el principio de irretroactividad se halla ligado a uno de los principios básicos del derecho penal: el principio de legalidad. El principio de legalidad es una garantía esencial de los derechos del individuo en cuanto se encuentra inexorablemente unido a la idea de seguridad jurídica; esto es, todo ciudadano debe tener garantizada la expectativa de que no se le puedan aplicar leyes que no están vigentes en el momento de realizar una conducta. Ello es lógico, pues si no se respetara tal garantía nadie podría estar seguro de que la realización de una conducta en un momento determinado no podría acarrearle una pena o sanción en un futuro (si el legislador decidiera criminalizar esa conducta posteriormente), lo cual atentaría gravemente a nuestra seguridad jurídica. Por ello, es lógico que el principio de irretroactividad se contenga explícitamente en todo texto que se precie de reconocer derechos fundamentales.

Sin embargo, el principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable es diferente: no se vincula en absoluto con la idea basal del principio de legalidad relativa a la garantía de seguridad jurídica. En realidad, es incluso contrario a la idea de seguridad jurídica, pues a la claridad de estatus jurídico que implica reconocer que una persona será juzgada por la ley vigente en el momento de cometer los hechos (¡única ley que la persona puede conocer en el momento de realizar una conducta!), excepcionamos el hecho de que en el futuro devenga vigente una ley que trate de forma más benigna la conducta realizada.

La cuestión es, entonces, sentado que el principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable no va vinculado al principio de legalidad y a la garantía de seguridad jurídica, determinar cuál es su fundamento. La doctrina penal española mayoritaria lo sitúa en las ideas

¹⁷ La única excepción que he podido encontrar en la doctrina penal española es la plasmada por Manuel Cancio, que en artículos periodísticos (publicados en *El País*, vid. fundamentalmente el publicado el día 17 de noviembre de 2022, en la sección de Opinión del periódico y titulado «*La revisión de condenas por delitos sexuales*»; en el mismo sentido en un artículo de 27 de noviembre de 2022) ha defendido que la intención del legislador nunca fue considerar menos grave con la LO 10/2022 la agresión sexual con violencia (caso típico en el que se están revisando las penas de 6 a 4 años) y que no se puede hablar de rebaja de penas cuando no ha existido sucesión de un mismo tipo penal «*sino la fusión de dos delitos distintos en uno solo*».

de proporcionalidad penal, falta de necesidad de la pena y cambio de valoración jurídica de una conducta. En esencia, lo que se sostiene es que no tiene sentido (y así atentaría al principio de proporcionalidad) que, si se ha producido un cambio en la valoración jurídica de una conducta (que en un momento determinado se consideraba delito y ahora se despenaliza o que se consideraba lo suficientemente grave para merecer una pena “X”, y ahora se atenúa su desvalor, rebajando así la pena), dicho cambio no beneficie a aquéllos que cometieron los hechos antes de tal modificación valorativa. Ello porque la anterior pena habría dejado de ser necesaria (¿qué sentido tiene, se dice, que por ejemplo una mujer cumpla condena por un delito de aborto si ese delito es despenalizado?). En definitiva, *el principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable pivota sobre un cambio en la valoración jurídico-penal de una conducta.*

Este fundamento ha sido reconocido explícitamente por la jurisprudencia del TEDH. En realidad, el TEDH fue reacio en sus inicios a reconocer el principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable (fundamentalmente porque, como hemos dicho, no se halla previsto en el art. 7 CEDH que es el que codifica el principio de legalidad). Y no ha sido hasta fechas relativamente recientes, en la sentencia pionera *Scoppola vs. Italia* (Nº2) de 17-9-2009, que ha considerado que, en atención a los desarrollos habidos en el reconocimiento de derechos a nivel internacional (alude aquí directamente el TEDH a la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, art. 49 § 1 y a la *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 9; que sí reconocen explícitamente la posibilidad de aplicar una ley penal posterior que prevea «una pena más leve»), el principio de retroactividad penal de la ley penal posterior favorable debe considerarse parte de las «*tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*» y así «*un principio fundamental del Derecho penal*», por lo que en definitiva forma parte implícitamente del principio de legalidad establecido en el art. 7 CEDH (*Scoppola vs. Italia* (Nº2) parágrafos 105 y ss.). Vale la pena reproducir literalmente la fundamentación de este crucial cambio de posición del TEDH:

*En opinión del Tribunal, es consistente con el principio de legalidad, del cual el artículo 7 forma parte esencial, esperar que un tribunal aplique a cada hecho punible la pena que el legislador considere proporcionada. Infligir una pena más severa por la única razón de que era la prescrita en el momento de la comisión del delito significaría aplicar en perjuicio del acusado las reglas que rigen la sucesión de leyes penales en el tiempo. Además, equivaldría a ignorar cualquier cambio legislativo favorable a los imputados que pudiera acontecer antes de la condena y **continuar imponiendo penas que el Estado –y la comunidad que representa, ahora considera excesivas.** (parágrafo 108, énfasis añadido)*

En definitiva, el fundamento del principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable es distinto del propio del principio de irretroactividad, al tener que ver en últimas con consideraciones relativas a la proporcionalidad de las penas. Por ello, aplicar retroactivamente una ley penal posterior exige ineludiblemente que se considere producido *un cambio de valoración jurídico-penal* de la conducta en el sentido de que el legislador, considerando las penas anteriores excesivas, quiera tratar de forma más benévola las mismas conductas.

La pregunta fundamental, por tanto, debería haber sido si con la LO 10/2022 se ha producido un cambio en la valoración jurídica de las agresiones sexuales de tal manera que lo que antes se consideraba de un cierto nivel de gravedad, ahora se considera menos grave. Pues bien, en los casos de agresiones sexuales con penetración en los que se emplee violencia o intimidación¹⁸, es

¹⁸ Supuesto típico en el que algunas Audiencias Provinciales están revisando las penas, normalmente rebajando la pena impuesta de 6 años a 4 años (vid. p.ej. STSJ Castilla-León 20-12-2022; SAP Tenerife 5-12-2022; SAP León

equivocado decir que la nueva ley ha querido considerar tales supuestos como menos graves. No, no se ha producido ningún cambio de valoración jurídica por el que se pueda razonablemente afirmar que el legislador ha pasado a considerar menos graves los supuestos típicos de violación. No existe ni rastro de tal cambio de valoración jurídica en la *Exposición de Motivos de la LO 10/2022*, y la *Exposición de Motivos* debería ser el punto de partida de tal *voluntas legislatoris*¹⁹. Y si alguien lo dudaba, queda claro que no es así con las numerosas iniciativas parlamentarias que se están debatiendo en el congreso para elevar las penas en estos casos.

Alguien podría argüir en contra de lo dicho que la «*voluntas legislatoris*» deja de ser relevante cuando se promulga la ley. Sobre ello volveré más adelante (al tratar la cuestión de si con la LO 10/2022 puede condenarse a un acusado por agresión sexual con penetración y violencia con la pena mínima prevista ahora para el tipo penal, esto es, 4 años), pero ese argumento olvida que la «*voluntas legislatoris*» sí es relevante cuando nos planteamos la aplicación retroactiva de una ley penal posterior. Una cosa es aplicar la ley a hechos cometido bajo su vigencia y una bien diferente es aplicarla a hechos anteriores alegando que el legislador ha cambiado la valoración jurídica de la conducta considerándola menos grave. Esta última alegación exige probar tal voluntad legislativa.

Cierto que la aplicación retroactiva de la LO 10/2022 en el caso que debatimos (recordemos, el caso de una agresión sexual violenta con penetración) tiene a su favor un argumento que algunos consideran irrefutable: la rebaja de la pena mínima de prisión, que antes de la ley era de 6 años y ahora pasa a ser 4 años. Pero este argumento está desenfocado porque omite una cuestión trascendental: *con la nueva ley no se ha producido una sucesión de tipos penales idénticos*. Ni mucho menos. Con el objetivo no disimulado de convertir el consentimiento (su falta) en el núcleo de las conductas contra la libertad sexual, lo que la nueva ley pretendía de forma clara era agrupar los anteriores abusos sexuales y agresiones sexuales en un nuevo delito aglutinador de ambos, que ahora recibe el nombre de «agresión sexual». Pero este nuevo tipo penal de «agresión sexual» (que el legislador podría haber llamado, «*atentado sexual*» y así quizás se hubieran evitado malentendidos como su aplicación retroactiva), no recoge la misma conducta que anteriormente se denominaba agresión sexual, pues ahora el tipo penal de la «agresión sexual» engloba conductas que antes constituían abuso sexual y agresión sexual.

Por tanto, el argumento de la supuesta rebaja de penas no es tal: una rebaja de penas es un argumento contundente a favor de la aplicación retroactiva de una ley cuando estamos ante una *sucesión temporal de conductas delictivas idénticas* (como sucedió, por ejemplo, en el conocido caso de la rebaja de pena del art. 368 CP -tráfico de drogas, en virtud de la LO 5/2010). Pero cuando, como es nuestro caso, lo que sucede es que estamos ante una sucesión temporal de tipos penales no homogéneos, el argumento de la rebaja de penas es engañoso.

Y carente de justificación, pues como ya he manifestado lo decisivo es la voluntad del legislador

19-1-2023; SAP A Coruña 23-1-2023 -rebajando la pena por tentativa de 3 a 2 años de prisión-; SAP Alicante 15-12-2022 -rebajando la pena de la agresión sexual con agravante de parentesco de 9 a 7 años de prisión-).

¹⁹ Más bien al contrario, la *Exposición de Motivos de la LO 10/2022* expresa hasta la saciedad la profunda preocupación por las violencias sexuales y la necesidad de medidas eficaces de prevención, sanción y reparación. Compárese ello, por ejemplo, con la *Exposición de Motivos de la LO 14/2022* relativa, entre otras, a la reforma de los delitos de malversación y contra el orden público, que en diferentes partes de su texto deja clara la voluntad legislativa de reformar tales delitos (rebajando las penas o derogando delitos) para cumplir con el principio de proporcionalidad de las penas.

respecto al cambio normativo. Y según vimos no existe ningún atisbo en la *Exposición de Motivos* de la LO 10/2022 para deducir que se ha producido un cambio en la valoración jurídico-penal de las agresiones sexuales violentas de tal manera que ahora se consideren menos graves (¿?) y que por ello estamos ante una ley penal posterior favorable. Repárese en que el nuevo tipo penal, más amplio y complejo que la anterior agresión sexual, parte precisamente de la pena de prisión de 4 años porque ésta era la pena mínima prevista para el anterior abuso sexual con penetración (antiguo 181.4 CP). Por tanto, debería resultar claro que si la pena mínima actual es de 4 años de prisión es porque se ha partido de la pena anterior del abuso sexual, no porque ahora se consideren las agresiones sexuales con violencia o intimidación menos graves que antes.

En definitiva, ni la LO 10/2022 implica un cambio en la valoración jurídico-penal de las agresiones sexuales violentas con penetración, ni se ha producido una sucesión de tipos penales idénticos que permita deducir inexorablemente tal cambio de la mera modificación de las horquillas punitivas²⁰.

Ciertamente, hoy en día, un condenado por agresión sexual que haya utilizado violencia o intimidación para vencer la resistencia de la víctima, podría ser condenado a 4 años de prisión (amén de la pena correspondiente a las lesiones causadas o la intimidación empleada, tal y como prevé el art. 194 bis y de las nuevas penas accesorias que se han añadido). En mi opinión, tal supuesto debería ser muy excepcional, porque obviamente los tribunales habrán de adecuar el nuevo marco penal (de 4 a 12 años), más extenso que el anterior, a las posibles circunstancias concurrentes, siendo así que la presencia de violencia o intimidación añade sin duda un plus de lesividad a la conducta que haría así extraño *prima facie* la imposición de la pena mínima (que de forma natural debería reservarse para los supuestos de mínima gravedad).

En este sentido, me parece correcto lo que argumenta el TS en la reciente sentencia 128/2023 de 27-2-2023, que deniega la rebaja de pena impuesta a un condenado por agresión sexual (con violencia y penetración), en el caso concreto 7 años de prisión, porque:

...el art. 179 contempla ahora conductas de mayor espectro que el considerado en la condena recurrida; pues considera agresión sexual, el art. 178, la realización de cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento; de modo que habiendo mediado fuerza, por leve que haya sido, dado el contexto, ha de aproximarse la pena al grado medio, para dejar los umbrales inferiores a otras conductas de menor gravedad; por lo que los siete años de prisión son los adecuados para la conducta enjuiciada, también con la nueva norma.

Creo que ésta debiera ser la línea a seguir, aunque es cierto que actualmente, de *lege lata*, el

²⁰ A mi entender lo mismo sucede en los casos de agresiones sexuales a menores, pues aunque nominalmente la pena mínima de ciertos marcos penales sea inferior a partir de la LO 10/2022, la configuración de las agresiones sexuales a menores ha sufrido relevantes modificaciones y por tanto no puede considerarse que haya habido una sucesión de tipos penales homogéneos (por ejemplo, unos tocamientos sexuales a un menor de 16 años dormido estaba castigado antes con la pena de prisión de 2 a 6 años de prisión y con la LO 10/2022 pasa a estar castigado con la pena de 5 a 10 años de prisión). Y si la conducta llegara a la penetración en dicho caso la pena pasaría de 8 a 12 años a los 10 a 15 años de prisión actuales. En definitiva, la nueva configuración de las agresiones sexuales alcanza también los casos de conductas sobre menores de 16 años y por tanto estamos ante regulaciones distintas en la que es engañosa una mera comparación de marcos penales (¡no se pueden comparar marcos penales de conductas distintas!).

marco penal para una agresión sexual violenta con penetración es de 4 a 12 años²¹. Pero ello no debe confundirse con la aplicación retroactiva de la ley penal, pues ésta exige algo más (¡lo decisivo!): contar con la voluntad del legislador. En términos que todo penalista conoce: la aplicación retroactiva de la ley penal exige el *dolo* del legislador (que con la ley se quiera plasmar un cambio en la valoración jurídica de la conducta). Si la *voluntas legislatoris* no era (como sin duda no era) castigar menos las agresiones sexuales violentas, por mucho que eso sea ahora *de facto* posible, no se puede aplicar este nuevo marco penal a hechos cometidos antes de su vigencia. El argumento de que la ley es favorable porque ahora esas conductas son subsumibles en un marco penal cuya pena mínima es inferior, omite el trascendental detalle de que ello es así porque ese nuevo marco penal *recoge conductas diferentes al anterior*.

En este sentido, es de aplaudir así la sentencia citada del TS (STS 128/2023 de 27-2-2023), que correctamente parte de esta diferente configuración normativa para negar la aplicación retroactiva de la LO 10/2022.

Para acabar quisiera señalar que me causa honda extrañeza que no se haya siquiera discutido la aplicación retroactiva de la LO 10/2022. Se ha dado por hecho con suma facilidad. Probablemente ha contribuido a ello la cuestión destacada en este trabajo relativa a la escasa reflexión sobre el fundamento del principio de retroactividad. Es sorprendente que en las ya numerosas sentencias del TS que se han dictado aplicando retroactivamente la LO 10/2022 no se encuentre apenas ninguna reflexión detallada sobre el fundamento y alcance de este principio²². Todo se ha hecho pasar por la vara de medir del marco penal, desconociendo que estamos ante marcos penales de delitos heterogéneos²³. La sensación que deja la premura en la revisión de las condenas, la falta de reflexión sobre el fundamento de la retroactividad y la propia división entre Audiencias Provinciales (¡incluso de la misma ciudad!) a la hora de revisar (o no) las condenas, es que toda esta cuestión no se puede analizar con variables únicamente jurídicas.

Daniel Varona Gómez

²¹ Ello por poco tiempo, a tenor de la propuesta de reforma de la LO 10/2022 aprobada el día 20 de abril en el Congreso, que según parece volverá a situar la horquilla punitiva en estos casos donde estaba: entre 6 y 12 años de prisión. De aprobarse finalmente tal reforma, afectará de forma particular a los casos de agresiones sexuales con penetración en las que medie violencia o intimidación y (1) el delito haya quedado en grado de tentativa o (2) se apliquen dos atenuantes (o una muy cualificada). Ello porque, aunque se impusiera en los tribunales la interpretación de la citada sentencia 128/2023 del TS (de acuerdo a la cual, los casos en que haya violencia o intimidación no podrían beneficiarse del tramo mínimo de la horquilla punitiva), en esos casos era imperativo partir de la pena mínima para la rebaja en grado, lo cual abocaba a que, por ejemplo, una agresión sexual violenta con penetración consumada, si se aplicara la atenuante de reparación y de intoxicación etílica (o una sola de ellas como muy cualificada) fuera obligatoria la rebaja de al menos un grado, quedando la pena entre 2 a 4 años menos 1 día de prisión. En la práctica ello planteaba la posibilidad de una conformidad en la que se acabara suspendiendo la pena de prisión (sobre el uso de la suspensión como anzuelo para la conformidad, vid. VARONA, Daniel, «La suspensión de la pena de prisión: ¿una alternativa a la prisión o un anzuelo para la conformidad?», en MIRÓ, FERNANDO/FUENTES, JOSÉ LUIS (Dirs.), *El Derecho penal ante “lo empírico”*, Marcial Pons, 2021, pp. 281 ss.).

²² Hasta donde alcanzo la única referencia se encuentra en la STS 985/2022 de 21-12-2022, donde se dice textualmente que «La justificación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable se encuentra en razones de justicia, ya que es contrario a elementales criterios de justicia que se siga aplicando una ley reconocida como demasiado severa». Por tanto, como decíamos, se vincula este principio a razones de proporcionalidad de la pena, no de seguridad jurídica o legalidad.

²³ Me pregunto: si una futura reforma penal agrupara los delitos de hurto y robo en una nueva figura delictiva que siguiera llamándose robo, y fruto de tal agrupación la pena mínima del nuevo delito de robo fuera la anterior pena del hurto (6 meses de prisión), ¿revisarían nuestros tribunales todas las condenas por delito de robo aplicándole la nueva pena mínima? Lo dudo mucho.

Editorial***No lo tires, repáralo***

-

El pasado 22 de marzo, la Comisión Europea publicó la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes (COM (2023) 155 final). La Propuesta se anunció en Plan de Acción para la Economía Circular que la Comisión Europea (COM/2020/98/final) publicó en el mes de marzo de 2020. El Plan es una de las actuaciones que impulsa la Comisión Europea para cumplir con los objetivos de mercado interior previstos en el *European Green Deal*, el Pacto Verde Europeo.

La Propuesta, en el contexto referido, contribuye a los objetivos medioambientales de la Unión Europea. Es, así se reconoce en la memoria que acompaña a la Propuesta, un instrumento adicional al resto de proyectos normativos europeos para conseguir la necesaria neutralidad climática de la Unión. Un objetivo que el Pacto Verde Europeo se propone alcanzar en el año 2050 y que nos compromete a todos. El texto tiene, sin embargo, una significación adicional a la de otras iniciativas promovidas por la misma Comisión Europea en materia de sostenibilidad o protección del medio ambiente. Sus disposiciones evidencian la relevancia del derecho de contratos para la consecución de ese objetivo y la importancia de los mecanismos contractuales para conseguir una economía sostenible.

La Propuesta es, de hecho, un complemento de la Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de la compraventa de bienes, por la que se derogó la Directiva 1999/44. El objetivo de la Propuesta es promover (así se indica en su título) la reparación de los bienes muebles tangibles y de los «bienes muebles con servicios digitales» a los que se dedica la Directiva 2019/771. La manera de promover la reparación que han encontrado los promotores de la Propuesta consiste en facilitar, *sine die*, la reparación de los bienes adquiridos por los consumidores. Frente a estos, el vendedor es responsable de las faltas de conformidad que se manifiesten en el bien durante el plazo legal de garantía (cfr. artículo 10 de la Directiva 2019/771). En ese caso, los consumidores perjudicados están facultados para exigir las que el artículo 13 de la misma Directiva 2019/771 denomina «medidas correctoras». Unas medidas que, por razones tan intuitivas como lógicas, priorizan la reparación (que puede implicar en algunos casos la sustitución del bien), respecto de la reducción del precio o, en última instancia y como remedio de último recurso por sus negativos efectos económicos, la resolución del contrato por incumplimiento. Una jerarquía de remedios que en nuestro derecho escalonan los previstos en los artículos 118 y 119 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Los primeros (reparación y sustitución) son mecanismos para remediar la falta de conformidad. Los segundos son medios paliativos del incumplimiento (reducción del precio y resolución). La norma, de nuevo, insiste en la preferencia legal por la

reparación frente a otros medios de satisfacción a disposición del perjudicado.

Todo eso es conocido y se beneficia de la inercia que supuso la promulgación y posterior adaptación a los derechos nacionales de los Estados miembros de la Directiva 1999/44, cuya derogación fue objeto de análisis en una [editorial](#) anterior de esta misma revista. Todo ello, sin embargo, es de aplicación (da lugar a pretensiones tutelables por los tribunales) durante el plazo legal de garantía de los bienes.

La Propuesta es ambiciosa en sus objetivos de sostenibilidad y algo más comedida en los medios jurídicos en que confía. El objetivo confesado es que la reparación siga siendo el remedio primario para subsanar los vicios (tal es la expresión que emplea el artículo 1.2 de la versión española de la Propuesta) que se produzcan o manifiesten tras la expiración del plazo legal de garantía del artículo 10 de la Directiva 2019/771.

Esa extensión temporal obliga, sin embargo, a introducir cambios en el régimen jurídico de esa reparación *post-garantía* que configura la Propuesta. Para empezar, el obligado ya no es en vendedor que proveyó el producto y que ha estado obligado a la reparación, de manera primordial, durante el plazo de garantía. Tras la finalización de ese plazo, conforme al artículo 5 de la Propuesta, los obligados a reparar son, por este orden, el productor, su representante autorizado (figura que gana un protagonismo creciente en varias de las recientes propuestas de la Comisión en materia de venta y suministro de bienes de consumo), el importador del producto si no hay representante autorizado y, en ausencia de todos los anteriores en la Unión Europea, el distribuidor. Una previsión, esta última, que puede involucrar en el proceso de reparación *post-garantía* a las plataformas digitales.

La reparación ya no es imperativamente gratuita, como lo es durante el plazo legal de garantía en el régimen legal de las compraventas mobiliarias de consumo. El productor (o quienes haya de reparar en su lugar) puede cobrar por el servicio. También puede negarse a reparar «cuando la reparación sea imposible». Expresión que se contiene en el artículo 5.1 de la Propuesta y cuyo laconismo, si no se corrige, dará lugar a problemas prácticos que podría evitar una mejor técnica legal. Tal y como se plantea, no está claro si la imposibilidad es objetiva o subjetiva o si puede obedecer a criterios de razonabilidad económica. Convendría reparar la Propuesta de Directiva sobre reparación en ese aspecto durante el proceso de aprobación.

En todo caso, y a diferencia de lo que sucede con los remedios contractuales frente a la falta de conformidad en las compraventas de referencia, el titular del bien no dispone exactamente de una facultad o pretensión a la reparación, aunque la renuncia en el contrato de compraventa a la reparación *post-garantía* deberá declararse nula conforme al artículo 10 de la Propuesta.

El objetivo de la Propuesta es más modesto. Traslada a los Estados miembros la obligación de «velar» para que «a petición del consumidor», el productor (o quien corresponda en su lugar) repare el producto. Las expresiones transcritas proceden del artículo 5 de la Propuesta. Esa obligación de los Estados miembros se concreta en la Propuesta en la previsión de un sistema centralizado de información sobre reparadores, a través de una plataforma en línea sobre «reparaciones y bienes sujetos a reacondicionamiento», en el artículo 7 de la Propuesta. Esa información debe facilitar la conclusión de un «contrato de prestación de servicios de reparación» con unas especialidades tan marcadas en el artículo 7 de la Propuesta que puede acabar siendo una categoría específica de contrato de servicios.

Más modesto en términos contractuales, pues la Propuesta desvincula el contrato de compraventa de los avatares de la reparación *post-garantía*. La opción tiene sentido económico, pues limita los efectos de las garantías legales en la oferta y precio de los bienes. También tiene sentido jurídico, pues el ámbito de los remedios debe vincularse al del contrato en cuya virtud son exigibles, en lo temporal y en lo material. Es más discutible, quizá, desde el punto de vista estrictamente medioambiental o de sostenibilidad o de lucha contra los efectos de la obsolescencia de los bienes. La solución no es fácil, hay que reconocerlo y la Propuesta es un intento plausible. Acaso por las dificultades de acomodar la conveniencia de la reparación *post-garantía* con las dificultades para elevarla a la categoría de una pretensión a disposición de los consumidores, el artículo 11 de la Propuesta obliga a los Estados miembros a establecer un régimen de sanciones a los obligados a reparar por la infracción de los deberes de promoción de la reparación que impone el texto. Un texto, el de la Propuesta, que en su artículo 3 prevé – propone – que sea de armonización máxima (aunque la cuantía de las sanciones se concretará por cada norma nacional y esa diversidad puede frustrar los objetivos que se pretenden conseguir).

Carlos Gómez Ligüerre

¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos?

Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495).

Sumario

Desde hace años, es lugar común en la doctrina reivindicar la reforma del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos. La Unión Europea, tras años de trabajo en ese sentido, ha propuesto una nueva Directiva que sustituye la de 25 de julio de 1985 actualmente vigente. En el trabajo se analizan críticamente los cambios introducidos en esta Propuesta que afectan prácticamente a todos los elementos de la responsabilidad: sujetos responsables, concepto de producto y de defecto, relación de causalidad, daños indemnizables y causas de exoneración. Y, sobre todo, el objetivo de estas líneas es valorar cuáles de esas modificaciones cumplen la finalidad de adaptar las normas de responsabilidad civil por productos a los daños que, fruto de la inteligencia artificial, de la robótica y del Internet de las cosas, pueden presentarse en la sociedad actual y cuáles, por el contrario, deberían todavía ser repensadas para mejorar el texto que finalmente resulte aprobado.

Abstract

For years, it has been a common place in the doctrine to demand the reform of the civil liability regime for defective products. The European Union, after years of work in this regard, has proposed a new Directive that replaces the one of July 25, 1985, currently in force. The work critically analyzes the changes introduced in this Proposal that affect practically all the elements of liability: responsible subjects, concept of product and defect, causal relationship, compensable damages and causes of exoneration. And, above all, the objective of these lines is to assess which of these modifications meet the purpose of adapting the rules of civil liability for products to the damages that, as a result of artificial intelligence, robotics and the Internet of things, can be presented in today's society and which, on the contrary, should still be rethought to improve the text that will finally be approved.

Title: *A new liability for defective products? Notes to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for damages caused by defective products of September 28, 2022 (COM/2022/495)*

Palabras clave: Responsabilidad civil, Daños causados por productos defectuosos, Responsabilidad objetiva, Concepto de producto defectuoso, Robots e inteligencia artificial, La causalidad y sus presunciones, Causas de exoneración de la responsabilidad, Riesgos de desarrollo, Daños indemnizables.

Keywords: *Civil liability, Damages caused by defective products, Strict liability, Concept of defective product, Robots and artificial intelligence, Causation and its presumptions, Causes of exoneration from liability, Development risks, Compensable damages.*

DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.01

2.2023

Recepción
24/01/2023

-

Aceptación
08/03/2023

-

- 1. La necesaria reforma de la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos**
- 2. El fundamento objetivo de la responsabilidad**
- 3. Ámbito subjetivo de aplicación: sujetos protegidos**
- 4. El concepto de producto**
- 5. El concepto de defecto**
- 6. Sujetos responsables**
 - 6.1. La necesidad de ampliar el elenco de sujetos responsables
 - 6.2. Operadores económicos responsables de los productos defectuosos en la Propuesta de Directiva
 - a. Fabricantes, importadores y distribuidores
 - b. El representante autorizado del fabricante
 - c. El prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia
 - d. Sujetos que modifican el producto con posterioridad a su introducción en el mercado o a su puesta en servicio
 - e. Proveedores de plataformas en línea
 - 6.3. Concurrencia de sujetos responsables en la causación del daño. La intervención de terceros y de la propia víctima
- 7. La prueba del defecto y de la relación de causalidad entre éste y el daño irrogado**
 - 7.1. Problemas y propuestas de solución
 - 7.2. Modificaciones en materia de prueba introducidas en la Propuesta de Directiva
 - a. Consideraciones generales
 - b. La exhibición de pruebas
 - c. Las presunciones del defecto y/o de la relación de causalidad entre éste y el daño
- 8. Los daños indemnizables**
- 9. Las causas de exoneración de la responsabilidad**
- 10. Plazos para la interposición de la acción indemnizatoria y plazos de delimitación temporal de la responsabilidad**
- 11. A modo de conclusión**
- 12. Bibliografía.**

-

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

1. La necesaria reforma de la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos*

La necesidad de reformar el régimen actual de la responsabilidad civil derivada de productos defectuosos no es una preocupación reciente en la Unión Europea. Al contrario. Hace ya años que en su agenda está el propósito de modificar la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985¹, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (en adelante, DRPD).

Las razones son fácilmente comprensibles. Como ya advirtió la Comisión Europea en su Informe de 2018 de evaluación de la DRPD², «los problemas a los que nos enfrentamos en la actualidad difieren en cierta medida de los que existían en el mundo predominantemente analógico de 1985. Nos encontramos inmersos en otra revolución tecnológica. La economía y los propios productos están aumentando gradualmente su interconexión, su digitalización, su autonomía y su inteligencia. Necesitamos una respuesta coherente y global ante estos retos, tal como se describe en la iniciativa sobre inteligencia artificial».

Efectivamente, la irrupción en el mercado de la inteligencia artificial, de la robótica y del Internet de las cosas ha puesto de relieve las deficiencias que presenta la Directiva vigente. Por de pronto, la dificultad de considerar productos, según la definición actual, a sistemas dotados de inteligencia artificial, y, por ende, de autonomía y capacidad de autoaprendizaje, que además actúan interconectados, son complejos, opacos y resultan especialmente vulnerables a ciberataques³. Esas características evidencian los problemas para identificar a los posibles sujetos responsables, y, sobre todo, los que las víctimas tienen para probar el defecto y la relación de causalidad entre éste y los daños, tal y como impone la DRPD, amén de que, en muchos casos, dichos daños son nuevos y de difícil encaje en la regulación actual (piénsese, por ejemplo, en la pérdida de datos)⁴.

Por todas esas razones no ha habido sorpresa alguna en la publicación, el 28 de septiembre de 2022, de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Hacia una protección del cliente más global». AICO GV-2019. Generalitat Valenciana.

¹ DOCE, núm. 210, de 7 de agosto de 1985, pp. 29-33.

² COMISIÓN EUROPEA, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (85/374/CEE)», 7 mayo 2018, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0246&from=FR>. (Fecha consulta: 04.11.2022).

Se trata del último de los cinco Informes de evaluación que se han sucedido desde el año 1995 hasta la actualidad (un resumen de todos ellos puede verse en EUROPEAN PARLIAMENT, «Aligning the Product Liability Directive with the circular economy and emerging technologies. Revision of Directive 85/374/EEC», 24 octubre 2022, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/734683/EPRS_BRI\(2022\)734683_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/734683/EPRS_BRI(2022)734683_EN.pdf)., pp. 3-4). (Fecha consulta: 12.11.2022).

³ Realizo un análisis detallado de estas notas características de los sistemas inteligentes en ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 53-67.

⁴ Un examen de las deficiencias de la DRPD, recogidas en los distintos Informes de la Comisión Europea, puede verse en EUROPEAN PARLIAMENT, «Aligning the Product Liability...», cit., pp. 6-7.

por daños causados por productos defectuosos (COM/2022/495)⁵ (en adelante, Propuesta de Directiva sobre RPD o simplemente Propuesta de Directiva). De consolidarse como texto definitivo, podría decirse que se culminaría un largo proceso, en el que se han elaborado multitud de instrumentos y de documentos, donde se han denunciado los cambios necesarios en la regulación presente⁶. Proceso en el que también han sido tenidas en cuenta las opiniones de las partes implicadas (productores y consumidores, principalmente, pero también de la sociedad civil en general): dos consultas públicas, una entre enero y abril de 2017 y otra entre octubre de 2021 y enero de 2022, en las que se ha podido comprobar que también la mayoría de los consultados entiende necesaria la adaptación de la Directiva a la inteligencia artificial, a la robótica y al internet de las cosas⁷.

La sorpresa, si es que ha sido tal, puede haber venido por el hecho de que la Comisión Europea no se ha limitado a modificar los preceptos de la DRPD, sino que ha optado por su sustitución por una nueva Directiva. La razón es explicada en la exposición de motivos de la Propuesta: son tantos y de tal calado los cambios introducidos en prácticamente todos los artículos, que se ha considerado inadecuado llevar a cabo un acto de refundición o de simple reforma⁸.

La proyectada sustitución de la DRPD va acompañada de otra Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, (COM/2022/496)⁹ (en adelante, Propuesta de Directiva sobre

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52022PC0495>, pp. 6-7.

⁶ Destaca el Informe del *Expert Group on Liability and New Technologies Formation*, «Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies», Publications Office, 21 noviembre 2019, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/TURI/DV/2020/01-09/AI-report_EN.pdf (en adelante, Informe del Grupo de Expertos de 2019). (Fecha consulta: 04.11.2022). Y también, especialmente interesantes han sido las aportaciones del *European Law Institute* (conocido por sus siglas en inglés, ELI, que utilizaré en lo sucesivo): *Response of the European Law Institute (ELI) to the Public Consultation of the European Commission on Civil Liability. Adapting liability rules to the digital age and artificial intelligence*, (autores: KOCH, BORGHETTI, MACHNIKOWSKI, Piotr, PICHONNAZ, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, TWIGG-FLESNER, WENDEHORST), 10 enero 2022, disponible en https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_to_Public_Consultation_on_Civil_Liability.pdf. (Fecha consulta: 04.11.2022); y «Draft of a Revised Product Liability Directive. Draft Legislative Proposal of the European Law Institute», agosto de 2022), disponible en www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Draft_of_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf. (Fecha consulta: 04.11.2022).

⁷ Así, en la consulta pública realizada en 2017 por la Comisión Europea (EUROPEAN COMMISSION, «Brief factual summary on the results of the public consultation on the rules on producer liability for damage caused by a defective product», 29 de mayo de 2017, disponible en <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/23471>. (Fecha consulta: 10.10.2022).) acerca de si las reglas de responsabilidad por daños causados por un producto defectuoso seguían siendo efectivas y aplicables o, si por el contrario, era necesaria una nueva regulación, dada la aparición de sistemas inteligentes dotados de autonomía, el resultado fue que un 45% de los productores, un 58% de los consumidores y un 44 % de los demás participantes (autoridades y sociedad civil) consideraron problemática la aplicación de la Directiva sin modificaciones.

En la consulta de 2018 los resultados fueron similares: la mayoría de los productores y empresarios todavía entienden que la Directiva sigue siendo adecuada para enfrentar esos cambios tecnológicos, mientras que las organizaciones de consumidores y ONGs optan por una completa revisión de la Directiva. Un examen de los resultados de esta consulta pública puede verse en ELI, *Response...*, cit., p. 7.

⁸ La misma justificación se da en el considerando 5 de la Propuesta de DRPD, donde puede leerse: «Habida cuenta de la amplitud de las modificaciones que serán necesarias y en aras de la claridad y la seguridad jurídica, la Directiva 85/374/CEE debe derogarse y sustituirse por una nueva Directiva».

⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0496>.

responsabilidad civil e inteligencia artificial), publicada también el 28 de septiembre de 2022, que en cierto modo complementa a la que es objeto de estudio en estas líneas. Y ello porque, como advierte la exposición de motivos de esta última, ambas se adoptan en «un paquete destinado a adaptar las normas de responsabilidad a la era digital y a la inteligencia artificial, garantizando la necesaria armonización entre estos dos instrumentos jurídicos complementarios». En ese sentido, la Comisión Europea reconoce que ha adoptado «un enfoque holístico en su política de responsabilidad en materia de inteligencia artificial», y que ambas iniciativas están estrechamente vinculadas y forman un paquete cuyo objetivo principal ha de ser conseguir un sistema general de responsabilidad civil eficaz frente a las víctimas. Sin embargo, la Propuesta de Directiva sobre DRPD tiene un ámbito de aplicación distinto a la dictada sobre responsabilidad civil e inteligencia artificial por cuanto se refiere a cualesquiera tipos de productos, y no sólo a aquéllos dotados de inteligencia artificial, aunque, también a diferencia de aquella, exige que aquéllos adolezcan de un defecto.

En las páginas que siguen daré cuenta de los principales cambios introducidos en la Propuesta de DRPD con el objetivo de averiguar si cumplen la finalidad perseguida: adaptar el régimen vigente a los daños que, fruto de las nuevas tecnologías y de los sistemas inteligentes, pueden presentarse en la sociedad actual, y corregir las deficiencias que, en ámbitos como el de la prueba y de los daños indemnizables, entre otros, presenta, con carácter general, la actual Directiva. O si, por el contrario, hay que concluir que es conveniente repensar todavía algunas de las modificaciones propuestas a fin de mejorar el texto que finalmente resulte aprobado.

2. El fundamento objetivo de la responsabilidad

El régimen de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos se rige, tradicionalmente, por las reglas de la responsabilidad objetiva o sin culpa, con lo que la actuación diligente de los sujetos llamados a responder no puede ser tomada en consideración a la hora de exonerarles de responsabilidad.

El fundamento objetivo de la responsabilidad se mantiene en la Propuesta de Directiva, de forma coherente a lo que advirtió la Comisión Europea en su Informe de 2018¹⁰, donde concluyó que «el principio general de responsabilidad objetiva se mantendrá sin cambios». De hecho, también la doctrina ha abogado siempre por no alterar dicho fundamento¹¹.

Sin embargo, para intentar conseguir un reparto equitativo del riesgo y para que esta responsabilidad no sea tan estricta que suponga un freno a las inversiones, los sujetos llamados a responder pueden exonerarse si acreditan la concurrencia de una serie de circunstancias, que serán analizadas en el epígrafe 9, al que ahora me remito. Algunas de ellas, como las basadas en los riesgos del desarrollo, introducen, sin embargo, notas culpabilísticas en su apreciación, a pesar de que, como también explicaré, la jurisprudencia del TJUE da una interpretación

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA, «Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo...», cit.

¹¹ Por todos, véase: MUÑOZ GARCÍA, «Adaptar o reformular la Directiva 85/374, sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos a la inteligencia artificial», *Diario La Ley*, nº 59, Sección Ciberderecho, 1 marzo 2022, p. 12.

correctora a esa causa de exoneración con la finalidad de que no se pierda el fundamento objetivo de esta responsabilidad.

3. **Ámbito subjetivo de aplicación: sujetos protegidos**

Uno de los aspectos más relevantes que ha de resolver el nuevo régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos es el de a quién va destinado. Es decir, qué sujetos pueden pretender ser resarcidos conforme a sus normas y no con base en regímenes generales (y no armonizados) de responsabilidad civil.

La vigente Directiva, en su texto articulado, se refiere al «perjudicado» que ha sufrido daños a consecuencia de un producto defectuoso, con independencia, pues, de que sea una persona física o jurídica. Es más, actualmente se entiende que el régimen de responsabilidad por productos defectuosos no protege únicamente a los consumidores finales¹², aunque en el caso de los daños causados a los bienes, como sólo se indemnizan los que no sean de uso profesional o empresarial, resultará muy difícil su aplicación a quienes no actúen como consumidores¹³.

En la Propuesta de Directiva, sin embargo, el art. 1, al definir su objeto, dice que va destinada a establecer las normas para que *las personas físicas* puedan exigir la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Por consiguiente, hay una clara exclusión de las personas jurídicas como legitimadas activamente para reclamar este tipo de indemnizaciones¹⁴. Esta exclusión puede considerarse criticable y resultar injustificada, con lo que sería deseable que fuera corregida antes de que se apruebe el texto definitivo¹⁵.

Además, a lo que parece, a lo largo de todo el texto articulado, la Propuesta de Directiva parte de la equiparación entre personas físicas y consumidores, que, seguramente, se ha visto

¹² Por todos, véase: MARTÍN CASALS, «Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual. A propósito de los sistemas de inteligencia artificial (IA)», en PÉREZ JUAN/ SANJUÁN ANDRÉS, *La cultura jurídica en la era digital*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 114.

¹³ Lo explica muy bien: PARRA LUCÁN, «Responsabilidad civil por productos defectuosos», en REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, parte general, 4ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 1173: «no se protege, por tanto, solo a consumidores finales. Lo que sucede, sin embargo, es que, dado el ámbito de protección previsto en la Ley, por lo que a los daños cuyo resarcimiento se contempla, la indemnización de los daños originados por bienes de producción se limitará a los personales. Porque con ocasión del empleo de un bien de producción raramente se ocasionarán daños en bienes destinados al «uso o consumo privado» y utilizados principalmente en tal concepto, como exige el art. 129. No es que solo se indemnicen los daños materiales procedentes del consumo privado, pero sí puede afirmarse que solo se protegen las cosas de consumo privado. Por ejemplo, imaginemos que una máquina defectuosa empleada en el proceso de producción de una fábrica origina un cortocircuito y el consiguiente incendio. Se trata de un bien de producción y la víctima no es un consumidor en el sentido de destinatario final, tal y como exigía, por ejemplo, el art. 1 en relación con el capítulo VIII de la Ley de consumidores, sino que actúa en el ámbito de su actividad empresarial o profesional, en la terminología del art. 3 del TRLGDCU. En principio, es aplicable el régimen de responsabilidad previsto para los daños por productos. Pero sólo para el resarcimiento de los daños a que se refieren los arts. 129 y 142 del TRLGDCU. No, por ejemplo, para los daños en las instalaciones en la fábrica, o para las pérdidas de materias primas o de producción almacenadas. Para reclamar la indemnización de estos daños la víctima debería reclamar conforme a las reglas generales de responsabilidad».

¹⁴ Se aparta así de lo dispuesto por el ELI, *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 15, que incluye como perjudicados tanto a las personas físicas como jurídicas.

¹⁵ También critica la exclusión de las personas jurídicas: GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *InDret*, nº4, 2022, Editorial, p. II. (Fecha consulta: 03.1.2023).

influenciada por la noción de consumidor, como persona física, que da la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011¹⁶, sobre los derechos de los consumidores, cuya finalidad es otorgarles una protección especial¹⁷. Sin embargo, hay que reconocer que la coincidencia entre personas físicas y consumidores, aunque frecuente, no deja de ser circunstancial. A veces las primeras actúan como empresarios o profesionales y también hay casos en que los consumidores son personas jurídicas; esto último sucede en nuestro Derecho, donde el art. 3 TRLGDCU considera que lo son las entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Pero es que, además, como acabo de señalar, la doctrina y la jurisprudencia admiten que la finalidad de la DRPD no es sólo proteger a los consumidores, sino al mercado en general, intentando, para su buen funcionamiento, que esos daños irrogados por los productos defectuosos no queden sin indemnizar¹⁸.

Por otra parte, la limitación del ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos a los daños sufridos por las personas físicas, con exclusión de las jurídicas, podría considerarse discordante con la propia regulación del daño indemnizable contenida en la Propuesta de Directiva. Como después explicaré, de forma loable, el legislador ha tenido a bien ampliar el abanico de daños indemnizables e incluir también los llamados daños «mixtos», que son aquellos que se irrogan en bienes que no se destinan exclusivamente al consumo o uso privados. Así las cosas, no tiene sentido ampliar por un lado los daños a indemnizar incluyendo también usos en parte profesionales o comerciales, y restringir, por otro, la legitimación para pedir su resarcimiento.

4. El concepto de producto

El art. 2 DRPD, en su redacción actual, considera producto «cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble. También se entenderá por “producto” la electricidad»

El problema del concepto producto que acoge la actual DRPD es su aplicación a bienes intangibles, como el *software* que no está incorporado a un bien corpóreo (si lo estuviera, como en el caso de los robots físicos, entraría sin problemas en la noción de producto)¹⁹. La doctrina ha intentado salvar esa dificultad y ha buscado argumentos para dar una interpretación amplia a la noción de producto que incluya también los bienes de la era digital que no tienen un soporte

¹⁶ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 304/64, 22 noviembre 2011.

¹⁷ El art. 2. 1 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, define al consumidor como «toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión».

¹⁸ Cita esta jurisprudencia el *ELI Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 17. En la doctrina, por todos, puede verse: MARTÍN CASALS, «Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual...», cit., p. 114.

¹⁹ La doctrina advierte que no hay ningún problema en que se dé la calificación de producto a sistemas inteligentes, como robots que son bienes corpóreos a los que se les incorpora un programa de ordenador, puesto que recibirían en su conjunto el tratamiento de bienes muebles. De hecho, es habitual es que el sistema inteligente virtual cuente con cierto soporte físico, cualquiera que este sea, para ser guardado, copiado o transmitido, o simplemente ser bajado de la red, con lo que, desde luego, no habría duda en que, desde el momento en que es incorporado a una estructura física, puede ser considerado producto. Estudio con más detalle este tema en ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial...*cit., pp. 141-151.

material²⁰. A pesar de eso, y para evitar equívocos, es lugar común solicitar un cambio en la definición de producto para que pueda aplicarse, sin lugar a dudas, a los sistemas inteligentes no corpóreos²¹. Así, la propia Comisión Europea, en el Informe²² que acompaña a su Libro Blanco de 19 de febrero de 2020²³ (en adelante, Libro Blanco de 2020), propugnó, para evitar problemas en la aplicación de la normativa de productos defectuosos, la necesidad de cambiar el concepto de producto para incluir también el *software* o los sistemas inteligentes no tangibles.

La Propuesta de Directiva, como era de esperar, ha ampliado el concepto de producto para que pueda ser aplicado a los bienes intangibles, acomodándose así a la era digital (como aclara el considerando 12). Sin embargo, la técnica legislativa resulta criticable y la definición del producto no es lo clara que sería de desear, como ahora se verá.

Por de pronto, el concepto de producto lo da el art. 4, que es un precepto destinado a «definiciones» en general. Es fácilmente objetable que algo tan importante como la delimitación de lo que es o no un producto no haya merecido un precepto autónomo e independiente (como, por otra parte, contempla la Directiva actual)²⁴. Pero es que, además, el propio concepto de producto que da el art. 4.1 es susceptible de ser mejorado. Dice el precepto que lo es «cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble; por “producto” se entiende también la electricidad, los archivos de fabricación digital y los programas informáticos». Sin embargo, el precepto -de nuevo con una técnica legislativa

²⁰ Son muchos los argumentos para entender que, a los efectos de la aplicación de la DRPD, el *software* que no está incorporado a un bien corpóreo, puede ser considerado producto; entre otros, cabría considerar los siguientes: 1) el *software* recibe esa calificación en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, con lo que se le considera bien mueble, y lo mismo ocurre en la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes; 2) hay distintos Reglamentos Europeos que tratan el *software* como producto: Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, y Reglamento (UE) 2017/746 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios *in vitro*; 3) alguna jurisprudencia califica el *software* de productos y no de servicio (la STS (Civil) 13 enero 2015 (RAJ 2015, 612), que se pronunció sobre un accidente de dos aviones con *software* dotado de inteligencia artificial y lo consideró producto a los efectos de la aplicación de la DRPD; 4) el Informe del Grupo de Expertos de 2019 señala expresamente que el régimen de productos defectuosos puede aplicarse a los sistemas de inteligencia artificial, independientemente de que tengan forma tangible o forma digital. Realizo un examen detallado de estos argumentos en ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial...cit.*, pp. 141-151.

²¹ Son tantos los autores que han propuesto la modificación del concepto de producto para adaptarlo a la inteligencia artificial, que resulta imposible su cita exhaustiva; entre otros: ORTIZ FERNÁNDEZ, *La responsabilidad civil derivada de los daños causados por sistemas inteligentes y su aseguramiento*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 64; ELIZALDE SALAZAR, *Vehículos autónomos. Responsabilidad civil y seguro*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 179.

²² COMISIÓN EUROPEA, «Informe sobre las implicaciones de la inteligencia artificial, del internet de las cosas y de la robótica, en la responsabilidad civil y en las normas de seguridad de los productos», Anexo al Libro Blanco, 19 de febrero de 2020, (COM (2020) 64 final), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0064>. (Fecha consulta: 04.10.2022). Por su parte, el ELI, *Response...*, cit., p. 10, insiste en que se amplíe la noción de producto y que contemple de forma expresa no solo los productos tangibles con elementos digitales, sino también los productos puramente digitales.

²³ COMISIÓN EUROPEA, «Libro Blanco sobre la inteligencia artificial -un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza», 19 febrero 2020» COM(2020) 65 final, disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf. (Fecha consulta: 04.10.2022).

²⁴ En el mismo sentido: GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», cit., p. IV, señala que «la cuestión central a este régimen, el concepto de producto se resuelve en el apartado de definiciones que se contiene en el extenso artículo 4 de la Propuesta. No parece la mejor técnica legislativa».

Hay que destacar, sin embargo, que en la Directiva que propone el ELI, *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 11, el concepto de producto también se incluye en el apartado de definiciones.

mejorable- no define qué hay que entender por «programas informáticos»; hay que acudir a los considerandos, en particular, al número 12, que, sin definirlos, nos da ejemplo de algunos que lo son, en particular: los microprogramas, los programas de ordenador, las aplicaciones o los sistemas de inteligencia artificial²⁵. La justificación de la inclusión de los programas informáticos en el concepto de producto es que son cada vez más importantes en el mercado y tienen un papel fundamental en la seguridad de los productos. La Comisión Europea ha acogido así la reivindicación común, a la que antes me referí, de que los programas informáticos sean considerados productos, independientemente de si están almacenados en un dispositivo físico o se accede a ellos a través de tecnologías de la nube.

Sin embargo, la Propuesta de Directiva es más restrictiva de lo que sería de desear respecto a la ampliación del concepto de producto. Y, lo que es peor, las restricciones no aparecen en el texto articulado, sino en los considerandos, con lo que -una vez más- la técnica legislativa parece mejorable. Así, el número 12 puntualiza que no puede considerarse producto el código fuente de los programas informáticos, porque es pura información. Ni tampoco, según señala, debe aplicarse la Directiva propuesta a los programas informáticos libres y de código abierto (los llamados *open systems*) desarrollados fuera del ámbito de una actividad comercial y que se comparten abiertamente. El motivo de esta última exclusión, según la Comisión Europea, es que se obstaculizaría la innovación o investigación. En cambio, cuando esos mismos programas se suministran a cambio de un precio y en el transcurso de una actividad comercial sí debe aplicarse la Propuesta de Directiva. La justificación de la distinción parece poco convincente: no se entiende por qué no se produce un freno a la inversión en investigación en estos últimos programas y sí en el de los *open systems*²⁶. Seguramente, hay motivos que justifican mejor la exclusión que los que apunta la Propuesta de Directiva: en los sistemas de código abierto falta la actividad comercial que se requiere en los sujetos responsables para la aplicación de las normas de responsabilidad civil por productos defectuosos.

En lo que respecta a los archivos de fabricación digital son definidos, en el art. 4.2 de la Propuesta de Directiva, como «una versión digital o plantilla digital de un bien mueble». Según explica su considerando 14, se trata de archivos que «contienen la información funcional necesaria para producir un elemento tangible permitiendo el control automatizado de máquinas o herramientas, como taladros, tornos, molinos e impresoras 3D». Así, siguiendo con uno de los ejemplos propuestos, cabría pensar en el caso de una impresora 3D, que es dirigida de forma automatizada por un archivo, que resulta defectuoso, provocando de esa manera que el producto también lo sea²⁷.

Otra de las novedades importantes de la Propuesta de Directiva es la inclusión de los «servicios digitales conexos». No obstante, se aclara -en el considerando 15- que sólo va a resultar de

²⁵ A pesar de la mención expresa a la inteligencia artificial, NAVAS NAVARRO, «Seguimos necesitando normas de responsabilidad civil en caso de daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo», *Centro de Estudios de Consumo*, Publicaciones jurídicas, octubre 2022, p. 2, critica que no se distinga entre sistemas de alto y de bajo riesgo, y que ni siquiera se dé una definición de lo que es el *software*.

²⁶ Parecidamente, GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», cit., p. IV, señala que la justificación de la exclusión de los sistemas abiertos resulta dudosa, además de discutible porque «no es fácil averiguar de qué modo esa innovación o investigación está ausente en programas que no se ofrecen de manera gratuita o cuyo desarrollo se lleva a cabo por profesionales contratados para ese fin».

²⁷ Como explica GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», cit., p. IV, se trata de programas que permiten que una máquina fabrique algo.

aplicación a los servicios digitales porque éstos son distintos de los servicios no digitales. En consecuencia, el legislador europeo continúa con la idea de que el régimen de responsabilidad civil por los daños causados por servicios en general debe ser distinto al de los productos (por culpa, en el primer caso, y objetiva en el segundo)²⁸. Idea que se ve respaldada por alguna jurisprudencia reciente del TJUE que insiste en el distinto fundamento y régimen jurídico de la responsabilidad por servicios y por productos defectuosos. En ese sentido, puede verse la STJUE 10 junio 2021²⁹, en el conocido como caso Krone, donde se concluyó que la DRPD no resultaba aplicable precisamente porque el daño no fue causado por un producto, sino por la prestación de un servicio. En el supuesto enjuiciado, una persona sufrió daños corporales (fuerte intoxicación cutánea) al haberse aplicado sobre el pie una sustancia (rábano rallado) para aliviar sus dolores reumáticos, en seguimiento de un consejo de salud, que resultó ser inexacto, contenido en un periódico. Según el TJUE ese consejo de salud inexacto, que por su naturaleza constituye un servicio, al incorporarse a un bien mueble corporal (en el caso, un periódico impreso) no le confiere un carácter defectuoso al propio periódico.

Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por «servicios digitales conexos»? Según el art. 4.4 de la Propuesta Directiva, son los integrados o interconectados con el producto de tal manera que su ausencia le impida desempeñar sus funciones. Como ejemplo, el considerando 15 pone el del suministro continuo de datos de tráfico en un sistema de navegación.

Los servicios digitales conexos reciben el tratamiento de componentes del producto al que están interconectados; para ello, es necesario que estén bajo el control del fabricante, puesto que, al igual que los componentes físicos, determinan su seguridad. Ese control, según el art. 4.5 de la Propuesta de Directiva, significa que el fabricante ha autorizado que un tercero realice la integración, interconexión o suministro de esos componentes, incluidas las actualizaciones o mejoras de programas informáticos. Así, según el considerando 15 de la Propuesta de Directiva, puede suceder que el propio fabricante los suministre o también que los recomiende o influya de algún modo en su suministro por parte del tercero. Si no estuvieran bajo el control del fabricante, la responsabilidad no sería de éste sino de quien fabrica el componente, pero a los efectos de considerar el producto como defectuoso, ese dato resulta irrelevante³⁰.

Así las cosas, componentes del producto, en el régimen propuesto, son los bienes tangibles o intangibles (como los programas informáticos) o los servicios conexos integrados en un producto

²⁸ También el ELI, *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 10, en su propuesta insiste en que la regulación de productos defectuosos no ha de aplicarse a los servicios, y recuerda que para éstos el régimen sigue siendo el de la responsabilidad por culpa, en tanto en cuanto no se modifique (los intentos hasta este momento han sido infructuosos).

No obstante, para GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», cit., p. V, la inclusión de los servicios digitales conexos evidencia «la necesaria superación de la distinción clásica entre producto y servicio, entre transmisión de bienes y prestación de una actividad. Con todas las complejidades que supone en términos de responsabilidad».

²⁹ Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=242561&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1675921>. (Fecha consulta: 03.02.2023).

³⁰ Por ello, para GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», cit., p. V, «la Propuesta de Directiva obvia los efectos legales que pudiera tener que el programa informático que asiste al funcionamiento del producto se encuentre incluido en él (*emmedded*) o haya sido instalado desde fuentes ajenas al fabricante del producto (*stand alone*). Esa distinción puede afectar a la identificación de sujetos responsables, pero no a la consideración del producto como defectuoso».

o interconectados con él por el fabricante o bajo el control de éste³¹. La noción parece inspirada en la sugerida por el ELI, si bien en ésta se hace referencia a los «elementos digitales»³², cuyo concepto, más amplio, ya ha sido acogido por algunas Directivas³³, como la 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales³⁴, que en su art. 2.3) define los «bienes con elementos digitales» como: «todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones». Como apunta el ELI, preceptos como éste consiguen limitar la definición «contenido digital», que resulta muy amplia, a la de «contenido digital funcional», esto es, al *software* y a las aplicaciones funcionales sin los que el bien no podría funcionar, y sería deseable que el texto definitivo de la Directiva los acogiera³⁵.

Por otro lado, como puede verse, la Propuesta de Directiva no contempla los «datos» propiamente dichos dentro de la definición de producto, aunque se trata de una cuestión controvertida: los datos son un componente fundamental para el funcionamiento de los sistemas inteligentes, que muchas veces, actúan interconectados. Así, puede ocurrir que el defecto que ocasiona el daño haya sido causado por unos datos incorrectos, incompletos o defectuosos (piénsese, por ejemplo, que introduzcan sesgos discriminatorios)³⁶. La dificultad de su calificación como productos reside en que son difíciles de apropiación puesto que fluyen libremente por Internet y pueden reproducirse sin trabas³⁷. Además, en realidad, los defectos de los datos pueden ser de diversa índole y no pueden, por tanto, ser reconducidos a una categoría única; de hecho, pueden ser defectuosos en sí mismos o haber sido recopilados incorrectamente por sensores del propio sistema inteligente; incluso, puede suceder que sean procesados de manera inexacta por múltiples causas (por ejemplo, por defectos originales en el manejo de esos datos, o por una incorrecta categorización realizada por el propio sistema inteligente con capacidad de

³¹ Así lo contempla el art. 4.3, al definir el «componente» como «*cualquier artículo, tangible o intangible, o cualquier servicio conexo, que está integrado en un producto o interconectado con él por el fabricante de ese producto o que esté bajo su control*».

³² El ELI lo propuso en *Response...*, cit., p. 12. Por ello, en su evaluación posterior de la Propuesta de Directiva, considera que la definición de producto sigue siendo incompleta (*ELI Feedback on the Commission's proposal for a revised product liability Directive*, 9 diciembre 2022, disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_on_the_EC_Proposal_for_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf). (Fecha consulta: 03.01.2023).

³³ También la Directiva 2019/771/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (*Diario Oficial de la Unión Europea*, L 136/28, 22 mayo 2019), introduce el concepto de «bienes con elementos digitales» e incluye, en el art. 2.5.b), los necesarios para que el sistema desempeñe sus funciones. Aunque la Directiva no es aplicable a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, sí se aplica a los contenidos o servicios digitales incorporados a los bienes o interconectados con ellos, con independencia de si son suministrados por el vendedor o por un tercero, o de si están preinstalados en el momento de la celebración del contrato de compraventa o deban instalarse posteriormente, pues lo determinante es que la obligación de suministrar un contenido o un servicio digital nazca de un contrato de compraventa, aspecto que, ante la duda, se presume que se cumple (art. 3 Directiva 2019/771).

³⁴ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 136/1, 29 mayo 2019.

³⁵ Así lo propone ELI en *Response...*, cit., p. 12.

³⁶ En ese sentido: LÓPEZ DEL MORAL/QUESADA LÓPEZ/ANTÓN SANCHO, «Inteligencia artificial y responsabilidad civil: ¿es realmente necesario un cambio en el ordenamiento jurídico?», *Diario La Ley*, nº 47, *Sección Ciberderecho*, 29 enero 2021, p. 7.

³⁷ ATAZ LÓPEZ, «Daños causados por las cosas: una nueva visión a raíz de la robótica y de la inteligencia artificial», *Working paper 4/2020*, Universitat de Barcelona, p. 35.

autoaprendizaje)³⁸. Pero también puede ocurrir que los datos se suministren por empresas de servicios constituidas a tal efecto (en estos casos, se ha defendido que no por ello se convierten en «servicios», a los efectos de la aplicación de las normas de responsabilidad civil, puesto que los datos siempre pueden ser considerados parte o componente fundamental del producto)³⁹. Por ello, el ELI propuso que la reforma de la DRPD introdujera una cláusula de exoneración específica para que el fabricante del sistema inteligente pudiera, frente a la reclamación de la víctima, oponer que el daño no se debió al sistema en sí mismo considerado, sino a unos datos proporcionados externamente por un tercero, siempre que se probase que fueron los causantes del daño y que no se esperaba razonablemente que la inteligencia artificial filtrara dichos datos defectuosos⁴⁰. Sin embargo, la Propuesta de Directiva, como decía, no ha acogido esta última propuesta (de hecho, el considerando 12 parece excluir los datos porque puntualiza que la pura información no es producto), con lo que tampoco ha introducido reglas acerca de la imputación de la responsabilidad⁴¹. Sólo toma en consideración a los datos como daños indemnizables, pues su pérdida, como después explicaré, puede resarcirse conforme a la Propuesta de Directiva.

En otro ámbito de cosas distinto al de las nuevas tecnologías, también puede considerarse criticable que la definición de producto propuesta no aclare si los basados en partes del cuerpo humano, como la sangre⁴², células o tejidos, pueden considerarse productos; aunque la opinión mayoritaria los considera incluidos⁴³, quizá sería deseable una indicación al respecto, dados los problemas que ha suscitado esta cuestión en los Estados Miembros.

5. El concepto de defecto

La noción de «seguridad» es el elemento central para determinar la existencia de «defecto» en la Directiva vigente y en la proyectada⁴⁴: el art. 6.1 de la Directiva 85/374 CEE señala que un producto es defectuoso «cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho...»; la misma alusión a la seguridad realiza el art. 6.1 de la Propuesta de Directiva. Ello implica que otro tipo de defectos que no tienen que ver con aquélla, como por ejemplo una merma en la funcionalidad del producto o la falta de aptitud para su uso, se rigen por el régimen de garantías y no por estas normas de responsabilidad civil.

³⁸ Parecidamente: LÓPEZ DEL MORAL/QUESADA LÓPEZ/ANTÓN SANCHO, «Inteligencia artificial...», cit., p. 7.

³⁹ Por todos: ATAZ LÓPEZ, «Daños causados...», cit., p. 35.

⁴⁰ ELI, *Response...*, cit., pp. 12-19; y en el mismo sentido, con anterioridad: *Guiding Principles...*, cit., p. 10.

⁴¹ Por tanto, podría pensarse que en estos casos el régimen aplicable a ese tercero se encuentra en otro lugar, en particular, en la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil e inteligencia artificial, tal y como se deduce de su considerando 11.

⁴² Respecto a las dudas que suscitó si la sangre podía considerarse producto en nuestro Derecho, véase RODRÍGUEZ LLAMAS, «Responsabilidad civil por productos defectuosos», en CLEMENTE MEORO/COBAS COBIELLA (dirs.), *Derecho de Daños*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1410-1472, pp. 1415-1417, quien explica que, a pesar de que hoy día se admite tal calificación, las demandas en este ámbito son muy reducidas porque normalmente las víctimas reclaman a los centros hospitalarios y no a los laboratorios.

⁴³ Por todos: PARRA LUCÁN, «Responsabilidad civil por productos defectuosos», cit., p. 1154.

⁴⁴ Entre otros, acerca de este tema, pueden verse: JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*, McGrawHill, Madrid, 1998, pp. 232 a 237; SOLÉ FELIÚ, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 574; MARÍN LÓPEZ, *Daños por productos: estado de la cuestión*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 28; GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Daños causados por productos defectuosos*, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 79-81, que considera que los defectos de seguridad son «la espina dorsal» de todo el régimen de la responsabilidad civil por productos defectuosos.

Ahora bien, ¿con relación a qué parámetros se mide la seguridad? La norma proyectada y la vigente difieren en que la primera alude a la que «el público en general tiene derecho a esperar» y no a la que «una persona tiene derecho a esperar». Se pretende, de ese modo, que la valoración del carácter defectuoso del producto incluya un análisis objetivo de las expectativas que se generan en el público en general, que no atiende a lo que una persona concreta tiene derecho a esperar (así lo explica el considerando 22)⁴⁵.

La DRPD, para la valoración de la seguridad del producto, atiende en el art. 6.1 a una serie de circunstancias, como son: la presentación del producto; el uso que razonablemente pudiera esperarse del mismo y el momento en que se puso en circulación. Todas ellas son acogidas por la Propuesta de Directiva, aunque las modifica para adaptarlas al nuevo concepto ampliado de producto⁴⁶; y además incluye cinco circunstancias nuevas.

En cuanto a las circunstancias ya contenidas en el art. 6.1 de la Directiva 85/374 CEE, y que ahora resultan modificadas en el art. 6 de la Propuesta de Directiva, hay que tener en cuenta que:

a) La presentación del producto incluye también las instrucciones de instalación, uso y mantenimiento.

El añadido es especialmente relevante en el caso de los sistemas dotados de inteligencia artificial. La doctrina ha advertido de la importancia de la información que se da a la sociedad respecto a ciertos productos, como los vehículos autónomos, que son fruto de la innovación tecnológica y, por ende, desconocidos por los usuarios⁴⁷. Dicha información suministrada por el fabricante resulta determinante de las expectativas generadas en quienes los adquieren. Por consiguiente, parece que, si los fabricantes insisten, por ejemplo, en la seguridad de los vehículos automatizados –aunque no se correspondan con la realidad– generarán en los usuarios unas expectativas dignas de tutela y no podrán ampararse en que eran meras técnicas de venta y promoción⁴⁸. El consumidor ha de estar correctamente informado y conocer las limitaciones de sus funciones⁴⁹. De hecho, uno de los principales problemas en este ámbito es que en el momento actual hay una gran disparidad entre la percepción de lo que el vehículo es capaz de hacer de manera autónoma y lo que de verdad puede hacer⁵⁰. Y esa disparidad viene potenciada por los

⁴⁵ El considerando 22, como ejemplo, señala que algunos productos, como los sanitarios de soporte vital, llevan consigo un riesgo elevado de daños para las personas y, por ese motivo, generan unas expectativas de seguridad especialmente elevadas. Por ello, para valorarla, los jueces deben poder considerar defectuoso un producto sin demostrar su defectuosidad real, cuando pertenezca a la misma serie de producción que un producto cuyo carácter defectuoso haya sido probado.

⁴⁶ En el mismo sentido: GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», cit., p. V.

⁴⁷ Lo mismo advertí en ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial...*, cit., pp. 157 ss.

⁴⁸ Como apunta NAVARRO-MICHEL, «Vehículos automatizados y responsabilidad por producto», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, nº 5, octubre-diciembre 2020, pp. 186-187: «Los propios fabricantes destacan la seguridad de los vehículos automatizados, y cuanto más insisten en su seguridad, más convencen al público en general y, por tanto, responderán por la generación de expectativas pues, aunque no se correspondan con la realidad, son alentadas por el fabricante y, por tanto, legítimas».

⁴⁹ Insiste en la importancia de esa información: ELIZALDE SALAZAR, *Vehículos autónomos...*, cit., pp. 242-244.

⁵⁰ Hay que tener en cuenta que los niveles de automatización de los vehículos siguen normalmente la clasificación elaborada, en 2014, por la Sociedad de Ingenieros de Automoción Internacional (SAE por su acrónimo en inglés, *Society of Automotive Engineers*), y van desde la ausencia de automatización (nivel 0) hasta la automatización completa (nivel 5). Para la clasificación se tiene en cuenta sobre todo el papel del ocupante del vehículo, más que lo que este es capaz de hacer o no. De ese modo, en los niveles 0 a 2, que son los más bajos en automatización, el

fabricantes que no evitan la confusión generada entre los usuarios⁵¹. Es más, debe tenerse en cuenta que normalmente los consumidores no suelen leer los manuales de instrucciones, con lo que a lo mejor el fabricante debería prever la manera de hacerles llegar esa información⁵².

b) Al uso razonablemente previsible del producto se añade también su uso indebido.

La circunstancia del uso indebido, a mi juicio, puede tener un doble ámbito de aplicación:

De un lado, puede estar pensada para los casos en que el perjudicado no sea el usuario del producto que lo usa indebidamente. En este tipo de supuestos el operador económico, frente a la víctima, responderá del daño causado por un tercero (el usuario del producto), con independencia de las acciones de regreso que después pueda oponer frente a éste. Así se deduce del art. 12.1 de la Propuesta de Directiva que, como luego explicaré, señala que el operador responde igualmente en los casos en que la actuación de un tercero (en el supuesto que ahora nos ocupa, el propio usuario del producto) haya concurrido en la causación del daño. En cambio, si la víctima es el propio usuario del producto, a lo que entiendo, la responsabilidad del operador económico debería moderarse o, incluso, excluirse en función del grado de concurrencia de la conducta de la víctima (tal y como establece el art. 12.2 de la Propuesta de Directiva)⁵³.

Además, también puede acudir a esta circunstancia, para valorar la seguridad del producto, en casos en que el propio usuario perjudicado sea quien use indebidamente el producto, siempre que dicho uso indebido sea razonablemente previsible. Para entender lo anterior puede ponerse el siguiente ejemplo, en el ámbito de los vehículos automatizados: imaginemos un usuario que, en circunstancias indebidas, intenta forzar el modo automático del vehículo; en este caso, no parece desdeñable la idea de que el fabricante debiera haber previsto esa reacción por parte del usuario y haber, por ende, diseñado el vehículo de tal modo que éste hubiera detectado el uso improcedente y haber forzado la detención de la conducción automática⁵⁴. De hecho, con otra perspectiva, cabría también concluir que en esos casos el sistema inteligente no es seguro porque produce riesgos para el usuario, con lo que a pesar de su uso incorrecto (siempre que dicho mal

conductor debe realizar prácticamente la mayor parte de las tareas que lleva consigo la conducción, y solo es a partir del nivel 3 (automatización condicional), cuando su papel se hace más pasivo y el sistema ya toma algunas decisiones, de manera continuada, tras monitorizar el entorno; en el nivel 4 (automatización alta), el papel del conductor en ocasiones puede llegar a desaparecer: ello sucede cuando concurren determinadas circunstancias geográficas (barrios específicos, como los residenciales, escolares, militares) o ambientales (condiciones meteorológicas o diurnas/nocturnas); no obstante, el conductor puede desactivar el sistema y conducir él en cualquier momento; y, por último, en el nivel 5 (automatización total) el ocupante es un simple pasajero y el vehículo es totalmente autónomo en cualquier circunstancia.

⁵¹ Así lo explica NAVARRO-MICHEL, «Vehículos automatizados», cit., pp. 186-187, que pone el ejemplo de los vehículos Tesla: «no está claro que el gran público sepa que un Tesla no es (de momento) un vehículo autónomo, y la publicidad de Tesla puede inducir a confusión. Aunque el manual de instrucciones identifica los riesgos, la disparidad entre la publicidad de Tesla (el término mismo Autopilot puede inducir a confusión) y las instrucciones (que no siempre leen los adquirentes de vehículos) debe ser tenida en cuenta». La autora señala que, por ese motivo, Tesla ha sido demandada en EEUU, entre otras cosas, por generar falsas expectativas. El nombre de su sistema, Autopilot, sugiere que no necesita la supervisión de un humano; sin embargo, no deja de ser un vehículo de los que no pasa de un nivel 2 o 3 (véanse los niveles de automatización en la nota 50). Por ello, en opinión de esta autora, se trataría de casos en los que se da una publicidad engañosa.

⁵² Según ELIZALDE SALAZAR, *Vehículos autónomos...*, cit., pp. 250-252, a lo mejor podría suministrarse dicha información en los puntos de venta del vehículo.

⁵³ Parecidamente: GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», cit., p. V.

⁵⁴ Por todos: NAVARRO-MICHEL, «Vehículos automatizados», cit., p. 215.

uso sea previsible) debiera originarse la responsabilidad del productor⁵⁵. Y esta previsión, a lo que entiendo, también la ha acogido la Propuesta de Directiva al tener en cuenta el “uso indebido” para valorar la seguridad, y, por ende, la existencia de defecto en el producto.

c) El momento a considerar, en la valoración de las expectativas de seguridad, no es cuando el producto se pone en circulación sino cuando se introduce en el mercado o se pone en uso o servicio, excepto si el fabricante sigue después conservando el control sobre el producto, puesto que en ese caso se atenderá al momento en que deje de tener dicho control.

Esta modificación ha sido unánimemente defendida por la doctrina, que ha criticado que para valorar la seguridad del producto se atienda al «momento de su puesta en circulación»⁵⁶. Y ello porque ese momento se identifica con el de la entrega o puesta a disposición del público a través de la cadena de producción⁵⁷; es decir, que se trata de un concepto estático que difícilmente puede aplicarse a bienes digitales intangibles, muchos de ellos dotados de inteligencia artificial, que no permanecen inalterados, ni inamovibles a lo largo del tiempo. Todo lo contrario: las notas que caracterizan este tipo de sistemas inteligentes, como la interconectividad y la apertura, llevan consigo que estén sujetos a continuos cambios y modificaciones, mediante actualizaciones, parches de seguridad, etc. Como bien explica MARTÍN CASALS, «la apertura significa que no están absolutamente terminados y completos cuando se ponen en circulación, implica un cambio importante de la noción clásica de producto que se termina en un momento determinado a una nueva noción de producto en cambio permanente que se combina con otros productos y servicios. Por lo tanto, la apertura tiene un impacto considerable en las reglas de responsabilidad civil y, en especial, en la columna vertebral de las reglas actuales sobre responsabilidad por productos defectuosos, que es el momento de su puesta en circulación».

Por ello, es necesario extender, como hace la Propuesta de Directiva, la responsabilidad del fabricante a momentos posteriores al de la introducción del producto en el mercado (en la Directiva vigente, a su puesta en circulación) siempre que siga ejerciendo un control sobre aquél. Así sucederá en los casos de actualizaciones realizadas después dentro del *software* preinstalado en el producto, ya las lleve a cabo el propio fabricante o el usuario por indicación de aquél. Lo importante, insisto, es que el fabricante conserve ese control, lo cual, como vimos, acaecerá cuando autorice que un tercero integre, interconecte o suministre un componente (incluidas las actualizaciones o mejoras de programas informáticos) o cuando permita la modificación del producto (art. 4.5 Propuesta de Directiva).

⁵⁵ Como apunta ZURITA MARTÍN, «Las propuestas de reforma legislativa del libro blanco europeo sobre inteligencia artificial en materia de seguridad y responsabilidad civil», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 14, febrero 2021, p. 468: «un producto inteligente sería inseguro y, por tanto, defectuoso, si produce riesgos para el usuario incluso cuando éste lo utiliza de forma incorrecta, siempre que tal uso incorrecto sea razonablemente previsible».

⁵⁶ También en el Informe que acompaña al Libro Blanco de 2020 se propugnó la necesidad de ampliar el concepto de «puesta en circulación» del producto, para que pudiera también aplicarse a los cambios que después sufra la inteligencia artificial a consecuencia de mejoras, adaptaciones, actualizaciones, etc. (que, podrían ser consideradas «parte integrante del producto» o, incluso, un producto nuevo y distinto del que sigue respondiendo el productor inicial, cuando sea quien las proporciona).

Un análisis detallado de esta cuestión puede verse en NAVAS NAVARRO, *Daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial*, Comares, Granada, 2022, pp. 95-101; y ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial...*, cit., pp. 187-190.

⁵⁷ Respecto al concepto de puesta en circulación, véase, por todos: JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil...*, cit., pp. 247-249.

Además, hay que tener en cuenta que en la Propuesta de Directiva ya no se hace referencia a la «puesta en circulación» del producto sino a su «introducción en el mercado». La terminología acogida se corresponde a la que utiliza el Reglamento (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos⁵⁸ (a partir de ahora, Reglamento 2019/2010, sobre vigilancia en el mercado) que inserta el concepto de «introducción en el mercado» y lo identifica con «la primera comercialización de un producto en el mercado de la Unión» (art. 3.2). En cuanto a la «puesta en servicio», a la que también hace referencia la Propuesta de Directiva, cabría identificarla con su primer uso o utilización cuando todavía no ha sido introducido en el mercado (apartado 10 del art. 4 PDRPD)⁵⁹.

En lo concerniente a las circunstancias nuevas contenidas en el art. 6 de la Propuesta de Directiva, que, por tanto, no se contemplan en el art. 6 de la Directiva vigente, hay que hacer referencia a las siguientes:

1) El efecto en el producto de la posibilidad de seguir aprendiendo después del despliegue (art. 6, letra c) Propuesta de Directiva).

Según el considerando 23 de la Propuesta de Directiva la capacidad de autoaprendizaje del producto, tras su despliegue, debe tenerse en cuenta, para valorar su seguridad, «a fin de reflejar la expectativa legítima de que el programa informático de un producto y los algoritmos subyacentes estén diseñados de manera que se evite un comportamiento peligroso del producto».

Esta circunstancia es una clara referencia a los sistemas dotados de inteligencia artificial cuya proliferación justifica en gran medida la necesidad de modificación de la Directiva actual. La capacidad de autoaprendizaje es una característica que permite a los sistemas inteligentes aprender de la experiencia y reaccionar de manera distinta según los *inputs* que reciben; por ello, va ligada a la autonomía, de modo que adoptan decisiones a partir de los datos de su entorno, de forma autónoma e, incluso, en ocasiones, inexplicable para sus creadores. Y, como con razón se ha observado, a mayor nivel de autonomía, las posibilidades de que los seres humanos puedan controlarlos y ejercer influencia sobre ellos descienden enormemente⁶⁰. Además de que cuanto más complejas son las tareas que se les transfieren, mayor es la probabilidad de que los resultados obtenidos por los sistemas inteligentes no coincidan con las ideas y deseos de la persona que

⁵⁸ *Diario Oficial de la Unión Europea* L 169/1, 25 junio 2019.

⁵⁹ El precepto define la «puesta en servicio» como «la primera utilización de un producto en la Unión en el transcurso de una actividad comercial ya sea a título oneroso o gratuito, en circunstancias en las que el producto no se haya introducido en el mercado antes de su primera utilización». La definición coincide con la que, para los sistemas dotados de inteligencia artificial, da el art. 3. 11 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial), de 21 de abril de 2021 (2021/0106 (COD). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

⁶⁰ Este tipo de sistemas, como apunta PALMERINI, «Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea», *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 32, enero-junio 2017, pp. 53-97 (traducción al castellano de DÍAZ LINDAO), pp. 75-76, «están en capacidad de actuar sobre el ambiente que los rodea prescindiendo de una guía, en consecuencia, sin ser tele-operados; los productos más evolucionados podrán incluso moverse o cumplir acciones de manera independiente, mediante instrucciones escritas *ex ante* en su sistema operativo». Y esa capacidad de reaccionar de manera no predeterminada necesariamente, hace de su capacidad de reacción algo en cierta forma imprevisible, puesto que podrían mostrar comportamientos emergentes, no previstos en la fase de proyección, sino que son fruto de interacciones inesperadas entre los componentes del sistema o con el contexto en el que operan.

originariamente los diseñó⁶¹. Por todo ello, es lugar común en la doctrina⁶² afirmar que la autonomía y la capacidad de autoaprendizaje son fuentes de muchos problemas desde el punto de vista jurídico. En el ámbito de la responsabilidad civil, por de pronto, implican una total «imprevisibilidad» respecto a las decisiones adoptadas por los sistemas inteligentes, así como una «disociación o desvinculación» de la supervisión humana⁶³.

Pues bien, lo que hace la Propuesta de Directiva es incluir la capacidad de autoaprendizaje de algunos sistemas tecnológicamente avanzados como una circunstancia para valorar su seguridad. Sin embargo, suscita dudas cómo jugará a la hora de apreciar la existencia del defecto. Dicho en otras palabras: no acaba de entenderse que significa esta referencia. ¿Acaso el legislador europeo identifica autoaprendizaje, y la autonomía que lleva consigo, con defecto?; ¿la autonomía en sí misma considerada y, por ende, la imprevisibilidad/impredecibilidad del comportamiento del robot lo convierten en inseguro y por ello en defectuoso?; ¿el autoaprendizaje significa, por sí mismo, que el sistema tiene propiedades peligrosas?; ¿O se considerará defectuoso cuando, fruto del aprendizaje, adopte soluciones erróneas? Dar una respuesta afirmativa a las preguntas anteriores implica un freno al progreso y al desarrollo tecnológico, con lo que no creo que ésa haya sido la intención del legislador europeo⁶⁴.

Además, hay que tener en cuenta que, precisamente, en el diseño de los sistemas inteligentes va implícita la posibilidad de adoptar decisiones erróneas, que de hecho son necesarias para el aprendizaje de esos dispositivos, por lo que más que un defecto podría decirse que se trata de una de sus características principales⁶⁵. De hecho, paradójicamente, los sistemas se hacen más seguros conforme vayan cometiendo más errores y aprendiendo de ellos. Está claro que los operadores económicos, en estos casos, antes de comercializar este tipo de sistemas inteligentes deben reforzar su aprendizaje y entrenamiento, de modo tal que no se pongan en disposición del público antes de haber sobrepasado determinados umbrales de seguridad⁶⁶.

Ahora bien, como decía, lo anterior no significa que siempre que los sistemas inteligentes de desvíen de lo esperable, y adopten decisiones erróneas, pueda concluirse que existe un defecto. Y es que, como bien apunta EBERS, cuando los sistemas de inteligencia artificial se desvían de la solución esperada, no debe hablarse de un defecto de construcción o de diseño, sino más bien de una cualidad necesaria para el aprendizaje y el comportamiento adaptativo. Y ello porque antes de su introducción en el mercado, lo normal es que se hayan comprobado y que el entrenamiento automático se haya repetido hasta que los peligros se hayan reducido en una medida aceptable. El problema, claro está, reside en determinar cuál es esa medida aceptable. Podría considerarse que lo es aquella que reduce la tasa de errores del sistema por debajo de la que tendrían los seres humanos. O lo que es lo mismo, siempre que sea menor a la realizada por estos últimos, podría

⁶¹ Como apunta PALMERINI, «Robótica y Derecho...», cit., p. 76, «la multiplicidad de usos a los que podría estar destinado un robot y los contextos en los que estaría llamado a operar, difieren entre sí, al punto que no pueden ser anticipados por su propio diseñador y programador, a efectos de adoptar las precauciones y previsiones necesarias».

⁶² Estudio con más detalle este tema en ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial...*, cit., pp. 59-62.

⁶³ En palabras de ATAZ LÓPEZ, «Daños causados», cit., p. 18: «las máquinas inteligentes (...) son imprevisibles en su actuación, y capaces de tomar decisiones independientes de la voluntad de los humanos que las programaron o supervisan».

⁶⁴ En el mismo sentido, véase PALMERINI, «Robótica y derecho...», cit., p. 85.

⁶⁵ Así lo señala: ATAZ LÓPEZ, «Daños causados...», cit., p. 38.

⁶⁶ Así lo señala: ATAZ LÓPEZ, «Daños causados...», cit., p. 38.

considerarse aceptable. Sin embargo, no parece ésta una respuesta que vaya a contentar a la sociedad, porque el ciudadano siempre confía en que el empleo de la tecnología eleve sobradamente las expectativas de seguridad⁶⁷. En consecuencia, podría pensarse que la reducción del riesgo en una medida aceptable debería ser la que consiguiera que los peligros se reduzcan «considerablemente» por debajo de los que implicarían la realización de la actividad por los seres humanos⁶⁸.

En cualquier caso, sería loable que en el texto definitivo de la Directiva se aclare este punto, que es uno de los más controvertidos en relación con la aplicación de la normativa de responsabilidad civil por productos defectuosos a la inteligencia artificial⁶⁹. Incluso, cabría valorar, como en ocasiones se ha planteado, si acaso sería preferible que dicha normativa sólo se aplicase a los sistemas inteligentes «tradicionales», esto es, a los deterministas, en los cuales sí resulta más fácil hablar de defectos de diseño o de fabricación⁷⁰. En cambio, en los casos en que se trate de sistemas de inteligencia artificial fuerte⁷¹, correctamente configurados y programados, que ya

⁶⁷ EBERS, «La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el Derecho de la responsabilidad civil?» (traducción al castellano por: VENTURA VENTURA), *InDret*, julio 2016, p. 12. (Fecha consulta: 03.1.2023). Parecidamente, MONTERROSO CASADO y DÍAZ DÍAZ, «Responsabilidad civil y protección de datos en el uso de los drones», en MONTERROSO CASADO (dir.), *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 114, entiende que el uso de la inteligencia artificial conduce a un incremento de las expectativas de seguridad.

⁶⁸ Lo mismo concluyo en ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial...*, cit., pp. 166-171.

⁶⁹ Un poco más clara es la propuesta del ELI, *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 20, que también toma en consideración esta circunstancia para valorar la seguridad del producto y la explica en los siguientes términos: si un producto está diseñado de tal manera que el operador prevé la posibilidad de que sus propiedades cambien en el futuro (a través de la recopilación de datos, aprendizaje, etc.), esta posibilidad y sus límites son relevantes para evaluar si el producto es seguro; por tanto, si el diseño del producto ha hecho posible que en el futuro *adquiera propiedades peligrosas*, el producto debe considerarse defectuoso.

Por su parte, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 2021/0105, de 21 de abril de 2021, relativa a las máquinas y sus partes y accesorios, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/>. (Fecha consulta: 03.12.2022), señala que «cuando la máquina y sus partes y accesorios integren un sistema de inteligencia artificial, los riesgos identificados durante la evaluación de riesgos deben incluir aquellos riesgos que puedan aparecer durante el ciclo de vida del producto debido a una evolución intencionada de su comportamiento para que opere con niveles de autonomía variables».

⁷⁰ De hecho, según NAVAS NAVARRO, «Seguimos necesitando normas de responsabilidad...», cit., p. 2, la Propuesta de Directiva sólo va referida a los sistemas inteligentes estáticos, esto es, a los que no tienen capacidad de autoaprendizaje, ni de cambiar a lo largo del tiempo (únicamente podrían hacerlo con las actualizaciones o mejoras). En cambio, en su opinión, los sistemas de inteligencia artificial basados en *machine learning* o *deep learning* no están contemplados en la Propuesta de Directiva porque no pueden incluirse en la noción de *software*. El hecho de que se mencione esa capacidad de autoaprendizaje en la Propuesta de Directiva como elemento para valorar las expectativas de seguridad de los productos, a su modo de ver, resulta sorprendente porque «no es una circunstancia más sino «la» circunstancia más relevante que caracteriza al sistema de inteligencia artificial (aunque más que circunstancia sería un elemento fundamental del sistema de inteligencia artificial)». Lo cual, a su juicio, «demuestra que el redactor o redactores de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos tenía en mente -si es que los tenía- principalmente a los sistemas de inteligencia artificial que he denominado «estáticos».

⁷¹ No puedo en este momento ocuparme en profundidad de la distinción entre inteligencia artificial débil (sistemas tradicionales) e inteligencia artificial fuerte. Únicamente apuntaré, a los efectos que aquí interesan, que la primera se da cuando el sistema toma decisiones de forma autónoma porque ha sido programado para ello, con base en unos algoritmos (tradicionalmente denominados «deterministas») en los que maneja una cantidad ingente de datos (los famosos *big data*) que ningún ser humano sería capaz de utilizar. La decisión adoptada por el sistema, como decía, no se debe a un proceso de aprendizaje; el robot ha sido programado para decidir y decide, pero, insisto, a partir de una base de datos existente, de la que extrae conclusiones (tipo reglas lógicas →«si...entonces») o bien, cuando lo necesita, ampliando la base de datos ya existente a nuevos hechos y reglas, de los que extrae también conclusiones. Por el contrario, la inteligencia artificial «fuerte» se encuentra en sistemas en los que el

reflexionan y razonan por sí mismos, tomando sus decisiones de forma independiente e imprevisible para aquellos que los han creado, formado o programado, las reglas de responsabilidad civil podrían encontrarse en otro lugar (por ejemplo, en regímenes como el que ensaya ahora la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil e inteligencia artificial o, en su día, el que se propuso en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo contenida en la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020, (2020/2014 (INL), con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial⁷² (en adelante, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo de 2020).

2) El efecto que sobre el producto tienen otros que razonablemente quepa esperar que se utilicen junto a él (art. 6, letra d) Propuesta de Directiva).

Esta circunstancia, de nuevo, va referida principalmente a los productos dotados de tecnologías avanzadas, en especial, de inteligencia artificial, que se caracterizan por la interconectividad⁷³. En virtud de esta característica, el robot se comunica a través de la red de *Internet* con otros robots o intercambia datos con otros dispositivos conectados con él, mediante sensores integrados. De ese modo, los datos sobre los que después operan los sistemas inteligentes no son siempre conocidos cuando son diseñados o fabricados⁷⁴.

Por ello, como ha subrayado el ELI, esta interconexión de los sistemas inteligentes con otros, permite hablar de los llamados «defectos de interconectividad», que son el resultado de una interconexión con datos externos que produce efectos no deseados⁷⁵. De ese modo, la Propuesta de Directiva considera que la interconectividad es una circunstancia relevante a la hora de valorar la seguridad que cabe esperar del producto, y, por ende, para apreciar la existencia de defectos.

3) Los requisitos de seguridad del producto, incluidos los requisitos de ciberseguridad (art. 6, letra f) Propuesta de Directiva).

algoritmo ya es capaz de «pensar» (tras un proceso de aprendizaje –en este caso, autónomo–, en el que también interactúa y extrae datos del entorno) y de actuar o tomar decisiones por sí solos, con total autonomía respecto de quien los creó o programó, hasta el punto de que sus creadores (esto es, programadores o entrenadores) ni siquiera sabrían decir por qué han actuado así. De hecho, como señala ATAZ LÓPEZ, «Daños causados», cit., p. 32, en ellos «el programador pierde el control sobre el producto si la programación ya no está basada en un algoritmo simbólico, sino en el conjunto de pesos sinápticos en un sistema neuronal interconectado». Para la distinción, también pueden verse, entre otros muchos: EBERS, M., «La utilización de agentes electrónicos», cit., p. 7; ERCILLA GARCÍA, «Aproximación a una personalidad jurídica específica para los robots», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 47, 2018, pp. 1-34; CARRASCO PERERA, «A propósito de un trabajo de Gunter Teubner sobre la personificación civil de los agentes de inteligencia artificial avanzada», *Centro de Estudios de Consumo. Publicaciones periódicas*, 11 enero 2019, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>. (Fecha consulta: 03.10.2022); ÁLVAREZ OLALLA, «Responsabilidad civil en la circulación de vehículos autónomos», en MONTERROSO CASADO (dir.), *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 159.

⁷² Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html.

⁷³ Realizo un análisis más detallado de este tema en ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial...*, cit., pp. 57-58.

⁷⁴ ATAZ LÓPEZ, «Daños causados...», cit., p. 28.

⁷⁵ ELI, *Response...*, cit., p. 27.

La Propuesta de Directiva ha tenido a bien reflejar la importancia que tiene la legislación sobre seguridad de los productos para determinar la que el público en general tiene derecho a esperar. De ese modo, para determinar el defecto se incorpora la normativa de seguridad.

Además, se añaden también los requisitos de ciberseguridad. De nuevo se trata de una referencia pensada especialmente para la nueva sociedad digital, donde muchas tecnologías están sujetas a ciberataques, que pueden producir daños a quienes los utilicen. Son las llamadas «brechas de seguridad», difícilmente controlables en el caso de sistemas inteligentes abiertos, con continuas actualizaciones o mejoras, y que actúan interconectados con el exterior⁷⁶. Resulta loable, pues, que los requisitos de ciberseguridad sean tenidos en cuenta a la hora de valorar la seguridad que el público en general tiene legítimamente derecho a esperar para determinar si el producto es defectuoso.

4) Cualquier intervención de una autoridad reguladora o de los sujetos responsables en relación con la seguridad de los productos (art. 6, letra g, Propuesta de Directiva).

Esta circunstancia, en la misma línea que la anterior, tiene en cuenta medidas de seguridad del producto, pero en este caso impuestas por las autoridades o por los propios sujetos responsables; aquí cabría pensar en el caso de que se produzca, por ejemplo, una retirada del producto del mercado. Sin embargo, como se matiza en el considerando número 12, por sí sola esa intervención no debe crear una presunción de defectuosidad.

5) Las expectativas específicas de los usuarios finales a los que se destina el producto (art. 6, letra h).

A pesar de que la Propuesta de Directiva toma en consideración la seguridad que el público en general espera del producto, la letra h) del art. 6 sí tiene en cuenta, a la hora de valorar dicha seguridad, las expectativas específicas de los usuarios finales a los que aquél se destina. Seguramente, en la introducción de esta circunstancia ha influido la jurisprudencia del TJUE en sentencias como la de 5 marzo 2015⁷⁷, que resolvió el conocido como caso Boston, donde se insiste en que «las condiciones de seguridad a que tiene derecho el gran público (...) deben, por lo tanto, apreciarse teniendo en cuenta, en particular, el destino, las características y las propiedades objetivas del producto de que se trata, así como las características particulares del grupo de usuarios a los que está destinado ese producto». Así, el TJUE para la resolución del caso, consideró que, cuando se trata de productos como los que originaron la controversia (marcapasos y desfibriladores automáticos), por la función a que se destinan y por la situación de particular vulnerabilidad de los pacientes que utilizan esos dispositivos, las expectativas de seguridad que pueden esperar legítimamente dichos pacientes son particularmente elevadas. También, en la misma línea, la ya citada STJUE 10 junio 2021⁷⁸, en el caso Krone, explica que «la seguridad a la que una persona puede tener legítimamente derecho, con arreglo a dicha disposición, debe apreciarse teniendo en cuenta, en particular, el destino, las características y las propiedades

⁷⁶ Respecto a esta característica de los sistemas inteligentes, puede verse: ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial...*, cit., pp. 62-67.

⁷⁷ Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=162686&doclang=ES>. (Fecha consulta: 03.12.2022).

⁷⁸ Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=242561&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1675921>. (Fecha consulta: 03.12.2022),

objetivas del producto de que se trata, así como las características particulares del grupo de usuarios a los que está destinado ese producto».

La circunstancia contemplada en el art. 6, letra h) es especialmente interesante en el ámbito de sistemas dotados de inteligencia artificial, por cuanto el fabricante aquí no puede ofrecer ni garantizar la seguridad esperable, precisamente porque, como se ha advertido, «el robot es de por sí inseguro e incierto en su modo de operar»⁷⁹. En esa línea, se apunta que, frente a las máquinas tradicionales, cuya seguridad y previsibilidad en el uso puede ser garantizada por el productor, las actuales se caracterizan por la inseguridad que ofrece el producto puesto en el mercado y por el desconocimiento de las innumerables y variopintas situaciones en las que puede ser utilizado⁸⁰.

El debate acerca de las expectativas específicas de los usuarios finales del producto ha suscitado especial interés en relación con los vehículos autónomos. Como ya comenté *supra*, a consecuencia de las campañas de publicidad para su promoción, se ha generado una expectativa de seguridad muy alta respecto a este tipo de vehículos. De hecho, los ciudadanos esperan que, cuando se normalice su uso, se eviten los accidentes, y aun cuando esa expectativa de un riesgo cero pueda tildarse de irrealista, sí puede resultar legítimo, desde luego, esperar que con un vehículo automatizado no se sufra un accidente que un ser humano hubiese evitado. Es más, también podría considerarse lógico esperar que los siniestros que se deban a errores humanos (que según parece son el 95% de los casos)⁸¹ se eviten con un vehículo autónomo⁸².

Por último, hay que tener en cuenta que, conforme al art. 6.2, la posterior introducción en el mercado o puesta en servicio de un producto mejor no implicará que el anterior, por ese solo dato, sea defectuoso. Esta aclaración ya la contiene la actual Directiva; lo novedoso de la Propuesta es que ahora, de forma plausible, se incluyen también las actualizaciones o mejoras del producto. De nuevo, la Propuesta de Directiva está pensando en los sistemas inteligentes, que continuamente están en evolución, y lo hace para intentar fomentar la innovación: actualizar un producto no convierte en defectuoso al original.

6. Sujetos responsables

6.1. La necesidad de ampliar el elenco de sujetos responsables

En la Directiva vigente, los sujetos responsables son, según el art. 1, el fabricante del producto terminado, el de cualquiera de los componentes, el importador en la Unión Europea, cuando se

⁷⁹ Así lo afirma: NÚÑEZ ZORRILLA, *Inteligencia artificial y responsabilidad civil. Régimen jurídico de los daños causados por robots autónomos con inteligencia artificial*, Reus, Madrid, 2019, p. 23.

⁸⁰ NÚÑEZ ZORRILLA, *Inteligencia artificial y responsabilidad civil...*, cit., p. 23.

⁸¹ Sin embargo, si no se quiere frenar la industria tecnológica no deben fijarse exigencias de seguridad demasiado elevadas a la hora de introducir el producto en el mercado. Así, como con razón señala ELIZALDE SALAZAR, *Vehículos autónomos...*, cit., p. 74: «Fijar un estándar de seguridad demasiado alto con el fin de introducir al mercado los vehículos autónomos solamente cuando eviten el 100 % de los accidentes que provocaría un conductor con un vehículo convencional, supondría un retraso en la introducción de los vehículos autónomos en el mercado».

⁸² Lo mismo señalé en ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial...*, cit., pp. 157-161.

trata de productos fabricados fuera de la Unión Europea, y el suministrador en caso de no identificación de los sujetos anteriores⁸³.

Desde hace años, es lugar común en la doctrina criticar que el elenco de sujetos responsables es muy reducido y deja fuera a otros sujetos que intervienen en la introducción de los productos en el mercado⁸⁴. Sobre todo, en el ámbito de las nuevas tecnologías y, en particular de la inteligencia artificial, donde además intervienen una cantidad ingente de sujetos (simplificando mucho: fabricante del robot, como «producto completo»; fabricante del *hardware*; creador del *software*, etc.), amén de que no puede hablarse de un «fabricante de un producto terminado». Y ello porque, como ya he señalado, se trata de sistemas que se caracterizan por su apertura y por su gran interconectividad, lo que lleva consigo que, una vez introducido en el mercado, otros sujetos distintos a los anteriores puedan diseñar o incorporar componentes adicionales compatibles, utilidades, mejoras, actualizaciones en el *software* que controla el dispositivo, etc.⁸⁵.

Por todos estos motivos, como era augurable, la Propuesta de Directiva amplía considerablemente su número a fin de garantizar a los perjudicados la posibilidad de obtener la indemnización. Todos estos sujetos responsables son ahora englobados bajo el «supra concepto»⁸⁶ de «operadores económicos» responsables de los productos defectuosos. Veamos quiénes son.

6.2. Operadores económicos responsables de los productos defectuosos en la Propuesta de Directiva

a. Fabricantes, importadores y distribuidores

La Propuesta de Directiva sigue refiriéndose a estos sujetos en los mismos términos que la Directiva vigente. Así, el art. 7.1 sitúa, en primer lugar, el centro de imputación de la responsabilidad en la figura del fabricante, definido en el art. 4.11 como «toda persona física o jurídica que desarrolla, fabrica o produce un producto o que manda diseñar o fabricar un producto, o que lo comercializa con su nombre o su marca, o que desarrolla, fabrica o produce un producto para su uso propio». Para los casos en que el fabricante esté establecido fuera de la Unión, el art. 7.2 contempla la responsabilidad del importador del producto defectuoso, quien, según el art. 4.13, es «toda persona física o jurídica establecida en la Unión que introduzca en el mercado de la Unión un producto de un tercer país». Por su parte, la responsabilidad del distribuidor⁸⁷ del producto se destina ahora en el art. 7.5 a los casos en que no pueda identificarse un fabricante o bien éste se halle fuera de la Unión Europea y no pueda señalarse cualquiera de los otros operadores económicos (a los que haré referencia a continuación). Hay que advertir que la responsabilidad del distribuidor del producto se dará cuando el demandante le pida que identifique a otro sujeto responsable o a la persona que le suministró el producto y el distribuidor no haga esa identificación en el plazo de un mes a partir de dicha solicitud; obsérvese cómo se

⁸³ Acerca de la noción de fabricante, véanse: JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil...*, cit., pp. 257-283; GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Responsabilidad civil...*, cit., pp. 268 a 294, y en: *Daños causados por productos...*, cit., pp. 171-186; RODRÍGUEZ LLAMAS, «Responsabilidad civil», cit., pp. 1417-1421.

⁸⁴ Véase, por todos: NAVAS NAVARRO, *Daños ocasionados...*, cit., pp. 101-104.

⁸⁵ ATAZ LÓPEZ, «Daños causados...», cit., p. 40.

⁸⁶ Así lo acuña: MARTÍN CASALS, «Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual...», cit., p. 128.

⁸⁷ El distribuidor es definido en el art. 4.15 como «toda persona física o jurídica de la cadena de suministro distinta del fabricante o el importador, que comercialice un producto».

ha corregido en la Propuesta de Directiva, la indefinición que contiene el actual art. 3.3 de la Directiva vigente que hace referencia a que dicha identificación debe realizarse en «un plazo de tiempo razonable»⁸⁸.

b. El representante autorizado del fabricante

En el caso de que el fabricante sea de un tercer país, junto al importador (que ya responde conforme a la actual Directiva), el art. 7.2 sitúa ahora como sujeto responsable al representante autorizado del fabricante, quien, según define el art. 4.12, es «toda persona física o jurídica establecida en la Unión que haya recibido un mandato por escrito de un fabricante para actuar en nombre de éste en tareas específicas».

La Propuesta de Directiva ha tenido a bien acoger la responsabilidad de este sujeto, al que ya se refieren algunas normas sectoriales relacionadas con productos sanitarios: el art. 2.32 Reglamento (UE) 2017/745, sobre los productos sanitarios⁸⁹, señala que representante autorizado es «toda persona física o jurídica establecida en la Unión que ha recibido y aceptado un mandato escrito de un fabricante, situado fuera de la Unión, para actuar en nombre del fabricante en relación con tareas específicas por lo que respecta a las obligaciones de éste en virtud del presente Reglamento»; y en términos similares se pronuncia el Reglamento (UE) 2017/746 sobre los productos sanitarios para diagnóstico *in vitro*⁹⁰. Por otra parte, esta figura también está contemplada en el ya citado Reglamento 2019/2010, sobre vigilancia en el mercado, que en su art. 3.12 lo define en idénticos términos a los Reglamentos anteriores.

c. El prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia

Cuando ni el fabricante del producto, ni el importador ni el representante autorizado están establecidos en la Unión Europea, el sujeto responsable, según el art. 7.3 de la Propuesta de Directiva, es el prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia.

Esta figura fue ya introducida en el citado Reglamento (UE) 2019/2010, sobre vigilancia del mercado, que en su considerando 13 advierte de la complejidad actual de las cadenas de suministro en el mercado mundial, y, en particular, del aumento de las ventas en línea, donde participan operadores económicos que no encajan fácilmente en las cadenas de suministro tradicionales. Este es el caso de los prestadores de servicios logísticos, que muchas veces tienen las mismas funciones que los importadores, pero que pueden no siempre corresponder a la definición tradicional de importador en el Derecho de la Unión Europea. Por ello, en este Reglamento se consideró necesaria su inclusión en la lista de operadores económicos a quienes las autoridades de vigilancia del mercado puedan exigir adoptar medidas de ejecución.

Pues bien, la Propuesta de Directiva da ahora un paso más al incluir a los «prestadores de servicios de tramitación de pedidos a distancia» entre los posibles sujetos responsables de los daños causados por los productos defectuosos. El considerando 27 reproduce las mismas razones que las contempladas en el Reglamento (UE) 2019/2010, para justificar su inclusión, y copia casi

⁸⁸ También el ELI, *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 21, propone ese «tiempo razonable» sin concretar cuál es.

⁸⁹ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 117/1, 5 mayo 2017.

⁹⁰ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 117/176, 5 mayo 2017.

literalmente la definición que éste (art. 3.11 Reglamento) da de la figura. Así, el art. 4. 14 de la Propuesta de Directiva define al «prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia» como: «toda persona física o jurídica que ofrezca, en el transcurso de su actividad comercial, al menos dos de los siguientes servicios: almacenar, embalar, dirigir y despachar un producto, sin tener la propiedad del producto en cuestión, con la excepción de los servicios postales, tal como se definen en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, los servicios de paquetería, tal como se definen en el artículo 2.e del Reglamento (UE) 2018/644 del Parlamento Europeo y del Consejo, y cualquier otro servicio postal o servicio de transporte de mercancías»⁹¹.

Así las cosas, el sujeto que responde, como gráficamente se ha dicho⁹², no es el mensajero, sino quien presta servicios de logística. Y a pesar de los intentos de justificar esta responsabilidad, a los que acabo de hacer referencia, no deja de resultar llamativo que quienes almacenan, embalan, dirigen o despachan un producto acaben respondiendo de los daños causados por sus defectos; y ello porque es difícil averiguar de qué manera podrían evitarlos/prevenirlos y en su caso corregirlos⁹³. De hecho, la Propuesta de Directiva configura esta responsabilidad como subsidiaria⁹⁴, lo cual es indicativo, a mi modo de ver, de que obedece más a un deseo de proteger a las víctimas y de garantizar que no se queden sin indemnizar, que a motivos jurídicos de imputabilidad de la responsabilidad.

d. Sujetos que modifican el producto con posterioridad a su introducción en el mercado o a su puesta en servicio

El art. 7.4 Propuesta de Directiva considera también fabricante y, por tanto, sujeto responsable, a quien incorpora modificaciones en el producto una vez introducido en el mercado o puesto en servicio.

La introducción de este sujeto es realmente conveniente en el ámbito de las nuevas tecnologías dotadas de inteligencia artificial, que difícilmente pueden considerarse «productos terminados». Y ello porque, como he señalado, son sistemas que se caracterizan por su apertura y por su gran interconectividad, lo que lleva consigo que, una vez introducidos en el mercado, otros productores distintos puedan diseñar o incorporar componentes adicionales compatibles, utilidades, mejoras, actualizaciones en el *software* que controla estos dispositivos, etc.⁹⁵. Así, al haber injerencias de otros sujetos, no parece justo considerar productor, a los efectos de la aplicación de la normativa de responsabilidad por productos defectuosos, sólo al primer

⁹¹ Obsérvese la coincidencia literal con la definición que, como decía en el texto principal, da el art. 3.11 del Reglamento (UE) 2019/2010: «toda persona física o jurídica que ofrezca, en el curso de su actividad comercial, al menos dos de los siguientes servicios: almacenar, embalar, dirigir y despachar, sin tener la propiedad de los productos en cuestión y excluidos los servicios postales tal como se definen en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (31), servicios de paquetería, tal como se definen en el artículo 2, apartado 2, del Reglamento UE) 2018/644 del Parlamento Europeo y del Consejo (32), y cualquier otro servicio postal o servicio de transporte de mercancías».

⁹² GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», cit., p. III.

⁹³ En el mismo sentido, véase: GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», cit., p. III.

⁹⁴ Así, el considerando 27 de la Propuesta de Directiva insiste en que, dada la naturaleza subsidiaria de la función de los prestadores de servicios de tramitación de pedidos a distancia, sólo deberán responder cuando no exista ningún importador o representante autorizado establecido en la Unión Europea.

⁹⁵ ATAZ LÓPEZ, «Daños causados...», cit., p. 40.

fabricante del sistema⁹⁶. Por ello, tanto la doctrina como distintos documentos de la Unión Europea⁹⁷ han venido insistiendo en la necesidad de extender la noción de fabricante a todas aquellas personas que actualicen -empleado el término en el sentido de modificar sustancialmente- los sistemas⁹⁸.

El art. 7.4 parece estar pensado, pues, en esas modificaciones, incluidas las mejoras y actualizaciones, que pueden incluirse en los programas informáticos. Así lo especifica el considerando 29, que también alude a los productos que, en el seno de una economía circular sostenible, son reutilizables, mejorables y reparables en aras a ampliar su propia funcionalidad.

Para que se origine la responsabilidad de estos sujetos es necesario que la modificación sea sustancial y que se haya realizado fuera del control del fabricante original. Cuando se cumplen ambos requisitos puede pensarse que nos encontramos ante un «producto nuevo» de cuyos defectos debe responder quien realiza esos cambios y no la persona que inicialmente lo introdujo en el mercado.

Ahora bien, ¿qué son las «modificaciones sustanciales» del producto? Según el considerando 29, en desarrollo del propuesto art. 4.7, son aquellas que cambian sus funciones originales o que afectan a los requisitos de seguridad que se ven alterados con esas modificaciones por lo que queda justificado que el fabricante del producto modificado sea responsable por cuanto es quien debe garantizar que se cumplen dichos requisitos de seguridad que son distintos de los originales. Como es lógico, dicho considerando aclara que estos sujetos podrán liberarse de responsabilidad cuando acrediten que el daño se ha producido a causa de un defecto en el producto que no está relacionado con la modificación o cuando la misma no revista los caracteres de sustancial.

Sin embargo, es criticable que la Propuesta de Directiva sólo haga referencia a las modificaciones, ya que el término, en sentido estricto, no permite entender incluidas las «renovaciones» del producto, como ha reivindicado la doctrina⁹⁹. Por ello, según el ELI, habría sido preferible una mención expresa a dichas renovaciones, cuyo objeto es devolver o restablecer la calidad original del producto, a diferencia de las modificaciones sustanciales¹⁰⁰. La distinción entre unas y otras es que los cambios introducidos por las modificaciones pueden consistir, por ejemplo, en añadir a un vehículo a motor accesorios que afectan a la seguridad del producto o a su rendimiento, mientras que la renovación se da cuando se intentan subsanar los deterioros que ha sufrido el

⁹⁶ Por ello, en su día, la célebre Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103 (INL), disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html. (Fecha consulta: 03.10.2022); el Informe del Grupo de Expertos de 2019; y el que acompaña al Libro Blanco de 2020, insistieron en la importancia de monitorear los sistemas de inteligencia artificial, para poder hacer un seguimiento de los operadores económicos que interfieran en estos productos (sobre todo, en estos casos en que el defecto del producto no se halla en el sistema cuando se pone en circulación, sino que acaece con posterioridad, fruto de las mejoras o actualizaciones a las que se somete).

⁹⁷ Recoge muy bien estas reivindicaciones el ELI, *Response...*, cit., p. 14.

⁹⁸ Para un análisis más detallado de esta cuestión, véase ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial...*, cit., pp. 151-157.

⁹⁹ Análisis con detalle estas opiniones doctrinales en ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial...*, cit., pp. 151-157.

¹⁰⁰ ELI, *Feedback on the Commission's proposal...*, cit., p. 17.

producto desde que se introdujo en el mercado, resultando comparable, tras la misma, a un producto nuevo, pero del mismo tipo en cuanto a su seguridad.

En cuanto al requisito de que la modificación se haya realizado fuera del control del fabricante, conforme el art. 4.5.b), interpretado *a contrario sensu*, ello sucederá cuando aquél no haya autorizado dicha modificación del producto por un tercero.

e. *Proveedores de plataformas en línea*

Las plataformas en línea, en ocasiones, pueden actuar como fabricantes, importadoras o distribuidoras, en cuyo caso responderán conforme a las reglas que acabo de explicar en los apartados anteriores, sin embargo, también pueden ser meros «intermediarios» entre esos sujetos y los consumidores. Y a este último supuesto es al que se refiere el art. 7.6 de la Propuesta de Directiva¹⁰¹.

El art. 7.6 incluye como sujetos responsables a los proveedores de una plataforma en línea que permita a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en el art. 6.3¹⁰² del reciente Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento y del Consejo de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (en adelante, Reglamento sobre servicios digitales)¹⁰³. Estos agentes económicos, como explica el considerando 28 de la Propuesta de Directiva, son muy importantes en la actualidad dado el incremento considerable de las ventas *online*.

Hay que aclarar que, dada la fecha de su publicación, el art. 4.17) de la Propuesta de Directiva, al definir a las plataformas en línea, se remite al art. 2 letra h) de la Propuesta de Reglamento sobre mercado único de servicios digitales¹⁰⁴. Sin embargo, tras la aprobación del texto definitivo del Reglamento sobre servicios digitales, al que acabo de hacer mención en el párrafo anterior, ahora esa remisión ha de entenderse hecha al art. 3, letra i) de dicho Reglamento¹⁰⁵. Este precepto define a las plataformas en línea «un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas,

¹⁰¹ En cualquier caso, obsérvese que los proveedores de las plataformas en línea son distintos a los prestadores de los servicios de tramitación a distancia. Como se explica *supra*, en el texto principal, estos últimos se encargan de prestar servicios de logística, es decir, de tareas como las de almacenar y embalar los productos, mientras que los proveedores de las plataformas en línea permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con empresarios que ofrecen sus productos a través de dicha plataforma.

¹⁰² El art. 6.3 Reglamento sobre servicios digitales señala que habrá responsabilidad de las plataformas en línea «que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control».

¹⁰³ *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 277, de 27 de octubre de 2022, pp. 1-102.

¹⁰⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0825&from=ES>.

¹⁰⁵ Obsérvese que, al convertir la Propuesta de Reglamento en Reglamento, se ha cambiado la numeración de algunos preceptos, entre ellos el apuntado en el texto principal, destinado a las definiciones.

y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento».

Cuando las plataformas en línea actúan como intermediarias hay que acudir al citado Reglamento sobre servicios digitales para determinar si pueden quedar exoneradas de responsabilidad conforme a lo establecido en sus arts. 4 a 6. En los casos en que no resulte aplicable ninguna de las causas de exoneración contempladas en esos preceptos, porque la plataforma realice la transacción con los consumidores o presente el producto de manera tal que aquellos creen que es la propia plataforma en línea la que suministra el producto, resultarán responsables conforme al art. 7.6 de la Propuesta de Directiva. Así, el considerando 28 establece que «las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes no están exentas de responsabilidad en virtud de la legislación sobre protección de los consumidores cuando presentan el producto o permiten de otro modo la transacción específica en cuestión de manera que llevaría a un consumidor medio a creer que el producto es suministrado por la propia plataforma en línea o por un comerciante que actúa bajo su autoridad o control».

La configuración de la responsabilidad de las plataformas en línea funciona de forma similar a la de los distribuidores: serán responsables cuando presenten el producto o permitan la transacción en los términos que acabo de indicar, siempre y cuando no identifiquen con prontitud a un operador económico pertinente en la Unión Europea (considerando 28 de la Propuesta de Directiva).

6.3. Concurrencia de sujetos responsables en la causación del daño. La intervención de terceros y de la propia víctima

En los casos en que dos o más operadores económicos sean responsables de los daños causados a la víctima, el art. 11 de la Propuesta de Directiva contempla la responsabilidad solidaria y conjunta de todos ellos. En ese sentido, acoge la misma fórmula que el actual art. 5 de la DRPD que señala que, si «dos o más personas fueran responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir». Aunque en la propuesta no hace referencia a las acciones de regreso entre los operadores económicos, parece lógico que el que pague la indemnización repita frente a los demás sujetos en la medida en que contribuyeron a la causación del daño. Sin embargo, sería deseable, en aras a una armonización de la materia, que el texto definitivo regulase cómo deben ser esas acciones de regreso, dadas las diferencias imperantes en su configuración en los distintos Estados miembros¹⁰⁶.

En cuanto a los supuestos en que el daño es causado tanto por el defecto del producto como por la intervención de un tercero, la responsabilidad de los operadores económicos no se reducirá (art. 12). Como ejemplo de esa concurrencia, el considerando 41 pone el de un tercero que introduce una vulnerabilidad de seguridad. Al configurar así la responsabilidad de los operadores económicos, se pretende garantizar que las víctimas cobren la indemnización íntegra reclamando sólo a los sujetos responsables conforme a la Propuesta de Directiva. Una vez satisfecha esa indemnización a las víctimas, el operador económico debería poder repetir frente

¹⁰⁶ A propósito de esas diferencias, véase: MARTÍN CASALS, «Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual...», cit., p. 135.

al tercero por la parte proporcional a su intervención en la causación del daño. Sin embargo, de nuevo, la Propuesta de Directiva no contempla expresamente esa posibilidad, a diferencia del art. 8 Directiva vigente, que se remite a las normativas de los Estados Miembros para lo referente a la acción de repetición del sujeto responsable frente al tercero. El problema, como acabo de señalar en el párrafo anterior, es que existen diferencias considerables en esas regulaciones.

La Propuesta de Directiva no se pronuncia sobre los casos en que el daño sea causado exclusivamente por un tercero; por consiguiente, la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil llevará consigo la exoneración del operador económico cuando la actuación del tercero sea de tal entidad que interrumpa el nexo de causalidad entre el daño y el defecto del producto, importado, suministrado, etc.¹⁰⁷.

De todos modos, es conveniente advertir que, de aprobarse el texto proyectado, los casos en que los terceros concurren en la causación del daño se verán reducidos, puesto que el fabricante ahora responde también de los servicios conexos y de las actualizaciones informáticas mientras el producto sigue bajo su esfera de control¹⁰⁸.

En cuanto a las consecuencias de la contribución de la víctima a la causación del daño, el art. 12.2 del texto proyectado, al igual que el art. 8.2 DRPD vigentes, hace jugar las reglas generales de responsabilidad civil en esta materia: en los casos en que el comportamiento negligente de la víctima o de una persona de la que aquélla deba responder concorra en la producción del daño con el carácter defectuoso del producto, la responsabilidad de los operadores económicos se reducirá, mientras que se eliminará cuando la negligencia de la víctima o de una persona de la que aquélla deba responder sea la causa única y exclusiva del daño. Hay que observar que el texto proyectado acoge una terminología tradicional en responsabilidad civil al hacer referencia a la negligencia de la víctima o de las personas cuyos actos originan su responsabilidad por hecho ajeno. Más correcto, sin embargo, sería hacer referencia a la conducta de la víctima o de esas personas, porque, en realidad, es esta conducta, y no la negligencia, la que interrumpe el nexo de causalidad¹⁰⁹.

7. La prueba del defecto y de la relación de causalidad entre éste y el daño irrogado

7.1. Problemas y propuestas de solución

¹⁰⁷ Hay que observar, sin embargo, que la apuntada en el texto principal no es la fórmula elegida por otras Propuestas europeas. En particular, la ya citada Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo de 2020, sobre responsabilidad civil e inteligencia artificial, en su art. 8.3 señala que, cuando el daño es causado por un sistema de alto riesgo, la intervención de un tercero, que puede interferir en el funcionamiento del sistema, no elimina, ni reduce la responsabilidad del operador. Se configura, de ese modo, como una responsabilidad «en garantía» frente a las víctimas, de modo que, con independencia de las pertinentes acciones de regreso frente al tercero, los operadores siempre deberían pagar la indemnización íntegra al perjudicado. De igual manera, el ELI *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 32, también parece apuntar esa posibilidad cuando en su propuesta de régimen de responsabilidad de productos defectuosos señala que la responsabilidad de un operador económico no debería quedar «excluida» ni reducida cuando el hecho de un tercero interfiera en la causación del daño.

¹⁰⁸ En el mismo sentido, *vid.*: GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», cit., p. V.

¹⁰⁹ Parecidamente, ELI: *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 22.

La doctrina desde hace años denuncia que en los pleitos actuales en materia de responsabilidad por productos en general, la mayor parte de los casos se desestiman por falta de prueba suficiente del defecto en el producto o del nexo causal de aquel con el daño¹¹⁰. De hecho, así se contempla también en el último Informe, de 2018, de la Comisión Europea de evaluación de la DRPD: aunque alrededor del 60 % de las reclamaciones presentadas del año 2000 al 2016 tuvieron éxito, el motivo de las que fracasaron fue principalmente la falta de prueba del defecto o la de la relación de causalidad entre éste y el daño¹¹¹.

En los últimos tiempos, el problema de la carga de la prueba se ha visto incrementado por la aparición ingente de productos dotados de inteligencia artificial¹¹². Así, cuanto más complejo tecnológicamente sea el sistema inteligente, más difícil resultará identificar y probar con precisión el defecto que fue la causa por la que se produjo el daño¹¹³. Y es que mientras que, en los sistemas de inteligencia artificial tradicionales, basados en algoritmos deterministas o simbólicos, el programa puede examinarse línea por línea, instrucción por instrucción, hasta detectar el error, cuando de inteligencia artificial fuerte se trata las cosas son bien diferentes¹¹⁴; en la basada en redes neuronales desaparece la representación simbólica del saber y el control del proceso¹¹⁵, y, en lugar de símbolos claros y comprensibles, lo que hay es una matriz de pesos sinápticos que no pueden dar lugar a una interpretación directa¹¹⁶. Por ello, de poco o nada sirve, en estos últimos sistemas, investigar las famosas «cajas negras», que en cambio pueden aportar información relevante en los casos de algoritmos deterministas¹¹⁷. Por ese motivo, en los casos de sistemas de inteligencia artificial dotados de autonomía, esa prueba es calificada de diabólica¹¹⁸.

La dificultad probatoria en este ámbito reside, por un lado, en las características de complejidad, opacidad e interconectividad de los sistemas inteligentes, que dificultan probar el defecto o qué componente de estos fue el que provocó el fallo¹¹⁹; y por otro, tratándose del *software*, para

¹¹⁰ Apuntan el dato: GÓMEZ LIGÜERRE/GARCÍA MICÓ, «Liability for artificial intelligence and other emerging technologies», *InDret*, 1, 2020, p. 503. (Fecha consulta: 03.02.2023).

¹¹¹ Véase el resultado de estos Informes de evaluación en EUROPEAN PARLIAMENT, «Aligning the Product Liability...», cit., pp. 8-9.

¹¹² Analiza exhaustivamente los problemas que plantea la causalidad en la sociedad tecnológica actual MARTÍN CASALS, «Causation and Scope of Liability in the Internet of Things (IoT)», en LOHSSE,/SCHULZE/STAUDENMAYER (eds.), *Liability for Robotics and in the Internet of Things* (Munster Colloquia on Eu Law and the Digital Economy IV), Nomos /Hart, 2019, pp. 201-228.

¹¹³ Acerca de este tema, me remito a lo que señalé en ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial...*, cit., pp. 171-181.

¹¹⁴ Para la distinción entre un tipo y otro de inteligencia artificial, véase la nota 71 de este trabajo.

¹¹⁵ Así lo explica: EBERS, «La utilización de agentes electrónicos», cit., p. 12.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Como apunta ATAZ LÓPEZ, «Daños causados...», cit., p. 39, las llamadas cajas negras de aeronaves y otros dispositivos similares, pueden almacenar todo lo que pasó, pero no nos dan información directa de por qué sucedió. En cambio, en los sistemas deterministas, como explica BARRIO ANDRÉS, A., «Del Derecho de Internet», cit., pp. 79-80, con las cajas negras, «ante un incidente se podrá determinar sin margen de error qué sucedió y quién, o qué, fue el responsable».

¹¹⁸ También lo apuntan, GÓMEZ LIGÜERRE/GARCÍA MICÓ, «Liability for artificial», cit., p. 501, quienes plantean si las mismas reglas de responsabilidad que se aplican a los que producen, importan o suministran productos defectuosos, pueden resolver los problemas asociados a la progresiva implantación de dispositivos que son capaces de tomar decisiones concretas, conforme a parámetros generales que interpretan de forma autónoma.

¹¹⁹ BERTOLINI, *Artificial intelligence and civil liability* (estudio encargado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo), julio 2020, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>. (Fecha

analizar el funcionamiento del programa y detectar el defecto, se necesitará tener relevantes conocimientos técnicos de los que, lógicamente, carecerán la mayoría de las víctimas¹²⁰. De hecho, la única forma que tendrán de acreditar esa prueba será la de contratar peritos especializados, cuyos costes no podrán ser asumidos por el ciudadano medio, con lo que, incluso, hay quien plantea que pueda verse afectado, *de facto*, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹²¹. Además de que esos ingenieros informáticos, en muchos casos, para aportar este tipo de pruebas necesitarán recurrir a la llamada «ingeniería inversa», que es extremadamente difícil, amén de que en algunos ordenamientos jurídicos está prohibida por las normas de protección de la propiedad intelectual¹²².

La dificultad de probar el defecto y la relación de causalidad entre aquél y los daños originados por cualquier producto en general, y, especialmente, por los sistemas tecnológicamente avanzados, justifica que la doctrina y los documentos de la Unión Europea propugnen la necesidad de recurrir a medidas que mitiguen la dificultad de aportar dicha prueba. Entre ellas cabe destacar las siguientes¹²³.

1) La aplicación de la teoría de la «sospecha de defecto»¹²⁴, que puede relacionarse también con otro expediente, el de la llamada «causalidad probabilística»¹²⁵, porque se recurre a ambos

consulta: 10.10.2022), p. 58, pone el ejemplo del sensor de un vehículo autónomo que, al funcionar incorrectamente, causa daños. A la víctima le puede resultar difícil saber si el sensor no funcionó debido a un mal funcionamiento interno (p. ej., instalación defectuosa de la cámara, que da lugar a una vista parcial de la vía pública), o si, por el contrario, no funcionó por otras razones (como, por ejemplo, la falta de conectividad, que otro sujeto -el proveedor de la red - se suponía que debía asegurar).

¹²⁰ BERTOLINI, *Artificial intelligence...*, p. 58.

¹²¹ Así lo señalan: LÓPEZ DEL MORAL/QUESADA LÓPEZ/ANTÓN SANCHO, «Inteligencia artificial...», cit., p. 10.

¹²² ATAZ LÓPEZ, «Daños causados...», cit., p. 38.

¹²³ Las analizo también en ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial...*, cit., pp. 171-181.

¹²⁴ La aplicó, por ejemplo, la -ya citada en la nota 77- STJUE 5 marzo 2015, en el caso Boston Scientific, que dio por buena la prueba de que el producto (un marcapasos) era defectuoso, aunque no pudo analizarse el que fue objeto concreto de la controversia, pero sí otros de su serie.

¹²⁵ La STJUE 21 junio 2017, disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=192054&doclang=ES>. (Fecha consulta: 03.02.2023), aplica el expediente de la «causalidad probabilística» en el conocido como caso Sanofi. El laboratorio resultó condenado en primera instancia porque se entendió que la vacuna contra la hepatitis B «podía» tener como efecto secundario el desarrollo de la esclerosis múltiple. Lo cierto es que los estudios médicos hasta el momento ni confirman (a excepción de uno) ni descartan que exista relación entre la vacuna y la enfermedad que acabó padeciendo el demandante. Por ese motivo, en apelación, el laboratorio resultó absuelto porque se consideró que la anterior no era prueba suficiente. Llegado el asunto a casación, la Corte Suprema planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE, que apreció que la mera concurrencia de determinados indicios fácticos predeterminados de causalidad no puede implicar que quede probada la causalidad, con lo que rechazó la posibilidad de establecer presunciones de causalidad que no admitan prueba en contra. Sin embargo, admitió que el nexo de causalidad se presuma judicialmente, si los «hechos invocados por el demandante constituyen indicios sólidos, concretos y concordantes» que permiten fundamentar la presunción de que existe una relación de causalidad entre el defecto en la vacuna y la enfermedad. Esos indicios fácticos (ya alegados ante *la Cour d'appel* de París, y rechazados por ella) fueron: la proximidad temporal entre la vacuna y los primeros síntomas de la enfermedad y la inexistencia de antecedentes personales y familiares de la misma en el demandante. De otro modo, señaló, se obligaría al perjudicado a aportar una prueba concreta del ámbito médico difícilmente alcanzable. Un comentario crítico de la sentencia puede verse en SOLÉ FELIÚ, J., «Responsabilidad del fabricante por daños causados por vacunas problemáticas de prueba y presunciones judiciales. Análisis de la jurisprudencia que deriva de la STJUE de 21 de junio de 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 105, 2017, pp. 577-607; NAVARRO-MICHEL, «Vacunas, defectos y relación de causalidad. Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 junio de 2017», en *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 20, 2019, pp. 165-184.

cuando no hay certeza acerca del nexo causal¹²⁶. En puridad, hay que aclarar que, conforme a las normas generales de la responsabilidad civil, dicha incerteza debería resolverse con la desestimación de la pretensión; sin embargo, en aras a una protección de la víctima, se admite, excepcionalmente, que se dé por probada la causa cuando es probable o hay sospechas de que existe defecto y de que éste ha causado el daño. Los problemas residen en cuál sería el porcentaje para admitir como probada esa casualidad, porque de aceptarse que lo sea a partir de un 51% de probabilidad, no se entiende bien la razón por la que se condena, sin embargo, a indemnizar el 100 % del daño y no solo una parte de éste¹²⁷. Por ello, hay quienes propugnan como más acertado admitir que en los casos de incerteza causal, como el que estoy comentando, se recurra no a la teoría del «todo o nada», sino a la de la indemnización parcial¹²⁸.

2) Exonerar a la víctima de la necesidad de probar la parte concreta del producto que está defectuosa, de modo tal que baste solamente con acreditar que en su conjunto tiene un defecto. Esta medida es especialmente interesante en los sistemas inteligentes, puesto que, en éstos, la interacción múltiple de elementos físicos y digitales dificulta dicha prueba. Por ello, siempre que el producto final se presente como unidad, se considera suficiente con que la víctima pruebe que el daño ha sido causado por una combinación de productos físicos y digitales, esto es, que el sistema es defectuoso en su conjunto¹²⁹.

3) Imponer a los operadores económicos deberes específicos de registro de información acerca de cómo funciona el producto, de modo que si no facilitan dicha información pueda presumirse que esos datos habrían sido útiles para la prueba de la causalidad en los procesos de responsabilidad civil¹³⁰.

4) Y, por último, invertir la carga de la prueba¹³¹, que de todos los expedientes propuestos es, por así decirlo, el más radical porque implica reforzar el carácter objetivo de la responsabilidad al

¹²⁶ Analiza estos y otros expedientes cuando hay problemas para probar la causalidad, en el ámbito de la responsabilidad civil médica: SOLÉ FELIÚ, «Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 1 (enero-marzo, 2018), *Estudios*, pp. 55-97.

¹²⁷ *Vid.*: REGLERO CAMPOS, «El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas», capítulo actualizado por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ en REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, parte general, 4ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 455 ss. Y en tiempos más recientes, en relación con las nuevas tecnologías: MARTÍN CASALS, «Causation and Scope of Liability», *cit.*, pp. 216-219.

¹²⁸ En ese sentido, puede verse el interesante análisis de los problemas de incertidumbre causal, y, en particular, de la causalidad probabilística realizado por MARTÍN CASALS, «Acotaciones sobre la relación de causalidad y el alcance de la responsabilidad desde una perspectiva comparada», en SANTOS/MERCADER/DEL OLMO (dirs.), *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 215-264, quien propone la responsabilidad «proporcional» como alternativa importante para resolver dichos problemas de incertidumbre causal.

¹²⁹ Así lo propuso el Informe del Grupo de Expertos de 2019 y lo recogió después el ELI, *Response...*, *cit.*, p. 18.

¹³⁰ La propuesta también proviene del Informe del Grupo de Expertos de 2019 y es acogida por el ELI, *Response...*, *cit.*, pp. 20-28.

¹³¹ Respecto a los problemas que plantea la inversión de la carga de la prueba (por ejemplo, si debe serlo respecto a la del defecto o de la relación de causalidad entre éste y el daño, etc.), me remito al interesante análisis de nuestra jurisprudencia y del Informe que acompaña al Libro Blanco de 2020, realizado por ZURITA MARTÍN, «Las propuestas de reforma legislativa...», *cit.*, pp. 472-474.

presumir el defecto y la relación de causalidad mientras los operadores económicos no aporten pruebas de su inexistencia¹³².

Veamos, a continuación, cuáles de estas medidas son acogidas por la Propuesta de Directiva, y hasta qué punto mejoran la posición de las víctimas en este tipo de procesos.

7.2. Modificaciones en materia de prueba introducidas en la Propuesta de Directiva

a. Consideraciones generales

La Comisión Europea es consciente de los problemas que para el perjudicado plantea la prueba del defecto y la de su relación de causalidad con el daño, aunque considera que es el contrapunto a la responsabilidad objetiva de los operadores económicos (considerando 30). No obstante, para evitar que la carga de la prueba sea demasiado gravosa para la víctima, acoge dos de los expedientes a los que acabo de hacer referencia: por un lado, la exhibición de pruebas por parte del demandado para facilitar información a los demandantes, y, por otro, la inversión de la carga de la prueba en algunos supuestos mediante el juego de presunciones.

Al análisis de estos dos expedientes, se destinan los dos apartados siguientes.

b. La exhibición de pruebas

El art. 8 de la Propuesta de Directiva, para facilitar la prueba del defecto y de la relación de causalidad entre éste y el daño, hace referencia al expediente de la «exhibición de pruebas», que tiene que ver con la obligación de registro de información acerca del funcionamiento del producto, mencionada *supra*. De hecho, el considerando número 30 explica que los perjudicados se encuentran en desventaja significativa frente a los fabricantes en cuanto al acceso y comprensión de la información acerca de cómo se ha fabricado el producto y cómo ha funcionado, lo cual dificulta enormemente la prueba del defecto y la de su relación con el daño. Y cuanto más complejo técnica o científicamente es el producto, mayor es esa dificultad.

En ese sentido, la medida de exhibición de pruebas va destinada a facilitar a los demandantes los medios suficientes para poder obtener pruebas bastantes para respaldar una demanda de responsabilidad civil. Así, según el art. 8.1, los órganos jurisdiccionales podrán, a petición de la víctima, solicitar al demandado que revele las pruebas pertinentes de que disponga. No obstante, para ello será necesario que el perjudicado haya presentado hechos y pruebas suficientes para respaldar la verosimilitud de su reclamación. Además de eso, para salvaguardar los derechos de los demandados al secreto profesional, se garantiza que la medida sea proporcionada y se limite a lo estrictamente necesario (art. 8.2). En ese sentido, la medida será proporcionada, según el art. 8.3, cuando tenga en cuenta los intereses de las partes, incluidas las terceras personas afectadas,

¹³² La mayor parte de documentos de la Unión Europea referentes a la aplicación de la vigente Directiva a la inteligencia artificial, hacen referencia a este expediente porque, dada la opacidad y la interconexión de los sistemas de inteligencia artificial, preocupa que a la víctima le resulte imposible o prohibitivamente caro probar el defecto y la relación de causalidad entre ésta y el daño por ella sufrido. Es por ello que el Libro Blanco de 2020, y el Informe que lo acompaña, advierten la necesidad de invertir la carga de la prueba del defecto y la de la relación de causalidad entre este y el daño. También el Informe del Grupo de Expertos de 2019, propone un listado de circunstancias que justifican que se invierta la carga de la prueba de la causa (esto es, del defecto y de su relación de causalidad con el daño). Realizo un análisis más detallado de esta cuestión en ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial...*, cit., pp. 171-181.

en relación con la protección de la información confidencial y los secretos comerciales¹³³. Por ello, en los casos en que los órganos jurisdiccionales ordenen a un demandado divulgar información que sea un secreto comercial, podrán adoptarse las medidas necesarias para preservar la confidencialidad de esa información cuando vaya a utilizarse o a ser mencionada en el transcurso del procedimiento judicial. Entre dichas medidas se incluyen las que menciona el considerando 32: restringir el acceso a los documentos que contengan secretos comerciales; limitar el número de personas que pueden asistir a las audiencias; etc.

Esta medida se encuentra también contemplada en la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil e inteligencia artificial, cuyo art. 3.1 permite que los órganos jurisdiccionales exijan a los demandados, en los procesos de responsabilidad civil por daños causados por sistemas inteligentes, la exhibición de las pruebas que obren en su poder. No obstante, también aquí se adoptan las pertinentes cautelas para proteger a los demandados: el juez la aplicará sólo de forma proporcional y siempre que el demandante o potencial demandante haya realizado, de modo infructuoso, todos los intentos posibles para obtener esas pruebas. Además, también se velará por garantizar la protección de los derechos concernientes a los secretos comerciales o profesionales y la salvaguarda de informaciones confidenciales de los demandados y de terceros que pudieran resultar afectados por la medida.

Obsérvese que en la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil e inteligencia artificial el sujeto legitimado para solicitar al juez que ordene la exhibición de pruebas es tanto el demandante como el potencial demandante, mientras que la Propuesta de DRPD sólo contempla al primero. Quizá resultaría preferible que en un texto definitivo se incluyera también a quien no haya iniciado todavía el proceso, por cuanto recabar esa información puede ser relevante a la hora de decidir si presentar o no una reclamación y frente a quién presentarla, con la consiguiente evaluación de las posibilidades de éxito¹³⁴.

No obstante, en una y otra Propuesta de Directivas queda clara la intención de legislador europeo: alcanzar un equilibrio entre la protección de las víctimas y el fomento de la innovación y de la inversión por parte de los empresarios. Por ello, a favor de las primeras elimina los obstáculos de acceso a la información para aportar la prueba en su reclamación, mientras que, para no perjudicar a los empresarios, se arbitra una serie de garantías que eviten un uso abusivo de esta medida¹³⁵.

Por último, hay que tener en cuenta que, además de la importancia que para las víctimas tiene el poder acceder a la información a la que se refieren las dos Propuestas de Directivas, lo realmente significativo es la consecuencia que se deriva de que el demandado incumpla ese deber de exhibición de pruebas: si ante la petición del juez, el demandado se niega a mostrar las que obran

¹³³ Por lo que respecta a los secretos profesionales, la Propuesta de Directiva, en el considerando 34, se remite a la Directiva (UE) 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, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 15 junio 2016.

¹³⁴ Así lo entiende también el ELI, *Feedback on the Commission's proposal...*, cit., p. 18.

En contra, NAVAS NAVARRO, «Régimen europeo en ciernes», cit., p. 33, quien considera que esa mención es inútil en la práctica.

¹³⁵ De la misma opinión es MARTÍN CASALS, «Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual...», cit., 124.

en su poder, se presumirá que el producto es defectuoso, en los términos que explicaré en el apartado siguiente.

c. *Las presunciones del defecto y/o de la relación de causalidad entre éste y el daño*

En la Propuesta de DRPD, la regla general sigue siendo que la víctima demandante ha de probar el carácter defectuoso del producto, los daños y la relación de causalidad entre éstos y el defecto (art. 9.1).

El legislador ha optado por el mantenimiento de este régimen probatorio porque fue la opción elegida por el informe sobre evaluación de impacto, elaborado por el Comité de Control Reglamentario tras analizar las repercusiones, a nivel económico, de su eliminación¹³⁶. La Unión Europea es consciente de que la inversión, con carácter general, de las reglas probatorias haría que la responsabilidad por productos defectuosos fuera demasiado severa, y de que ello supondría un freno importante a la inversión. Como ya dije *supra*, el contrapunto al carácter objetivo de la responsabilidad del fabricante siempre ha sido la imposición de la carga de la prueba al perjudicado. Por consiguiente, la Propuesta de Directiva no se ha atrevido a cambiar las reglas del juego. Sin embargo, consciente de que la irrupción de la inteligencia artificial y del Internet de las cosas incrementa considerablemente las dificultades que ya de por sí tiene cualquier víctima a la hora de probar el defecto y su relación de causalidad con el daño, la Propuesta de Directiva ha introducido una serie de excepciones para matizar la regla general, que permiten presumir el defecto y/o la relación de causalidad entre éste y el daño¹³⁷. Con esta batería de medidas, como apunta GÓMEZ LIGÜERRE¹³⁸, se pretende reducir la asimetría informativa entre operador responsable y víctima de productos que pueden ser altamente complejos o en los que resulta muy difícil, por su capacidad de interconexión o de autoaprendizaje, identificar el nexo causal entre defecto y daño. Dicho en otras palabras: el legislador intenta conseguir un equilibrio entre los intereses de los productores y los perjudicados. No obstante, como ahora se verá, parece que la balanza se decanta a favor de los primeros, porque las reglas introducidas no son tan protectoras de los segundos como seguramente se esperaba.

Como acabo de señalar, las reglas generales en materia probatoria se ven alteradas en determinados supuestos en los que la Propuesta de Directiva ha tenido a bien presumir el defecto, el nexo causal entre éste y el daño, o ambas cosas a la vez. Se trata, en todos ellos, de presunciones *iuris tantum*, que, por consiguiente, podrá destruir el demandado por medio de la prueba de que no hubo defecto ni nexo causal entre aquél y el daño (art. 9.5 Propuesta de Directiva). Veamos ahora cuáles son:

1) Presunción del defecto.

¹³⁶ Sobre las opciones presentadas y su impacto, *vid.* la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva, en particular las pp. 11-14.

¹³⁷ Por ello, la exposición de motivos, p. 16, explica que «la carga de la prueba recae en las personas perjudicadas, que deben probar el daño que han sufrido, el carácter defectuoso del producto y el nexo de causalidad entre ambos. Sin embargo, a la luz de los retos a los que se enfrentan las personas perjudicadas, especialmente en los casos complejos, se aligera la carga de la prueba para lograr un equilibrio justo entre los intereses de la industria y los consumidores».

¹³⁸ GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», *cit.*, p. VI.

Los casos en los que el demandante no ha de probar el defecto porque éste se presume *iuris tantum*, están contemplados en el art. 9.2, y son los siguientes:

a) Que el demandado haya incumplido la obligación de exhibición de pruebas, impuesta por el art. 8, en los términos que he explicado en el epígrafe anterior.

En este caso cabe pensar, aunque el precepto no lo diga así expresamente, que se presumirá el defecto si el demandado, requerido por el juez, no prueba su inexistencia; dicho en otras palabras: el primero podrá destruir el juego de la presunción si prueba que el producto no es defectuoso o que no se dan las circunstancias para considerarlo como tal¹³⁹.

b) Que el producto no cumpla los requisitos obligatorios de seguridad establecidos por la normativa de la Unión Europea o por las legislaciones nacionales siempre que tengan por objeto proteger contra el riesgo del daño que se ha producido¹⁴⁰.

Esta circunstancia es especialmente relevante en el ámbito de la inteligencia artificial y ello por la trascendencia que tiene el incumplimiento de las normas de seguridad, incluidas las de ciberseguridad¹⁴¹. El Informe del Grupo de Expertos de 2019 propuso dos posibilidades para hacer jugar la presunción: 1) que el incumplimiento de estas normas de seguridad implique invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor de la víctima; 2) que el cumplimiento permita presumir que no ha habido relación de causalidad. El Informe defiende que la primera es más efectiva para facilitar a las víctimas la carga de la prueba, y, como puede verse, es también la acogida por la Propuesta de Directiva.

Obsérvese que las normas incumplidas han de tener por objeto evitar daños como los que son objeto de la reclamación. Es lógico que así sea porque de otro modo no operaría el criterio de imputación objetiva del daño del «fin de protección de la norma violada», que se utiliza para imputar los daños en el ámbito de la causalidad jurídica¹⁴².

Tanto en el caso que ahora se analiza como en el contemplado *sub a)*, son los operadores económicos quienes han infringido obligaciones relativas a la información o a la seguridad. Por ello, presumir en esos supuestos la existencia de un defecto en el producto puede considerarse como una medida para incentivar el cumplimiento de dichas obligaciones (así lo entiende el considerando 33 de la Propuesta)¹⁴³.

¹³⁹ En sentido similar: GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», cit., p. V.

¹⁴⁰ El ELI en *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., pp. 24-25, dedica un capítulo de su propuesta a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de seguridad del producto y de las normas de vigilancia del mercado.

¹⁴¹ Parecidamente: GÓMEZ LIGÜERRE/GARCÍA MICÓ, «Liability for artificial», cit., p. 504.

¹⁴² En la actualidad, son muchos los trabajos, acerca de los criterios de imputación objetiva del daño, en general, sin embargo, uno de los primeros, en la doctrina civilista, fue el de PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN/ *et alri*, *Centenario del Código civil* (1889-1989), tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 1561-1591, que es un referente obligado en esta materia.

¹⁴³ Según el considerando 33: «Para incentivar el cumplimiento de la obligación de revelar información, los órganos jurisdiccionales nacionales deben presumir el carácter defectuoso de un producto cuando el demandado incumpla esta obligación. Se han adoptado numerosos requisitos de seguridad legislativos y obligatorios para proteger a los consumidores y al público del riesgo de sufrir daños. Con el fin de reforzar la estrecha relación

c) Que el demandante demuestre que el daño fue causado por un mal funcionamiento evidente del producto durante su uso normal o en circunstancias normales.

La presunción se justifica porque, como señala el considerando 33 de la Propuesta de Directiva, en los casos en que el funcionamiento defectuoso resulta indiscutible, como sucede cuando una botella de vidrio explota durante su uso normal, es innecesariamente gravoso exigir al demandante que demuestre la existencia de un defecto y ello porque, dadas las circunstancias existentes, resulta indiscutible.

2) Presunción de la relación de causalidad entre el defecto y el daño.

Se contempla en el art. 9.3 de la Propuesta de Directiva para los casos en que se haya comprobado que el producto es defectuoso, siempre que el daño causado sea de un tipo compatible normalmente con el defecto en cuestión. No obstante, como aspectos a mejorar en la redacción del texto definitivo, sería conveniente prescindir de conceptos jurídicos indeterminados, como el de la «compatibilidad normal», que incrementan la inseguridad jurídica.

3) Presunción del defecto y/o de su nexo causal con el daño producido, cuando el demandante se enfrente a dificultades excesivas debido a la complejidad técnica o científica del producto (art. 9.4 Propuesta de Directiva).

Como puede verse, es una previsión que parece estar pensada, sobre todo, para los sistemas inteligentes dotados de una gran complejidad técnica que, unida a su opacidad, dificultan enormemente la prueba. De hecho, cuando se trata de este tipo de sistemas, a pesar de que el demandado cumpla su deber de exhibición de pruebas y de información, el demandante, carente de conocimientos tecnológicos, continuará teniendo dificultades para probar el defecto o su relación de causalidad con el daño. Por ese motivo, como explica el considerando 34, en esos casos de complejidad técnica o científica, exigir dichas pruebas socavaría indudablemente la efectividad del derecho a la indemnización, con lo que parece lógico que sean los operadores económicos, que son quienes disponen de esos conocimientos especializados, los que refuten, si es el caso, dicha presunción.

Sin embargo, no sólo en el ámbito de la inteligencia artificial resulta complicado, para el demandante, acreditar el defecto y su relación de causalidad con el daño. Hay otros muchos casos, como los que revisten complejidad científica, en los que se observa la misma dificultad. Seguramente, la jurisprudencia del TJUE que se ha pronunciado sobre ellos ha influido también en la introducción de la presunción contenida en el art. 9.4 de la Propuesta de Directiva. Así, por ejemplo, el ya citado caso Sanofi (STJUE 21 junio 2017), donde el TJUE presumió la relación de causalidad, precisamente, por la dificultad, para el demandante, de aportar una prueba concreta del ámbito médico, que resultaba prácticamente inalcanzable (como lo era acreditar que la vacuna contra la hepatitis B «podía» tener como efecto secundario el desarrollo de la esclerosis múltiple, dado que los estudios médicos hasta el momento no eran concluyentes)¹⁴⁴. También se presumió el defecto en el llamado caso Boston (STJUE 5 marzo 2015)¹⁴⁵, que entendió que el

existente entre las normas de seguridad de los productos y las normas de responsabilidad, el incumplimiento de tales requisitos también debe dar lugar a una presunción de defectuosidad».

¹⁴⁴ Para un relato más detallado de los hechos, véase la nota 125 de este trabajo.

¹⁴⁵ Ya citada en la nota 77 de este trabajo.

marcapasos que se le había colocado al perjudicado era defectuoso, aunque sólo pudo probarse el defecto en otros de su serie, resultando imposible acreditar dicha prueba respecto al que fue objeto de la controversia. Así, según la sentencia: «la comprobación de un posible defecto de los productos pertenecientes al mismo modelo o a la misma serie de producción, como los marcapasos y los desfibriladores automáticos implantables, permite calificar de defectuoso tal producto sin que sea necesario comprobar el referido defecto en ese producto».

La complejidad técnica o científica del producto, a la que hace referencia el art. 9.4 de la Propuesta de Directiva, deberá ser comprobada por los órganos judiciales, caso por caso, en atención a diversos factores que explica el considerando 34. Así, la «complejidad» puede ir referida a su naturaleza (como, por ejemplo, un producto sanitario innovador); a la tecnología utilizada, como el aprendizaje automático; a la información y los datos que debe analizar el demandante; al nexo causal, como sucede en los casos en que debe acreditarse la relación de causalidad entre un medicamento y la aparición de una enfermedad, y, sobre todo, en los daños causados por sistemas dotados de inteligencia artificial, en los que acreditar ese nexo causal entre el defecto y el daño implica explicar el propio funcionamiento del sistema.

No obstante, como el legislador europeo tiene siempre presente la necesidad de no frenar la inversión en el desarrollo tecnológico, matiza que la calificación de complejidad técnica o científica podrá ser impugnada por el demandado acreditando que no existen realmente dificultades excesivas para probar el defecto o la relación de causalidad entre éste y el daño.

Y, a lo que es más importante, para que la complejidad técnica o científica del producto no se convierta, sin más, en un motivo para invertir la carga de la prueba, se exige al perjudicado que, en todo caso, acredite que el producto contribuyó a los daños y que es probable que resultase defectuoso o que esa defectuosidad fuera la causa probable de los daños.

Como puede verse, la presunción del defecto y/o de la relación de causalidad entre aquél y el daño por motivos de la complejidad técnica del producto, tal y como está contemplada en la Propuesta de Directiva, adolece de una gran indeterminación que, si no se corrige, podría provocar su inutilidad práctica. Por de pronto, la propia definición de las «dificultades excesivas» suscita la duda de a quién debe resultarle difícil la prueba, ¿al demandante considerado subjetivamente o, por el contrario, se trata de una referencia objetiva? En la misma línea crítica, la exigencia, para que se aplique la presunción, de que sea probable que el producto fue defectuoso o que la defectuosidad fue la causa «probable» del daño, plantea el interrogante de cómo puede probarse que el defecto fue una causa del daño sin probar su carácter defectuoso, y, sobre todo, provoca el inconveniente de cómo valorar esa probabilidad (¿bastaría demostrar un 51% de probabilidad o debería ser superior?)¹⁴⁶.

8. Los daños indemnizables

En cuanto a los daños indemnizables, lo primero que llama la atención es que la Propuesta de Directiva no destine un precepto *ad hoc* para su regulación¹⁴⁷. Al igual que sucede con el propio

¹⁴⁶ Lo apunta también el ELI, *Feedback on the Commission's proposal...*, cit., p. 19.

¹⁴⁷ Sí lo incluye, en cambio, en el texto articulado la Directiva propuesta por el ELI *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 16.

concepto de producto, un tema tan importante como éste se contempla en el art. 4 dedicado a dar «definiciones»¹⁴⁸.

El proyectado art. 4.6 define los daños como «las pérdidas materiales» resultantes de daños personales, de daños materiales y de la pérdida de datos, en los términos siguientes:

a) En cuanto a los daños personales, al igual que el art. 9 DRPD, el apartado a) del art. 4.6 de la Propuesta de Directiva se refiere a los causados por la muerte o por las lesiones corporales. Así, como explica su considerando 16, se indemnizan las pérdidas materiales derivadas de una o de otras, como lo son, por ejemplo, los gastos funerarios o médicos o cualquier tipo de lucro cesante, como la pérdida de ingresos. Por otra parte, la letra a) del art. 4.6 advierte que quedan incluidos «los daños para la salud psicológica comprobados médicamente». Podría, quizá, entenderse que la inclusión de este tipo de daños se refiere sólo a los casos de lesiones, y no a los de la muerte¹⁴⁹, porque así puede deducirse *a sensu contrario* del considerando número 17 de la Propuesta de Directiva, según el cual «en aras de la seguridad jurídica, debe aclararse que las lesiones corporales incluyen los daños para la salud psicológica comprobados médicamente». En cualquier caso, ha de observarse que el régimen propuesto, al igual que la Directiva vigente, no contempla la indemnización de los daños morales puros o autónomos, esto es, de los que no están relacionados con los daños personales. De hecho, el considerando 18 aclara expresamente que la Directiva propuesta no afecta a las normas nacionales relativas a los daños morales¹⁵⁰.

b) En cuanto a los daños a la propiedad, se siguen exceptuando los producidos en el propio producto defectuoso o en productos dañados por sus propios componentes porque computan como unidad¹⁵¹. Esta última exclusión ha sido criticada por el Grupo ELI, porque entiende que, para los usuarios, el producto final sí puede considerarse separado del componente¹⁵². Por ello, denuncia que la regla de excluir este tipo de daños puede conducir a resultados absurdos, como el que se da en el siguiente ejemplo: si un vehículo resulta dañado porque está equipado con un juego de neumáticos defectuoso, su propietario podrá reclamar la indemnización, por los daños sufridos en el vehículo, al fabricante de los neumáticos defectuosos sólo si se trata de los que compró él mismo (por ejemplo, en sustitución de los que llevaba el vehículo cuando lo adquirió), pero no si eran los neumáticos originales. Por ello, resulta más lógico que el propietario también

¹⁴⁸ Critica la técnica legislativa el ELI, *Feedback on the Commission's proposal...*, cit., p. 10.

¹⁴⁹ Así lo entiende, por ejemplo, GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», cit., p. IV, quien considera que, por ese motivo, la técnica legislativa es, en este punto, discutible.

¹⁵⁰ El ELI, *Response...*, cit., pp. 16-32, también entiende que, como regla general, es preferible no cambiar los daños indemnizables recogidos en la normativa de productos defectuosos y que sean las normativas de los Estados Miembros las que, en su trasposición, adopten reglas específicas respecto a los daños morales independientes o a las pérdidas económicas puras. A pesar de lo anterior, sí considera necesaria la inclusión de los daños morales derivados de las lesiones corporales. Como puede verse es justo lo que ha acogido la Propuesta de Directiva.

¹⁵¹ Ni la DRPD, ni la Propuesta de Directiva incluyen los daños patrimoniales puros.

¹⁵² El ELI sugirió, en su *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 17, incluir también estos daños causados a los componentes como daños indemnizables. Así, para fundamentarlo, ponía el ejemplo de un teléfono que se incendia debido a un defecto en su batería. El propietario del teléfono, a lo que entiende el ELI, no podría solicitar una compensación por la pérdida de su teléfono al productor del teléfono, pero sí debería poder reclamar una compensación por ello al fabricante de la batería (quien, sin embargo, no tendrá que compensar la pérdida de la batería en sí).

pueda reclamar este tipo de daños al fabricante del componente, con independencia de cómo éste se integre en el producto terminado¹⁵³.

Además, otra modificación relevante en la regulación propuesta es que ya no es necesario que la cosa dañada se destine exclusivamente al uso o consumo privados o que el perjudicado le haya dado principalmente dicho destino. La doctrina ha criticado que la Directiva vigente excluya la indemnización de los daños materiales irrogados en cosas que no se destinan a un uso o consumo privados, por cuanto, precisamente, muchos productos tienen un uso industrial, comercial o profesional con lo que los daños que con ellos se causen a los bienes lo serán también en dicho ámbito y no en el privado¹⁵⁴. A mayor abundamiento, hay que observar que es difícil mantener una línea divisoria entre el uso personal y profesional, puesto que los productos se utilizan cada vez más con fines mixtos¹⁵⁵.

Seguramente, el legislador europeo se ha hecho eco de estas críticas. Sin embargo, lo ha hecho, una vez más, «tímidamente», puesto que sigue sin acoger la indemnización por daños causados en bienes utilizados exclusivamente con fines profesionales e incluye, sólo, aquellos que se destinan a fines «mixtos», es decir, privados y profesionales. La justificación de la exclusión, según el considerando 19, es que el objetivo de la Directiva es proteger a los consumidores; justificación que resulta desacertada, como ya dije, no es ésta la finalidad que se le adjudica desde hace años por la doctrina y por los tribunales europeos¹⁵⁶, sino la de proteger el mercado en general y restaurar los desequilibrios originados por los daños causados por los productos, como lo demuestra el hecho de que los daños personales puedan ser reclamados tanto por consumidores como por no consumidores¹⁵⁷. Por todo ello, sería deseable que los bienes destinados a un uso profesional no quedasen fuera del efecto armonizador de la Propuesta de Directiva por la importancia que tienen en la práctica¹⁵⁸. Y, sobre todo, porque los daños sufridos en ese ámbito pueden ser enormes: piénsese, por ejemplo, en el caso de la pérdida de datos, que cuando son utilizados en un contexto comercial o empresarial, las implicaciones pueden ser catastróficas y afectar a la operación diaria y al funcionamiento general de una empresa; además de que los gastos necesarios para reconstruir los datos perdidos, en estos casos, pueden ser considerables¹⁵⁹.

En otro orden de cosas, hay que observar que se ha eliminado loablemente la franquicia de 500 euros que contempla la Directiva vigente y que ha sido fuente de numerosos problemas en cuanto

¹⁵³ ELI, *Feedback on the Commission's proposal...*, cit., p. 11.

¹⁵⁴ De hecho, en el ámbito de las nuevas tecnologías es muy frecuente que así sea (en ese sentido: BERTOLINI, *Artificial intelligence...*, p. 58; ATAZ LÓPEZ, «Daños causados...», cit., p. 40; NÚÑEZ ZORRILLA, *Inteligencia artificial y responsabilidad civil...*, cit., p. 28).

¹⁵⁵ Por ello, como apunta el ELI, *Response...*, cit., p. 17, en otras áreas se camina hacia la noción de «prosumer» para considerar que un sujeto puede ser considerado consumidor cuando el propósito profesional con el que actúa es insignificante o al menos muy limitado para ser considerado relevante. Lo mismo propuso con anterioridad en *Guiding Principles...*, cit., p. 10.

¹⁵⁶ Cita esta jurisprudencia el ELI *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 17.

¹⁵⁷ MARTÍN CASALS, «Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual...», cit., p. 114.

¹⁵⁸ ELI, *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 17.

¹⁵⁹ Así lo apunta MARTÍN CASALS, «Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual...», cit., p. 131.

a su aplicación¹⁶⁰. Así, en algunos ordenamientos, como el francés, para evitar que muchos daños queden sin indemnizar, se interpreta que la franquicia de 500 euros implica que no pueda haber reclamación por daños materiales si éstos no superan esa cantidad; pero si lo hacen, será indemnizable todo el daño; a diferencia de cómo se interpreta en España donde, en todo caso, se descuentan los 500 euros del importe del daño material, con lo que, en muchas ocasiones, ya no habrá interés alguno en reclamar¹⁶¹. La razón de ser de la franquicia fue limitar los litigios y evitar que los tribunales se inundaran con reclamaciones de bajo valor. Sin embargo, en realidad, no ha servido a tal finalidad porque, incluso en países con un ingreso promedio comparativamente bajo, la experiencia ha demostrado que las reclamaciones de responsabilidad por productos defectuosos rara vez se plantean por montos indemnizatorios tan bajos. En cualquier caso, como decía, es digna de alabanza la propuesta de su eliminación¹⁶².

c) Por último, en lo referente a la inclusión de la pérdida de datos como daño indemnizable, hay que señalar que es otro de los cambios significativos introducidos en la Propuesta de Directiva¹⁶³. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que lo que se indemniza es la pérdida material derivada de dicha pérdida, así, por ejemplo, el contenido borrado de un disco duro, incluido el coste de restaurar o recuperar los datos (considerando 16). En cambio, los datos en sí mismos considerados no son indemnizables¹⁶⁴.

9. Las causas de exoneración de la responsabilidad

Como señalé en el epígrafe 2, la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos siempre se ha caracterizado por prescindir de la culpa como criterio de imputación. Sin embargo, para evitar que ese carácter objetivo la convierta en una responsabilidad tan estricta que resulte disuasoria para las inversiones, los sujetos llamados a responder pueden exonerarse por medio de la prueba de ciertas circunstancias o causas de exoneración.

Las que contempla la Directiva vigente (art. 7) son acogidas por la que ahora se propone (art. 10), si bien adaptadas a los principios de la Propuesta, que además ha introducido alguna nueva causa de exoneración. Así:

a) La Directiva vigente en el art. 7.a) considera que el productor puede exonerarse si prueba que «no puso el producto en circulación», mientras que la Propuesta de Directiva, al haber sustituido, como ya vimos, el concepto de «puesta en circulación» por los de «la introducción del producto en el mercado o puesta en servicio» señala expresamente que el fabricante o importador¹⁶⁵ podrá

¹⁶⁰ Ha sido, de hecho, criticado por toda la doctrina. Por todos, puede verse: GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Comares, Granada, 2004, pp. 117-126. También se critica por el ELI en *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 17.

¹⁶¹ ATAZ LÓPEZ, «Daños causados...», cit., p. 40.

¹⁶² No obstante, para GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», cit., p. IV, «la eliminación de este límite mínimo de reclamación, que se justificó en su momento para evitar la avalancha de reclamaciones de escaso valor (*bagatelleklagen*) ya no tiene sentido, al menos en teoría, tras las Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre, sobre protección de intereses colectivos de los consumidores».

¹⁶³ Seguramente la inclusión se ha debido a la propuesta del ELI, *Response...*, cit., p. 17. Y con anterioridad en ELI, *Guiding Principles...*, cit., p. 8.

¹⁶⁴ GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», cit., p. IV.

¹⁶⁵ Obsérvese que el art. 10.1 contempla un listado de causas de exoneración que pueden ser alegadas en general por los operadores económicos mencionados en el art. 7. Sin embargo, en la mayor parte de las causas

exonerarse si demuestra que «no ha introducido el producto en el mercado ni lo ha puesto en servicio» (art. 10.1.a) Propuesta de Directiva). Por su parte, para el distribuidor, el art. 10.1.b) de la Propuesta de Directiva señala que puede exonerarse si acredita que él «no ha comercializado el producto».

En la vigente DRPD, además, el art. 7. c), considera que el productor no será responsable si demuestra «que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional». Estos supuestos pueden incluirse, igualmente, en los apartados a) y b) del art. 10 de la Propuesta de Directiva puesto que esa falta de actividad económica o de comercialización implican, conforme a los apartados 8) y 9) del art. 4 de la Propuesta de Directiva, que el producto no ha sido introducido en el mercado o puesto en servicio por estos sujetos.

Interesante, a la hora de interpretar estas causas de exoneración contempladas en las letras a) y c) del art. 7 de la DRPD (y ahora acogidas en el art. 10.1 a) y b) de la Propuesta de Directiva) es la STJCE 10 mayo 2001¹⁶⁶. En el supuesto enjuiciado, conocido como caso Veedfald, el producto defectuoso fue un líquido, producido por un laboratorio que pertenecía a la Administración Pública danesa, con el que se irrigó el riñón del demandante, taponando una arteria de éste, e impidiendo, por ese motivo, el trasplante del riñón¹⁶⁷. Según la STJCE: «debe interpretarse (...) que un producto defectuoso se pone en circulación cuando se utiliza en el marco de una prestación médica concreta que consiste en preparar un órgano humano para su trasplante y el daño causado a éste es consecuencia de dicha preparación». De ese modo, el TJCE rechazó el argumento del propietario del hospital, que pretendía que el producto en cuestión no se había puesto en circulación porque no había salido de la «espera de control» médica, constituida por la farmacia que fabricó el líquido y por el propio hospital que lo utilizó. La sentencia, por el contrario, entendió que esas circunstancias no pueden ser tomadas en consideración cuando la persona perjudicada, a la que está destinado el producto, debe acudir, para acceder a él, a esa misma «esfera de control».

La exoneración, en todos estos casos, se justifica porque una persona distinta al fabricante, importador, o distribuidor, es quien ha provocado la salida del producto del proceso de fabricación o distribución sin su consentimiento (considerando 36 Propuesta de Directiva).

b) Tampoco responde, según la Directiva vigente, el fabricante que acredite que «teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde» (art. 7.b) DRPD).

La cláusula de exoneración se ha acogido de forma mejorada y adaptada en la Propuesta de Directiva, que permite al fabricante quedar exento de responsabilidad cuando demuestre que es

contempladas en el precepto se mencionan después concretos sujetos responsables (como sucede en este caso, dado que la letra a) sólo hace referencia al fabricante o al importador. Quizá habría sido preferible, para dotar de una mayor coherencia al texto, aludir sin más a los operadores económicos en general, sin perjuicio de que algunas causas de exoneración tengan más sentido para unos que para otros.

¹⁶⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0203&from=ES>. (Fecha consulta: 02.2.2023).

¹⁶⁷ Véase el comentario a la STJCE de 10 de mayo de 2001 (Asunto C-203/99, Henning Veedfald y Århus Amtskommune) realizado por SEUBA TORREBLANCA, *InDret*, 3/2001. (Fecha consulta: 03.1.2023).

probable que la defectuosidad que causó los daños no existía en el momento de la introducción del producto en el mercado o en el de su puesta en servicio o que se produjo después de dicho momento (art. 10.1.c. Propuesta de Directiva).

El punto realmente novedoso de la Propuesta se encuentra en las excepciones a esta cláusula de exoneración, que no están previstas en el texto vigente: comoquiera que las tecnologías digitales permiten a los fabricantes ejercer el control más allá de ese momento de la introducción del producto en el mercado o de su puesta en servicio, se excluye la posibilidad de que se liberen cuando el defecto aparezca después y sea debido a servicios conexos o programas informáticos que estén bajo su control, ya sea en forma de mejoras o actualizaciones o de algoritmos de aprendizaje automático (art. 10.2.a) y b). La clave, pues, para establecer la responsabilidad reside en que los servicios conexos o los programas informáticos, incluidas las actualizaciones o mejoras, estén bajo el control del fabricante. Y ello ocurrirá cuando sean suministrados por él o cuando autorice su suministro por un tercero (art. 4.5 Propuesta de Directiva y considerando 37).

Por el mismo motivo, tampoco podrán los operadores económicos hacer valer esta cláusula de exoneración cuando el defecto se haya debido precisamente a la falta de actualizaciones o de mejoras en los programas informáticos que sean necesarias para mantener la seguridad del producto (art. 10.2.c). Especialmente importantes, en este ámbito, son las vulnerabilidades que presentan las nuevas tecnologías en materia de ciberseguridad, con lo que, cuando corresponda proporcionar dichas herramientas al productor o suministrador, el no hacerlo será motivo de responsabilidad. No obstante, lo anterior no significa que nunca pueda resultar de aplicación esta causa de exoneración. Será aplicable, por ejemplo, en supuestos en que quien debía facilitar los parches y las actualizaciones sea otra persona, y no lo hace, contagiándose el sistema de un virus informático y causando daños por ese motivo, con lo que será aquella quien deba responder y no el productor inicial¹⁶⁸; téngase en cuenta que, en sentido estricto, dicha persona no será un tercero a los efectos de la responsabilidad, sino un operador económico responsable del daño conforme a lo dispuesto en el art. 7.4 de la Propuesta de Directiva. También podrá el fabricante liberarse de responsabilidad, mediante la alegación de esta cláusula, cuando el propietario del sistema no instale la actualización o mejora porque en ese caso puede considerarse que ya no está dentro de su esfera de control¹⁶⁹.

La inclusión de estas excepciones es loable porque adaptan la normativa vigente a las nuevas tecnologías, dotadas de inteligencia artificial¹⁷⁰. Estos sistemas están en continuo cambio y evolución, y es posible que el defecto no exista en el momento en que son introducidos o puestos en servicio en el mercado, y que surja con motivo de alguna actualización del *software*; o, incluso, en el caso de sistemas más evolucionados, que se haya debido a alguna característica que, de forma autónoma, ha adquirido el sistema a raíz de su proceso de autoaprendizaje. Por ello, es lógico que los operadores económicos deban responder en los casos frecuentes en que no se

¹⁶⁸ Pone el ejemplo: ATAZ LÓPEZ, «Daños causados...», cit., p. 36.

¹⁶⁹ Así lo recuerda el Considerando 38 de la Propuesta de Directiva.

¹⁷⁰ También el ELI, ..., cit., p. 20, propuso la incorporación del siguiente texto a la Directiva 85/374/CEE: «*The producer shall not be liable as a result of this Directive if he proves: ... (b) that, having regard to the circumstances, it is probable that the defect which caused the damage did not exist at the time when the product was put into circulation or up-dated by him or by an affiliated provider, or that this defect came into being after such moment*». Como puede verse, aunque la técnica escogida por la Propuesta de Directiva es distinta (excepción a la exoneración), al final, el resultado es el mismo: tomar en consideración no sólo el momento en que el sistema se introduce en el mercado, sino también momentos posteriores, como cuando es actualizado o mejorado.

desvinculen de los sistemas inteligentes una vez son introducidos en el mercado, porque, por ejemplo, se encarguen de proporcionar las actualizaciones y los parches de seguridad¹⁷¹.

c) El seguimiento de normas coercitivas o imperativas que sean la causa del defecto. Esta causa de exoneración prevista en el art. 7. d) de la actual DRPD se ha visto acogida en términos casi idénticos por el art. 10.1.d) de la Propuesta de Directiva. Su razón de ser, desde el punto de vista de la teoría general de la responsabilidad civil, se justifica en que, en estos casos, el defecto puede entenderse originado por una causa externa, como lo es la imposición por los poderes públicos de determinadas conductas que acaban causando el defecto. Se trataría, por tanto, de una suerte de fuerza mayor que ha de exonerar al fabricante de toda responsabilidad, por muy objetiva que ésta sea.

d) En cuanto a la conocida como causa de exoneración basada en los riesgos de desarrollo, permite al productor liberarse de responsabilidad siempre que pruebe que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto no permitía apreciar la existencia del defecto¹⁷². No obstante, lo anterior, el art. 15.1.b) DRPD vigente admite que las legislaciones de los Estados Miembros puedan optar por excluir la aplicación de esta cláusula de exoneración¹⁷³ (así ha sucedido, por ejemplo, en el Derecho español, en el ámbito de defectos en medicamentos o alimentos).

La exoneración del productor mediante la alegación de los conocidos como «riesgos de desarrollo» ha sido criticada por un amplio sector doctrinal¹⁷⁴. Por de pronto, se advierte la incongruencia de poder recurrir a esta causa exoneradora cuando de un régimen de responsabilidad objetiva se trata porque permite la entrada de la culpa o negligencia para imputar la responsabilidad al fabricante¹⁷⁵. Y es que, como con razón se observa, atender a la

¹⁷¹ Así lo explica: ATAZ LÓPEZ, «Daños causados...», cit., pp. 35-36. También puede verse: HERRERA DE LAS HERAS, *Aspectos legales de la inteligencia artificial. Personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 46-108.

¹⁷² Algunos autores apuntan que esta cláusula de exoneración sólo tiene aplicación en el ámbito de los defectos de diseño, pero no en los de fabricación; por todos: SALVADOR CODERCH/RUBÍ PUIG, «Causas de exoneración de la responsabilidad. Excepción por riesgos de desarrollo», en SALVADOR CODERCH, GÓMEZ POMAR, (dirs.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 601-602.

¹⁷³ El art. 15.1.b) de la Directiva 85/374/CEE señala que cada Estado «no obstante lo previsto en la letra e) del artículo 7, mantener o, sin perjuicio del procedimiento definido en el apartado 2 del presente artículo, disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto».

¹⁷⁴ Además, la doctrina también propugna la distinción entre los «riesgos de desarrollo» y las «lagunas de desarrollo»: en los primeros se desconoce el riesgo y el daño potencial, mientras que en las segundas puede conocerse tanto lo uno como lo otro, pero no se sabe la forma de prevenir el riesgo ni de evitar el daño (como puede suceder en el ámbito de las nuevas tecnologías dotadas de inteligencia artificial). Así lo apuntan: MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ, «Comentario a la sentencia de 10 de junio de 2004», *CCJC*, nº 67, 2005, p. 376, quienes explican que el defecto se ignora en los riesgos de desarrollo, pero no en las lagunas de desarrollo en las que lo único que se desconoce es la solución técnica que permite detectar dicho defecto y eliminarlo. Por ello, como se cuestionan estos autores, cabe preguntarse la razón por la que, aun conociéndose la peligrosidad del producto (como sucede en las «lagunas del desarrollo»), éste se comercializa. En otros ordenamientos jurídicos se recurre a la idea del «coste-beneficio» según la cual los beneficios que aporta el producto superan, con creces, los costes de producción de daños, lo cual provoca que el riesgo sea asumible (MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ, «Comentario a la sentencia de 10 de junio de 2004», cit., p. 376).

¹⁷⁵ Véase, por todos: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de junio de 1985», *Estudios sobre consumo*, nº 7, 1986, p. 7.

posibilidad de descubrir el defecto con base en conocimientos científicos y técnicos en el fondo no es otra cosa que valorar la diligencia del productor como buen profesional, y esa injerencia de la culpa no parece deseable en el ámbito de una responsabilidad objetiva. Todo ello no obstante los esfuerzos por parte de la jurisprudencia europea para «objetivar» esta causa de exoneración; en ese sentido, resulta ilustrativa la STJCE 29 mayo 1997¹⁷⁶, en un caso de la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, con motivo de la trasposición de la DRPD, y en particular de su art. 7.e), al Derecho inglés. El TJCE insiste, en esta sentencia, en que el demandado, para poder exonerarse con base en ese precepto, ha de acreditar que «el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos, incluido su nivel más avanzado», en el momento de ponerse en circulación el producto, no permite descubrir el defecto de éste. Además de que es necesario que esos conocimientos científicos y técnicos estén accesibles en dicho momento. De esta forma, el TJCE intenta aclarar que esta cláusula de exoneración no está relacionada con la diligencia exigible y que en ningún caso toma en consideración la empleada por el fabricante para descubrir el defecto.

Por otra parte, la proliferación de sistemas dotados de inteligencia artificial ha incrementado las críticas respecto a la posibilidad de exoneración con base en esta cláusula: es frecuente que los operadores mantengan el control sobre esos sistemas después de introducirlos en el mercado, y que, cuando detectan defectos con posterioridad, tengan la obligación introducir parches informáticos o actualizaciones de seguridad¹⁷⁷. Por ello, en los casos en que los productores deban facilitar esas actualizaciones o parches de seguridad se considera injusto que el momento al que referir la imposibilidad de detectar el defecto con base en los conocimientos técnicos o científicos imperantes no sea el de la introducción del sistema en el mercado, porque permitiría la exoneración de quienes no faciliten, debiéndolo hacer, al usuario el «*update*» o «*upgrade*» necesario para la correcta funcionalidad del sistema inteligente. Por otro lado, cuando se trata de sistemas dotados de inteligencia artificial fuerte (*deep learning*), con capacidad de autoaprendizaje, sus actuaciones dañosas, por definición, siempre quedarán al margen de lo que pudo prever o evitar su creador cuando los introdujo en el mercado, con lo que la oponibilidad de la cláusula provocará de *facto* la irresponsabilidad de los operadores económicos que introducen los sistemas inteligentes en el mercado¹⁷⁸.

Las razones anteriores justifican que, desde hace años, un importante sector doctrinal y algunos documentos de la Unión Europea¹⁷⁹ hayan reivindicado que la reforma del régimen de responsabilidad por productos defectuosos incluya la eliminación de esta cláusula de exoneración, al menos en el ámbito de los daños causados por la inteligencia artificial¹⁸⁰. De ese modo, se sentaría para los fabricantes de sistemas con inteligencia artificial una regla de

¹⁷⁶ [ur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61995CJ0300&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61995CJ0300&from=EN). (Fecha consulta: 03.02.2023).

¹⁷⁷ ATAZ LÓPEZ, «Daños causados...», cit., p. 36.

¹⁷⁸ HERRERA DE LAS HERAS, *Aspectos legales de la inteligencia artificial...*, cit., pp. 93-94.

¹⁷⁹ En ese sentido, el Informe del Grupo de Expertos de 2019 propugna que el productor de la inteligencia artificial no debería poder servirse de esta cláusula de exoneración en los casos en que mantiene el control y supervisión del sistema y tiene capacidad de actualizarlo y mejorarlo tras su puesta en circulación. Por ello propone la necesidad de adaptar primero la normativa de la Unión Europea y después las legislaciones de los Estados Miembros, que permiten la exoneración por riesgos de desarrollo. La propuesta también se ha visto refrendada por el Informe que acompaña al Libro Blanco de 2020.

¹⁸⁰ Recoge esta posición doctrinal: NAVARRO-MICHEL, M., «Vehículos automatizados», cit., pp. 215 y 216.

responsabilidad objetiva absoluta, al no admitir la exoneración por daños que ni siquiera pudieron ser previstos, ni evitados en el momento en que se creó el sistema inteligente¹⁸¹.

No obstante lo anterior, con otra perspectiva bien distinta, hay quienes consideran que la oponibilidad de esta cláusula favorece el progreso mismo de la ciencia y de la técnica¹⁸². Y es que parece innegable que, de producirse su eliminación, ante el temor de responder por «defectos» que no pudieron ser evitados en el momento de la introducción del sistema en el mercado, los operadores económicos opten por no invertir en nuevas tecnologías, máxime si se tiene en cuenta que, con la rapidez que avanzan los cambios en la ciencia y en la técnica, en cuestión de breves períodos de tiempo, los defectos que no puedan ser apreciados pasen a ser fácilmente descubiertos y eliminados. Por consiguiente, la desaparición de la cláusula podría considerarse un freno a la inversión tecnológica¹⁸³.

La Comisión Europea parece seguir esta última posición y en los considerandos de la Propuesta de Directiva admite los problemas que plantea la eliminación de esta cláusula de exoneración. De hecho, lejos de suprimirla, lo que hace la Propuesta de Directiva es reforzarla puesto que impide a los Estados Miembros excluir la exoneración de los productores con base en los riesgos de desarrollo (como, en cambio, según dije, permite la vigente DRPD)¹⁸⁴. De ese modo, ya no podrá darse la situación actual en la que algunos Estados (como Finlandia o Luxemburgo) impiden a todos los productores, con carácter general, esgrimir esa cláusula de exoneración, y otros imposibilitan su oponibilidad en determinados productos (los productos farmacéuticos en Hungría; alimentos y medicamentos en España, y los productos derivados del cuerpo humano en Francia). Al impedir que las legislaciones nacionales puedan excluir la oponibilidad de la cláusula de exoneración, la Propuesta de Directiva armoniza al máximo la regulación de la responsabilidad civil por productos defectuosos entre los distintos Estados Miembros, y además de esa manera se intenta proteger a los productores y potenciar así la inversión¹⁸⁵.

No obstante, la Comisión Europea, como no podía ser de otra manera, también es consciente de los problemas que plantea la aplicación de la cláusula de los riesgos de desarrollo en el ámbito de las nuevas tecnologías, y por ello intenta buscar paliativos que equilibren su mantenimiento con la protección de los perjudicados. En ese sentido, la Propuesta de Directiva modifica su contenido, de modo tal que la previsión/evitación de defectos con base en los conocimientos científicos y técnicos se refiera no sólo a los del momento en que se introduce el sistema en el mercado sino a los que aparecen con posterioridad, siempre que el producto siga siendo

¹⁸¹ Por todos: NÚÑEZ ZORRILLA, *Inteligencia artificial y responsabilidad civil...*, cit., p. 41.

¹⁸² En ese sentido: SALVADOR CODERCH/SOLÉ FELIÚ, *Brujos y aprendices: los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999; GÓMEZ LIGÜERRE y GARCÍA MICÓ, «Liability for artificial», cit., p. 509.

¹⁸³ No obstante, hay quien entiende que la eliminación de esta cláusula también llevaría consigo el aumento de la confianza de la sociedad en el sector de la tecnología, con lo que al final se adquirirían más productos tecnológicos nuevos porque los ciudadanos entenderían que los que hay en el mercado siempre son seguros. Además de que, al final, garantizar la seguridad implica también para los fabricantes reducir los costes por indemnizaciones. Así lo señala, en relación con los vehículos autónomos, NAVARRO-MICHEL, «Vehículos automatizados», cit., pp. 215-216.

¹⁸⁴ El ELI, *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 20, critica esta medida.

¹⁸⁵ Así, en la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva, p. 16, se explica que «en aras de unas condiciones de competencia equitativas para los fabricantes en toda la Unión, así como de una protección uniforme de los consumidores, la exención concedida a los fabricantes por la imposibilidad científica y técnica de conocer los defectos debe aplicarse en todos los Estados miembros y no debe mantenerse la posibilidad de establecer excepciones (...)».

controlado por el fabricante, como sucede cuando es él a quien debe proporcionar al usuario las actualizaciones o mejoras. Así, la letra e) del art. 10 de la Propuesta de Directiva dice que no será responsable el fabricante cuando «el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o en el período en el que el producto estaba bajo el control del fabricante no permitía descubrir el carácter defectuoso»¹⁸⁶.

En otro orden de cosas, hay que observar que, en la redacción sugerida de la cláusula de exoneración por riesgos de desarrollo, la referencia se realiza «al nivel más avanzado de conocimiento objetivo accesible y no al conocimiento efectivo del fabricante en cuestión mientras que el producto estaba bajo su control» (considerando 39 Propuesta de Directiva). Se pretende, de ese modo, matizar la subjetividad de la cláusula, que, sin embargo, al atender al estado de la ciencia y de la técnica para permitir o no la exoneración del fabricante sigue dando entrada a la culpa. No obstante, hay que observar que la introducción de la palabra «objetivo», para calificar el estado del conocimiento científico y técnico, tiene connotaciones distintas en una época como la actual, en la que la información científica y tecnológica está disponible rápidamente, al alcance de todos, y puede ser traducida en cualquier idioma¹⁸⁷. Por ello, en la redacción definitiva sería deseable que se especificara claramente qué es lo que ha de acreditar el operador económico para liberarse de responsabilidad¹⁸⁸.

e) En el caso del fabricante de un componente defectuoso (sujeto responsable en los términos que expliqué en el epígrafe 6.2), podrá exonerarse conforme al art. 10.f) de la Propuesta de Directiva cuando acredite que el carácter defectuoso es imputable al diseño del producto al que dicho componente se ha incorporado o que se ha debido a las instrucciones que a él le dio el fabricante del producto principal. En estos casos, pues, la responsabilidad recaerá en este último fabricante y no en el del componente. Se sigue, así, lo dispuesto en la cláusula de exoneración del art. 7.f) de la Directiva vigente, aunque en este precepto la referencia es al fabricante de «una parte integrante» y no al «componente», término que se adapta mejor a las nuevas tecnologías.

f) La última cláusula de exoneración que contempla la Propuesta de Directiva no está prevista en la Directiva vigente y consiste en que quien modifique el producto podrá liberarse de responsabilidad si prueba que el defecto que ocasiona el daño está relacionado con una parte del producto que no está afectada por la modificación.

De nuevo, la Propuesta de Directiva atiende a la capacidad de los productos en la era digital para cambiar o ser modificados después de su introducción en el mercado, realidad que, como vimos, origina la responsabilidad de los sujetos que introducen esos cambios o modificaciones cuando

¹⁸⁶ En la redacción de la cláusula puede verse la clara influencia de lo propuesto por el ELI en, *Guiding Principles...*, cit., p. 11, donde se señala que, si se opta por su mantenimiento, debería reconsiderarse su aplicación a la inteligencia artificial en el sentido de incluir futuras actualizaciones del sistema. También puede verse: *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 23.

¹⁸⁷ Durante mucho tiempo se ha discutido si esos conocimientos a los que hace referencia esta cláusula de exoneración debían ser accesibles para el productor a través de publicaciones que circularan en su país o en su lengua, o, al menos, en otra muy conocida, o si también podrían ser relevantes publicaciones con escasa difusión y escritas en lenguas desconocidas (RODRÍGUEZ LLAMAS, «Responsabilidad civil», cit., p. 1448). En la actualidad, como apunto en el texto principal, dada la globalización del conocimiento parece que la cuestión ha de enfocarse de manera distinta.

¹⁸⁸ También lo apunta el ELI en *Draft of a Revised Product Liability Directive...*, cit., p. 21.

son considerados sustanciales y se realizan fuera del control del fabricante original (art. 7.4 Propuesta de Directiva). Sin embargo, los sujetos que introducen tales modificaciones o cambios sustanciales en los productos podrán exonerarse cuando acrediten que el defecto causante del daño reside en la parte originaria del producto que no se ha visto afectada por la modificación, con lo que el daño se habría producido igual sin ella (lo cual implica, en términos de causalidad jurídica, que la modificación no ha incrementado el riesgo de producción de daños, de modo que éstos no pueden imputarse objetivamente a dicha modificación¹⁸⁹).

10. Plazos para interposición de la acción indemnizatoria y plazos de delimitación temporal de la responsabilidad

La Propuesta de Directiva, en su art. 14, establece un plazo de tres años para entablar las acciones de responsabilidad frente a los operadores económicos desde que el perjudicado tuvo o debió razonablemente tener conocimiento de los daños, del defecto y de la identidad del sujeto responsable. En este sentido, no introduce cambios sustanciales al art. 10 DRPD.

Además, comoquiera que los productos evolucionan y que ello lleva consigo la aparición de nuevas normas de seguridad, se limita temporalmente la responsabilidad de los operadores económicos, al igual que hace la actual Directiva, a un plazo de 10 años, a contar ahora desde la introducción del producto en el mercado o desde que se puso en servicio o se modificó sustancialmente (puesto que, como vimos, significa una nueva introducción del producto en el mercado). El problema de ese plazo se ha planteado en relación a los llamados «daños latentes», esto es los que sólo pueden descubrirse mucho tiempo después de que se haya producido el evento dañoso, y ello porque puede suceder, y de hecho ha sucedido, que la víctima no pueda reclamar su indemnización porque ya haya transcurrido el plazo durante el cual responde el fabricante¹⁹⁰. De las soluciones acogidas por las distintas legislaciones nacionales para corregir ese problema, la Propuesta de Directiva ha elegido una que parece poco satisfactoria: ampliar el plazo de 10 años a 15 años cuando el daño sea corporal y se haya detectado con posterioridad. Como puede verse, se trata de una ampliación insuficiente porque hay casos en los que el período de latencia es muy superior¹⁹¹.

Otra modificación importante -y cuestionable- reside en que la Propuesta de Directiva califica todos esos plazos de prescripción y matiza que estarán sujetos a las reglas de interrupción de cada uno de los Estados Miembros. Esta licencia implicará, si no se corrige este punto, la existencia de graves discordancias en un tema tan importante como el de la delimitación temporal de la responsabilidad por productos¹⁹². Y, desde luego, contrasta con la intención de homogeneizar al máximo el régimen de los daños causados por productos defectuosos que, como

¹⁸⁹ Acerca de los criterios de imputación objetiva del daño, por todos: PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva...», cit., pp. 1561-1591.

¹⁹⁰ Véase los casos que relata: MARTÍN CASALS, «Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual...», cit., pp. 133-134.

¹⁹¹ Así lo apunta, MARTÍN CASALS, «Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual...», cit., p. 134, quien considera que esa ampliación del plazo «no soluciona nada por ser manifiestamente insuficiente a la luz de la experiencia acumulada en los casos de daños causados por el amianto o asbesto, especialmente en el caso del mesotelioma, que tiene un periodo de latencia muy superior».

¹⁹² GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva», cit., p. VII; MARTÍN CASALS, «Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual...», cit., pp. 135-136.

hemos visto, subyace en la Propuesta de Directiva¹⁹³. No tiene mucho sentido que el art. 3 de la Propuesta de Directiva prohíba expresamente a los Estados Miembros introducir, en su legislación nacional, disposiciones distintas, más o menos estrictas, que den un nivel diferente de protección a los consumidores, y que, sin embargo, se remita a las legislaciones de los Estados Miembros para la regulación de la prescripción.

11. A modo de conclusión

Resulta loable que el legislador europeo proponga adaptar las normas de la DRPD a la era digital y que, dado el calado de los cambios que se requieren, proyecte una nueva Directiva que sustituya a la anterior. También es plausible que esta Propuesta de Directiva haya tenido en cuenta muchas de las indicaciones que la doctrina y el ELI reivindicaron para su reforma. No obstante lo anterior, como he pretendido demostrar en estas líneas, algunos puntos del régimen propuesto todavía son susceptibles de ser mejorados antes de que se apruebe su texto definitivo y es deseable que así sea.

Llegados a este punto, lo que resulta realmente controvertido, a mi modo de ver, es si este nuevo régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos va a poder enfrentar los problemas que plantean los sistemas dotados de inteligencia artificial fuerte, y, por ende, de capacidad de autoaprendizaje y de autonomía. Entre ellos, piénsese en la aplicación de la cláusula de exoneración basada en los riesgos de desarrollo a los daños causados por estos sistemas que están continuamente aprendiendo y cuyas decisiones son imprevisibles para sus operadores; así, por mucho que se adapte la redacción de la cláusula para contemplar momentos posteriores a los de la introducción del sistema inteligente en el mercado, su aplicación en este ámbito resulta difícil y provocará, a mi juicio, que los operadores económicos puedan exonerarse acreditando que los conocimientos científicos y técnicos imperantes no les permitieron prever ni evitar el daño que causó el sistema inteligente. Quiero decir: es loable incluir el *software* o sus actualizaciones como producto, ampliar la noción de productor, cambiar el concepto de defecto, etc., sin embargo, el problema se plantea cuando el daño es debido a una decisión del propio sistema inteligente, fruto de un proceso de autoaprendizaje, que sólo podría haberse evitado en caso de no haber estado provisto de esa capacidad y autonomía y que para los operadores económicos puede implicar -y así se supone lo alegrarán- un riesgo de desarrollo. Esa consecuencia (la exoneración de los operadores económicos) sólo podría evitarse entendiendo que la autonomía del sistema inteligente es un defecto en sí mismo considerado y/o eliminando en este ámbito la cláusula de exoneración basada en los riesgos de desarrollo. Y tanto lo uno, como lo otro, lleva consigo efectos negativos similares: si la autonomía del sistema inteligente es calificada de “defecto”, se dota de una connotación negativa al propio progreso y a la innovación tecnológica; y si se elimina la cláusula de exoneración basada en los riesgos de desarrollo, se endurece la responsabilidad de los operadores económicos y se provoca un freno en la inversión tecnológica. En ambos casos, se produce un perjuicio a la sociedad en general.

¹⁹³ De hecho, también como Disposición Final, se incluye la imposición a los Estados Miembros de publicar, con formato electrónico y fácilmente accesible, las sentencias referidas a estos procedimientos con la finalidad de facilitar una interpretación «armonizada» de la Propuesta de Directiva por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros.

Así las cosas, a mi juicio, no habrá problema en aplicar las normas de la responsabilidad civil por productos a los sistemas inteligentes tradicionales, pero a medida que vayan apareciendo otros dotados de capacidad de autoaprendizaje/autonomía, la aplicación de dicha normativa se adivina difícil, por más que se reformen sus normas. Para este tipo de sistemas podría pensarse que el régimen de la responsabilidad está en otro lugar, como el que en su día planteó el Parlamento Europeo en su Propuesta de Reglamento de 2020, o el que ahora contempla la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil e inteligencia artificial (que se propone como complementaria de la que ha sido objeto de análisis en estas líneas y que curiosamente parte de un régimen de responsabilidad por culpa, con un juego de presunciones, en el que no puedo entrar en este momento). Esas Propuestas son una clara prueba de que la Unión Europea entiende que los Estados Miembros no tienen normas adecuadas en su Derecho de daños (amén de que las que tiene no están armonizadas) para ser aplicadas a la inteligencia artificial; por ello, es obvio que, en este momento, ha emprendido el camino para intentar acabar con la inseguridad jurídica que provoca en los operadores de sistemas inteligentes, y, sobre todo, en los empresarios y fabricantes, el temor de no saber cuál va a ser la normativa aplicable, dado que en muchos casos realizan su actividad de forma transfronteriza. De hecho, la inseguridad acerca de cuáles son las normas de responsabilidad civil aplicables los daños causados por la inteligencia artificial es uno de los grandes obstáculos para la utilización e inversión en la inteligencia artificial.

Pues bien, quizá esa normativa general de responsabilidad civil por los daños causados por los sistemas inteligentes, que complementará el régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos, sea la que resulte más idónea cuando dichos sistemas estén dotados de inteligencia artificial fuerte, puesto que, por los motivos apuntados, es difícil hablar de productos y defectos cuando los sistemas son capaces de tomar decisiones, que son fruto de un proceso de autoaprendizaje, y que no pudieron ser previstas ni evitadas en el momento en que se diseñaron. A no ser, insisto, que el propio progreso, que lleva consigo atribuir cada vez mayor autonomía a la inteligencia artificial, se considere un defecto; lo cual, seguramente, no parece deseable.

12. Bibliografía

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, «Responsabilidad civil en la circulación de vehículos autónomos», en MONTERROSO CASADO, E., (dir.), *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 145-170.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «Daños causados por las cosas: una nueva visión a raíz de la robótica y de la inteligencia artificial», *Working paper 4/2020*, Universitat de Barcelona, pp. 1-56.

ATIENZA NAVARRO, M^a Luisa, *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Atelier, Barcelona, 2022.

BARRIO ANDRÉS, Moisés, «Del Derecho de Internet al Derecho de los robots», en BARRIO ANDRÉS, Moisés (dir.), *Derecho de los robots*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 65-92.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de junio de 1985», *Estudios sobre consumo*, nº 7, 1986, pp. 7 ss.

BERTOLINI, Andrea, *Artificial intelligence and civil liability* (estudio encargado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo), julio 2020, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>. (Fecha consulta: 10.10.2022).

CARRASCO PERERA, A., «A propósito de un trabajo de Gunter Teubner sobre la personificación civil de los agentes de inteligencia artificial avanzada», *Centro de Estudios de Consumo. Publicaciones periódicas*, 11 enero 2019, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>. (Fecha consulta: 03.10.2022).

COMISIÓN EUROPEA, «Libro Blanco sobre la inteligencia artificial -un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza », 19 febrero 2020» COM(2020) 65 final, disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf. (Fecha consulta: 04.10.2022).

COMISIÓN EUROPEA, «Informe sobre las implicaciones de la inteligencia artificial, del internet de las cosas y de la robótica, en la responsabilidad civil y en las normas de seguridad de los productos», Anexo al Libro Blanco, 19 de febrero de 2020. (COM (2020) 64 final), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0064>. (Fecha consulta: 04.10.2022).

COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos* (85/374/CEE), 7 mayo 2018, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0246&from=FR>. (Fecha consulta: 04.11.2022).

EBERS, Martín, «La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el Derecho de la responsabilidad civil?», (traducción al castellano por: VENTURA VENTURA, J. M.), InDret, julio 2016. (Fecha consulta: 03.1.2023).

ELIZALDE SALAZAR, Idoia, *Vehículos autónomos. Responsabilidad civil y seguro*, Aranzadi, Pamplona, 2022.

ERCILLA GARCÍA, Javier, «Aproximación a una personalidad jurídica específica para los robots», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 47, 2018, pp. 1-34.

EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Feedback on the Commission's proposal for a revised product liability Directive*, 9 diciembre 2022, disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_on_the_EC_Proposal_for_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf. (Fecha consulta: 03.01.2023).

EUROPEAN PARLIAMENT, *Aligning the Product Liability Directive with the circular economy and emerging technologies. Revision of Directive 85/374/EEC*, 24 octubre 2022, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/734683/EPRS_BRI\(2022\)734683_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/734683/EPRS_BRI(2022)734683_EN.pdf). (Fecha consulta: 12.11.2022).

EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Draft of a Revised Product Liability Directive. Draft Legislative Proposal of the European Law Institute*, agosto de 2022, disponible en www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Draft_of_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf. (Fecha consulta: 04.11.2022).

EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Response of the European Law Institute (ELI) to the Public Consultation of the European Commission on Civil Liability. Adapting liability rules to the digital age and artificial intelligence*, (autores: KOCH, Bernhard, BORGHETTI, Jean-Sébastien, MACHNIKOWSKI, Piotr, PICHONNAZ, Pascal, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, TWIGG-FLESNER, Christian, WENDEHORST, Christiane), 10 enero 2022, disponible en https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_to_Public_Consultation_on_Civil_Liability.pdf. (Fecha consulta: 04.11.2022).

EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age, Pilot Innovation Paper*, (autores: KOCH, Bernhard, BORGHETTI, Jean-Sébastien, MACHNIKOWSKI, Piotr, PICHONNAZ, Pascal, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, TWIGG-FLESNER, Christian, WENDEHORST, Christiane), 2021, disponible en https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf. (Fecha consulta: 22.11.2022).

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *InDret*, n°4, 2022, Editorial. (Fecha consulta: 03.1.2023).

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos/GARCÍA MICÓ, Tomás Gabriel, «Liability for artificial intelligence and other emerging technologies», *InDret*, 1, 2020, pp. 501-511. (Fecha consulta: 03.02.2023).

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *Daños causados por productos defectuosos*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Comares, Granada, 2004.

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, *Aspectos legales de la inteligencia artificial. Personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil*, Dykinson, Madrid, 2022.

JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo, *Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*, McGrawHill, Madrid, 1998.

LÓPEZ DEL MORAL, Ignacio/QUESADA LÓPEZ, Pedro Manuel/ANTÓN SANCHO, María, «Inteligencia artificial y responsabilidad civil: ¿es realmente necesario un cambio en el ordenamiento jurídico?», *Diario La Ley*, n° 47, Sección Ciberderecho, 29 enero 2021, pp. 1-27.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Daños por productos: estado de la cuestión*, Tecnos, Madrid, 2001.

MARTÍN CASALS, Miquel, «Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual. A propósito de los sistemas de inteligencia artificial (IA)», en PÉREZ JUAN, José Antonio / SANJUÁN ANDRÉS, Francisco Javier, *La cultura jurídica en la era digital*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 101-138.

MARTÍN CASALS, Miquel, «Acotaciones sobre la relación de causalidad y el alcance de la responsabilidad desde una perspectiva comparada», en SANTOS, María José/ MERCADER, Jesús/DEL OLMO, Pedro (dios.), *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 215-264.

MARTÍN CASALS, Miquel, «Causation and Scope of Liability in the Internet of Things (IoT)», en LOHSSE, Sebastian/SCHULZE, Reiner/ STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Liability for Robotics and in the Internet of Things* (Munster Colloquia on Eu Law and the Digital Economy IV), Nomos/Hart, 2019, pp. 201-228.

MARTÍN CASALS, Miquel/SOLÉ FELIÚ, Josep, «Comentario a la sentencia de 10 de junio de 2004», *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*, nº 67, 2005, pp. 361-378.

MONTERROSO CASADO, Ester/DÍAZ DÍAZ, Efrén, «Responsabilidad civil y protección de datos en el uso de los drones», en MONTERROSO CASADO, Ester (dir.), *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 171-235.

MUÑOZ GARCÍA, Carmen, «Adaptar o reformular la Directiva 85/374, sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos a la inteligencia artificial», *Diario La Ley*, nº 59, Sección Ciberderecho, 1 marzo 2022, pp. 1 ss.

MUÑOZ GARCÍA, Carmen, «Adaptar o reformular la directiva 85/374 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la inteligencia artificial: últimas novedades», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 98, 2022, pp. 2886-2908.

NAVARRO-MICHEL, Mónica, «Vehículos automatizados y responsabilidad por producto», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, nº 5, octubre-diciembre 2020, pp. 175- 223.

NAVARRO-MICHEL, Mónica, «Vacunas, defectos y relación de causalidad. Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 junio de 2017», en *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 20, 2019, pp. 165-184.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Régimen europeo en ciernes en materia de responsabilidad derivada de los sistemas de inteligencia artificial», *Revista Cesco de Derecho de consumo*, nº 44/2022, pp. 27-51.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Seguimos necesitando normas de responsabilidad civil en caso de daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo», *Centro de Estudios de Consumo*, Publicaciones jurídicas, octubre 2022, pp. 1-6.

NAVAS NAVARRO, Susana, *Daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial*, Comares, Granada, 2022.

NÚÑEZ ZORRILLA, M^a Carmen, *Inteligencia artificial y responsabilidad civil. Régimen jurídico de los daños causados por robots autónomos con inteligencia artificial*, Reus, Madrid, 2019.

ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel, *La responsabilidad civil derivada de los daños causados por sistemas inteligentes y su aseguramiento*, Dykinson, Madrid, 2021.

PALMERINI, Erica, «Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea», *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, nº 32, enero-junio 2017, pp. 53-97 (traducción al castellano de DÍAZ LINDAO, Indira).

PANTALEÓN PRIETO, A. F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./ *et altri*, *Centenario del Código civil (1889-1989)*, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 1561-1591.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, «Responsabilidad civil por productos defectuosos», en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, parte general, 4^a edición, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 1130-1221.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, «El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas», capítulo actualizado por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar, en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, parte general, 4ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 455 ss.

RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, «Responsabilidad civil por productos defectuosos», en CLEMENTE MEORO, Mario/COBAS COBIELLA, Mª Elena (dirs.), *Derecho de Daños*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1410-1472.

SALVADOR CODERCH, Pablo Salvador/RUBÍ PUIG, Antonio, «Causas de exoneración de la responsabilidad. Excepción por riesgos de desarrollo», en SALVADOR CODERCH, Pablo Salvador/GÓMEZ POMAR, Fernando (dirs.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

SALVADOR CODERCH, Pablo Salvador/SOLÉ FELIÚ, Josep, *Brujos y aprendices: los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

SOLÉ FELIÚ, Josep, «Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 1, enero-marzo, 2018, pp. 55-97.

SOLÉ FELIÚ, Josep, «Responsabilidad del fabricante por daños causados por vacunas problemas de prueba y presunciones judiciales. Análisis de la jurisprudencia que deriva de la STJUE de 21 de junio de 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 105, 2017, pp. 577-607.

SOLÉ FELIÚ, Josep, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

ZURITA MARTÍN, Isabel, «Las propuestas de reforma legislativa del libro blanco europeo sobre inteligencia artificial en materia de seguridad y responsabilidad civil», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 14, febrero 2021, pp. 438-487.

La obligación de insertar el número de inscripción de las viviendas turísticas en el registro turístico: su conformidad con el Derecho comunitario

Sumario

-
La legalidad de alguna de las restricciones impuestas por las normas autonómicas y locales a la actividad de AVUT y su conformidad con el derecho comunitario, ha sido reiteradamente cuestionada por los órganos de la competencia, las asociaciones de viviendas turísticas y las plataformas de alojamiento, suscitando un vivo debate que ha obligado a los tribunales a pronunciarse en reiteradas ocasiones para resolver los recursos planteados. Algunas limitaciones afectan a la cesión y explotación de las Viviendas de Uso Turístico, al serles exigidos a los propietarios para el inicio de la actividad requisitos y obligaciones que obstaculizan el desarrollo de su actividad y que, en algunos casos, se consideran de facto «regímenes de autorización» contrarios al espíritu y finalidad de la Directiva 2006/123/ CE de servicios. Otras, en cambio, no afectan al inicio de la actividad sino a los requisitos y condiciones exigidas a las plataformas de alojamiento para publicitar y comercializar las VUT. Pese a no quedar sometidas a concretas autorizaciones para desarrollar su actividad, se las obliga a comprobar si los alojamientos que incluyen en sus páginas web reúnen los requisitos que la administración autonómica les exige para poder ser publicitados y comercializados como VUT, haciéndolas responsables en caso de incumplimiento y contraviniendo el régimen jurídico que para los PSSI acoge la Directiva 2000/31/CE de Comercio electrónico.

Abstract

-
The legality of some of the restrictions imposed by regional and local regulations on the activity of AVUT and its conformity with community law, has been repeatedly questioned by competition bodies, tourist housing associations and accommodation platforms, sparking a lively debate that has forced the courts to rule on repeated occasions to resolve the appeals raised. Some limitations affect the transfer and exploitation of Tourist Use Dwellings, as the owners are required to start the activity with requirements and obligations that hinder the development of their activity and that, in some cases, are considered de facto «regimes of authorization» contrary to the spirit and purpose of Directive 2006/123/EC on services. Others, on the other hand, do not affect the start of the activity but rather the requirements and conditions demanded of the hosting platforms to advertise and market the VUTs. Despite not being subject to specific authorizations to carry out their activity, they are obliged to check whether the accommodations that they include on their web pages meet the requirements that the regional administration demands of them in order to be advertised and marketed as VUTs, making them responsible in the event of non-compliance and contravening the legal regime that for the PSSI welcomes the Directive 2000/31/CE of Electronic Commerce.

Title: *The obligation to insert the registration number of tourist homes in the tourist register. Its conformity with the community legal system*

Palabras clave: Prestación de servicios, viviendas turísticas, plataformas de alojamiento.

Keywords: Provision of services, tourist housing, accommodation platforms.

-
DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.02

Recepción
17/11/2022

Aceptación
10/01/2023

Índice

1. Planteamiento del problema

2. La obligación de inscripción de las VUT en el RAT como requisito para el inicio de la actividad y para su publicidad y comercialización

2.1. Normativas que imponen la obligación de incluir el número de registro de los alojamientos para su cesión, explotación y publicidad

2.2. La calificación de la obligación de inscripción de las VUT como «régimen de autorización» y su conformidad con la DS

2.3. Pronunciamientos acerca de la legalidad de la obligación de inscribir las VUT en el RAT

3. La obligación de las plataformas de insertar el número de inscripción de las VUT que publicitan y comercializan. Su conformidad con el régimen jurídico de los PSSI

3.1. La falta de conformidad de las plataformas con las sanciones impuestas por los órganos autonómicos

3.2. La respuesta de los Tribunales Superiores de Justicia a los recursos planteados por las plataformas. Especial referencia a las sentencias dictadas por el TSJ de Cataluña.

3.3. Doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo: los casos *HomeAway* y *Airbnb*

a. La calificación jurídica de los servicios prestados por las plataformas de alojamiento y el régimen jurídico aplicable

b. El régimen de responsabilidad aplicable a las plataformas de alojamiento. El «conocimiento efectivo» de los datos que alojan

c. La aplicación a las plataformas de alojamiento del Principio de control en origen. Requisitos que ha de reunir un PSSI para considerarlo establecido en España.

3.4. Reflexión final en torno a la doctrina del Tribunal Supremo. La necesidad de acoger un régimen específico de responsabilidad para las plataformas de alojamiento.

4. Bibliografía

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

1. Planteamiento del problema

Desde la entrada en vigor de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del mercado del alquiler de viviendas¹ (en adelante Ley 4/2013) que excluyó del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) el alquiler de viviendas de uso turístico (en adelante AVUT)² y dejó la puerta abierta para que los legisladores autonómicos, en el ejercicio de las competencias que el artículo 148.1.18 CE les atribuye en materia de turismo, pudieran regular esta actividad, prácticamente todas las Comunidades Autónomas (CCAA)³ han venido aprobando restrictivas normativas que imponen, tanto a los propietarios de los alojamientos, como a las plataformas que los ofertan y comercializan, severas limitaciones y requisitos dirigidos a frenar y controlar su expansión. Justifican su intervención en diversas motivaciones: el intrusismo y la competencia desleal⁴, el presunto incumplimiento de las obligaciones fiscales⁵, el interés general y la función social de la propiedad⁶, etc.... A ellas se añaden las que, en aras de la defensa del denominado «derecho a la ciudad»⁷, y en en el ejercicio de las competencias que

¹ Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013).

² La Ley 4/2013, si bien dejó vigente y sin cambio alguno el art. 3.2 LAU referente a los arrendamientos de temporada, modificó el art. 5 LAU añadiéndole un último apartado e) conforme al cual queda excluida del ámbito de aplicación de la Ley «... La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial». La norma fue posteriormente modificada por el Real Decreto-Ley 7/2019 de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2019) que en su artículo 1 apartado segundo da nueva redacción al apartado e) del art. 5 dejando excluido del ámbito de aplicación de la LAU a la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, «comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística».

³ En el momento actual, todas las CCAA salvo Extremadura, tienen aprobadas normativas autonómicas reguladoras de las VUT. Esta Comunidad, pese a no disponer de una normativa específica, ha aprobado la Ley 6/2018, de 12 de julio, de modificación de la Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura (DOE núm. 37, de 16 de julio de 2018).

⁴ Véase la Exposición de Motivos del Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad de Madrid modificado por el Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid (BOCM, de 12 de abril de 2019).

⁵ Véase el Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG núm. 29, de 10 de febrero de 2017).

⁶ Véase Exposición de Motivos de la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas (BOE) núm. 223, de 15 de septiembre de 2017).

⁷ BANDRES SANCHEZ-CRUZART configura *el derecho a la ciudad* como «un derecho humano emergente que, extendiendo y complementando el catálogo de derechos proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, determina el reconocimiento de un revalorizado estatuto de ciudadanía, derivado de la consideración de la ciudad como espacio público colectivo que garantiza a todos sus habitantes el goce más amplio de los derechos políticos, económicos, sociales, culturales y medioambientales». BANDRÉS SANCHEZ-CRUZART, J.M., «El derecho a la ciudad», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 35, junio, p.98.; PAREJO ALFONSO, L.J., «Urbanismo temporal, derecho a la ciudad y marco estatal de las políticas urbanas», *Revista Práctica Urbanística*, núm. 136, 2015. pp. 6-16; NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Las competencias sobre el alojamiento

las entidades locales tienen atribuidas en materia de urbanismo y ordenación del territorio⁸, han venido imponiendo los ayuntamientos de distintas ciudades a través de la aprobación de ordenanzas⁹ y planes urbanísticos¹⁰. Algunos de ellos restringen notablemente la actividad de AVUT sobre la base de la necesidad de hacer la modalidad de alojamiento en viviendas de uso turístico (en adelante VUT) compatible *con un modelo urbano sostenible basado en la garantía de los derechos fundamentales y la mejora de la calidad de vida de los vecinos*¹¹ y de eliminar las

«colaborativo». Entre el «derecho a la ciudad», la garantía, de la vivienda y la dura lex económica», en *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*, DE LA ENCARNACIÓN, A.M. (Dir.), BOIX PALOP, A. (Coord.) Edit. Thomson- Reuters Aranzadi, 2018, pp.231-260.

⁸ Sobre las restricciones impuesta por la normativa urbanística a las viviendas de uso turístico, véase, entre otros: FRANCH FLUXÀ, J., «Restricciones a la libertad de empresa y el mercado en la normativa urbanística aplicable a las viviendas vacacionales», *Revista Estudios de Deusto* Vol. 69/2 julio-diciembre 2021, pp.43-76; ROMAN MÁRQUEZ, A.: «Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma* (REALA). Nueva Época, núm. 10, octubre 2018, pp.22-39.

⁹ En San Sebastián, por Acuerdo del 1 de marzo de 2018 (BOG núm. 60 de 26 de marzo de 2018), fue aprobada definitivamente la Ordenanza reguladora del uso urbanístico de vivienda turística y alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico. El Acuerdo, junto con parte del artículo 8.4 del Plan General de San Sebastián, fue declarada nulo por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TJPV en la Sentencia STSJ PV de 9 de enero de 2020 (STSJ PV 195/2020 - ECLI:ES: TSJPV:2020:195), que estimó el recurso planteado por la Asociación Anfitriones *Basque Country Hosts*. Los recurrentes alegaban que la ordenanza acogía una regulación completamente restrictiva que constituye una barrera de entrada en el mercado, que no está debidamente justificada ni resulta proporcionada. Más concretamente, denuncian la inclusión en la Ordenanza de las VUT en el uso terciario- hoteles, infringiendo con ello el PGOU (art. 9.1), *ya que las VUT son viviendas, y no se asemejan al uso terciario hotelero.... Alegan la vulneración de la DS y de las normas nacionales de transposición, que debe ser aplicable a la Ordenanza ya que, por su naturaleza la Ordenanza no es "urbanística", y, por lo tanto, debe entenderse incluida dentro de la Directiva.* (Véase FD Segundo). El TJPV anula el Acuerdo por considerar que la herramienta de la ordenanza municipal elegida por el Ayuntamiento para ordenar la existencia de los pisos turísticos no era la adecuada por insuficiente. Esta sentencia ha devenido firme al haber declarado el TS inadmisibles el recurso de casación, con fecha de 1 de septiembre de 2021. Véase el Informe de la Autoridad Vasca de la Competencia sobre la ordenanza reguladora del uso urbanístico de vivienda turística y alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico del Ayuntamiento de San Sebastián. Autoridad Vasca de la Competencia. Proyecto LEA/AVC núm. 250-PROM-2017.

¹⁰ En Madrid, el Plan Especial para la regulación del uso de Servicios Terciarios en la clase Hospedaje (PEH) prevé la implantación de restricciones a la actividad de alquiler de viviendas de uso turístico en once distritos de la ciudad. La regulación municipal determina que una vivienda que se alquile durante más de tres meses al año está desarrollando una actividad comercial y, por tanto, no puede mantener su consideración de inmueble para uso residencial, sino que debe solicitar una licencia de uso terciario, concretamente para hospedaje. Véase: Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de 26 de julio de 2018, de Aprobación Inicial del Plan Especial de Regulación del Uso de Servicios Terciarios en la clase de Hospedaje. Distritos de Centro, Arganzuela, Retiro, Salamanca, Chamartín, Tetuán, Chamberí, Moncloa-Aravaca, Latina, Carabanchel y Usera. (BOCM núm. 196, de 17 de agosto de 2018). En Barcelona, fue aprobado el Plan Especial Urbanístico de Alojamiento Turístico (PEUAT) de Barcelona. Véase. Acuerdo del Pleno del Consell Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de 1 de abril de 2.016 (BOPB del 6 de marzo de 2017). El plan establece el crecimiento cero de las VUT en toda la ciudad. Solamente cuando cese una VUT de una de las zonas saturadas se permitirá una nueva alta o la redistribución de la zona de crecimiento contenido. Véase también el Informe de la Autoritat Catalana de la Competencia, *Nota sobre la aprobación definitiva del Plan especial urbanístico de alojamientos turísticos* (PEUAT) de Barcelona (Ref. núm. OB 33/2017). En Bilbao, véase Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao, adoptado en su sesión de 25 de enero de 2018, por el que se lleva a cabo la aprobación definitiva de la Modificación pormenorizada del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao, en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico (BOB de 13 de febrero de 2018). En Valencia, el Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de 13 de febrero de 2020 aprueba definitivamente el Plan Especial de Protección y Catálogo de Protecciones Ciutat Vella de València (PEP de Ciutat Vella) (BOCV de 26 de febrero de 2020).

¹¹ Así lo declara expresamente PEUAT de Barcelona, que se define como: «un instrumento urbanístico para ordenar y controlar la implantación de alojamientos turísticos en la ciudad y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos».

«externalidades negativas»¹², identificadas con la saturación de determinados espacios y servicios públicos¹³, con la pérdida de identidad de las ciudades, y con el alza de los precios de la vivienda en las áreas centrales de las ciudades¹⁴.

La legalidad de algunas de las restricciones impuestas por las normativas autonómicas y locales, y su conformidad con el derecho comunitario ha sido reiteradamente cuestionada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC)¹⁵ y por los órganos autonómicos de la competencia¹⁶, las asociaciones de viviendas turísticas¹⁷ y las plataformas de alojamiento, suscitando un vivo debate que, en los últimos años, ha obligado a los tribunales a pronunciarse en reiteradas ocasiones para resolver los recursos planteados. Algunas de las limitaciones denunciadas afectan a la cesión y explotación de las viviendas, al serles exigidos a sus titulares para el inicio de la actividad y para publicitar y comercializar los alojamientos requisitos y obligaciones que obstaculizan el desarrollo de su actividad y que, en algunos casos, se consideran *de facto* «regímenes de autorización» contrarios al espíritu y finalidad de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior¹⁸ (en adelante DS) y de sus

¹² La CNMC, junto con los efectos positivos que se derivan del crecimiento de la oferta de viviendas turísticas, ha destacado también los posibles efectos negativos derivados del crecimiento de la oferta de viviendas turísticas. Señala como primera clase de externalidad negativa, las derivadas del aumento del turismo, como congestión, ruidos, o consumo de recursos medioambientales. No obstante, deja constancia de que no son exclusivas de las viviendas turísticas, ya que “se producen por cualquier turista, independientemente del modo de alojamiento en el que se hospede”. E/CNMC/003/18 *Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España*, cit, p.8.

¹³ Por ejemplo, en la ciudad de Ibiza se tuvieron que habilitar varias plantas del antiguo hospital de la Seguridad Social de *Ca'n Misses*, ya cerrado, para albergar a diversas personas destinadas a la ciudad con fines laborales que no encontraban vivienda. <http://www.elmundo.es/baleares/2017/05/31/592ed48ee2704ea8738b45fc.html>.

¹⁴ Respecto a las ciudades de Madrid y Barcelona se pronuncia ROMAN MÁRQUEZ quien, atendiendo a tales externalidades negativas considera justificada la intervención local en la actividad de alojamiento en viviendas de uso turístico y las restrictivas normativas acogidas. ROMAN MÁRQUEZ, *Revista de Estudios de la Administración local y Autonómica*, núm. 10, 2018, cit. p. 22.

¹⁵ La CNMC, en un estudio publicado en el año 2018, analiza las restricciones a la competencia incorporadas en la normativa reguladora de las VUT, tanto autonómica como municipal, a partir de los principios de necesidad y proporcionalidad, dejando constancia de los recursos planteados hasta ese momento al objeto de impugnar y declarar la nulidad de diversos preceptos de las distintas normativas autonómicas. E/CNMC/003/18 *Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España*, 19 de julio de 2018. https://www.cnmc.es/sites/default/files/2133063_2.pdf. Un resumen del Estudio y de las principales restricciones destacadas por la CNMC puede encontrarse en GONZALEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., «El posicionamiento de la CNMC frente a la regulación de las viviendas turísticas», *Actualidad administrativa* núm.10, 2018.

¹⁶ Véanse, entre otros: Informe de la Autoridad Vasca de la Competencia sobre la modificación pormenorizada del plan general de ordenación urbana de Bilbao en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico. Proyecto LEA/AVC núm. 251-PROM-2017; Informe Económico sobre la modificación pormenorizada del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao en lo relativo a la regulación del alojamiento turístico, LA/05/2018; I Informe de la Autoridad Vasca de la Competencia sobre la ordenanza reguladora del uso urbanístico de vivienda turística y alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico del Ayuntamiento de San Sebastián. Autoridad Vasca de la Competencia. Proyecto LEA/AVC núm. 250-PROM-2017.

¹⁷ La Federación Española de Asociaciones de Viviendas y Apartamentos Turísticos (FEVITUR) denunció ante la Comisión Europea las diferentes normativas promulgadas en las Comunidades de Galicia, Andalucía, Aragón, Cantabria, País Vasco, Madrid, Baleares, Canarias y los ayuntamientos de Madrid y Barcelona, por considerar que “limitan el derecho a la competencia de la actividad de las viviendas de uso turístico en dichos territorios”. En su opinión, “la dispersión normativa en las Comunidades Autónomas dificulta la unidad de mercado prevista en las normas comunitarias”. La denuncia de FEVITUR ante la Comisión Europea supone una ampliación de la presentada anteriormente por APTUR-Baleares contra la Ley Balear de 2012, una de las más restrictivas. Fuente: FEVITUR. <https://www.fevitur.com>.

¹⁸ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE L 376/36, de 27 de diciembre de 2006).

normas de transposición¹⁹, aprobadas con la finalidad de crear un marco jurídico que garantice la libertad de establecimiento y de circulación de servicios entre Estados miembros²⁰. Otras, en cambio, no afectan a la cesión y explotación de las viviendas por sus titulares, sino a la actividad de las plataformas de alojamiento que las ofertan y comercializan. Pese a no quedar sometidas a concretas autorizaciones para desarrollar su actividad, se las obliga a comprobar que los alojamientos que incluyen en sus páginas web reúnen los requisitos que la administración autonómica exige para que puedan ser publicitados y comercializados como VUT, haciéndolas responsables en caso de incumplimiento. Las plataformas, sobre la base argumental de que actúan como empresas meramente intermediarias entre la oferta inmobiliaria y la demanda turística, alojando los datos que otros proporcionan y, por tanto, prestando un servicio de la sociedad de la información (en adelante SSI), y de que la mayor parte de ellas operan en un país diferente de aquél en el que prestan sus servicios, denuncian la falta de conformidad de estas exigencias con la DS y con la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico²¹ (en adelante DCE).

Reconociendo el interés que el estudio de todas ellas pueda merecer, en este trabajo me centraré en el examen de una concreta obligación impuesta por algunas normativas autonómicas y locales, tanto para el inicio de la actividad de AVUT y para la cesión y explotación de las viviendas por sus propietarios, como para que las plataformas de alojamiento puedan publicitarlas y comercializarlas: la obligación de inscribir las VUT en el correspondiente Registro de Actividades Turística (en adelante RAT). Su incumplimiento ha generado en los últimos años un importante debate y litigiosidad que, en el caso de las plataformas, pese a tratarse de una exigencia administrativa, ha servido al Tribunal Supremo (en adelante TS) para sentar una importante doctrina en torno a la calificación jurídica de la actividad desplegada por ellas, al régimen jurídico al que han de quedar sometidas y a la normativa –autonómica o comunitaria- que debe prevalecer en caso de conflicto. Como se verá en páginas siguientes²², la mayor parte de los litigios arrancan de las resoluciones emitidas por los órganos autonómicos competentes en materia de turismo, obligando a las plataformas a suprimir de su página web todas las viviendas que no tengan incluido el número de registro, imponiéndolas, en algunos casos, cuantiosas sanciones. Las plataformas, haciendo valer su condición de Prestadoras de un servicio de la Sociedad de la Información (en adelante PSSI), han recurrido estas resoluciones defendiendo la legalidad de su actividad como meros intermediarios en la contratación del alquiler de viviendas de corta estancia, sin ningún control sobre los datos que almacenan, negando que su actividad pueda ser calificada de prestación de servicios de alojamiento turístico y, por tanto, serles exigidos los requisitos de acceso al mercado y la responsabilidad de los profesionales del sector de alojamiento turístico.

¹⁹ Ley 17/ 2009, de 23 de noviembre, *sobre el libre acceso de las actividades de servicio y su ejercicio* (BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2009); Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm.308, de 23 de diciembre de 2009); Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013).

²⁰ Véase considerando 12 DS.

²¹Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DOUE núm. 178 de 17 de julio de 2000).

²² Véase *Infra*, pp.24 ss.

2. La obligación de inscripción de las VUT en el RAT como requisito para el inicio de la actividad y para su publicidad y comercialización

2.1. Normativas que imponen la obligación de incluir el número de registro de los alojamientos para su cesión, explotación y publicidad

La obligación de inscripción de las VUT en el RAT es una obligación impuesta a los propietarios en el ámbito autonómico del sector turístico, dirigida a controlar la oferta de viviendas de corta estancia y a comprobar que todos los alojamientos que se publiciten en las plataformas digitales cuenten con la debida autorización administrativa para ser comercializadas como viviendas turísticas. Partiendo de este concepto, la conformidad de las normativas autonómicas que la imponen, con la DS y con la DCE exige diferenciar entre dos grupos: 1) Las que recogen la obligación de inscripción de las viviendas en el RAT a efectos de información y publicidad, pero sin condicionar el inicio de la actividad, ni la publicidad y comercialización de las viviendas a su cumplimiento y, por tanto, sin imponer responsabilidad ni a sus titulares ni a las plataformas. 2) Las que condicionan el inicio de la actividad y la publicidad y comercialización de las viviendas al cumplimiento de esta obligación, acogiendo un severo régimen sancionador para los titulares que no cumplan esta exigencia y para las plataformas que alojen en sus páginas web viviendas que no reúnan los requisitos exigidos por la administración para poder ser publicitadas.

En las primeras, la obligación de inscripción en el registro se presenta como un trámite formal, realizado, en muchos casos, de oficio, con un mero carácter preventivo a los efectos de la labor de control e inspección, pero sin condicionar el inicio de la actividad -que puede realizarse desde el momento mismo de la presentación de la declaración responsable- ni la publicidad y comercialización de las viviendas en plataformas de alojamiento²⁵. Así acogida, no genera

²⁵ En este sentido, el artículo 5.2. del Decreto 225/2019, de 28 de noviembre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC núm. 236, de 10 de diciembre de 2019), a tenor del cual «...La declaración responsable efectuada en los términos establecidos facultará para el ejercicio de la actividad turística desde el mismo día de su presentación. La Dirección General competente en materia de turismo procederá de oficio a la inscripción de la vivienda en el Registro General de Empresas Turísticas de Cantabria. Esta inscripción tendrá carácter preventivo, a resultas de la labor de control e inspección a posteriori realizada por dicha Dirección General. La Dirección competente en materia de turismo dará traslado de la declaración responsable presentada al Ayuntamiento correspondiente al municipio en el que se ubique la vivienda a los efectos oportunos. Por su parte, el artículo 9. apartados 3 y 4 del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos (BOJA núm. 28, de 11 de febrero de 2016), dispone que: «. 3. Las viviendas con fines turísticos se inscribirán de oficio en el Registro de Turismo de Andalucía, comunicándose las altas y bajas a las diferentes corporaciones municipales donde éstas se ubiquen y a la Consejería competente en materia de vivienda. 4. Una vez inscrita la vivienda con fines turísticos, el código de inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía habrá de indicarse en toda publicidad o promoción realizada por cualquier medio...». El artículo 11 solo considera actividad clandestina susceptible de ser calificada como infracción grave el inicio de la actividad sin haber presentado la declaración responsable. Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos En sentido similar, véanse: artículo 14.3. del Decreto 48/2016, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico del Principado de Asturias (BOPA núm. 191, de 17 de agosto de 2016); artículos 6.3. y 12.3. del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOIC núm. 101, de 28 de mayo de 2015); artículo 15. 4. Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León (BOCYL núm. 33, de 17 de febrero de 2017); artículo 69.3 del Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja, introducido por el apartado veintiuno del artículo único del Decreto 40/2018, de 23 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General

conflicto con la normativa comunitaria ya que no restringe la actividad de los titulares de las viviendas para el ejercicio del AVUT, ni tampoco la de las plataformas que las ofertan y comercializan. A los primeros les basta para el inicio y la posterior publicidad y comercialización de las viviendas con la presentación de una declaración responsable, técnica de intervención administrativa *ex post*, acorde con los principios de la DS y de sus normas de transposición, favorables a promover esta técnica de intervención mínima frente a la autorización²⁴. A las plataformas tampoco se les impone, bajo sanción, un deber de vigilancia y control sobre los datos que alojan. Contrariamente, las normas del segundo grupo, al exigir el doble requisito de la declaración responsable y la inscripción en el registro para el inicio de la actividad y para dar publicidad y comercializar las viviendas, podrían entrar en conflicto con la normativa comunitaria al sujetar la actividad de AVUT y la de los PSSI a un régimen de autorización, contrario a los principios y objetivos perseguidos por la DS y por la DCE e imponer a las plataformas un deber de control y una responsabilidad que no les corresponde.

Las normativas autonómicas más restrictivas con la actividad de AVUT califican de oferta ilegal, intrusismo y competencia desleal la publicidad de viviendas que comercialicen estancias turísticas en las que no conste el número de inscripción, considerando infracción grave su incumplimiento y haciendo responder a los titulares y a las plataformas con importantes sanciones. En este sentido, el artículo 28. 3 de la Ley de Turismo Balear de 19 de julio de 2012 (en adelante LTB)²⁵, modificada por el Decreto-Ley 3/2022, de 11 de febrero de medidas urgentes para la sostenibilidad y la circularidad del turismo de las Illes Balears(en adelante Decreto-Ley 3/2022)²⁶, considera oferta ilegal y actividad clandestina, intrusismo y competencia desleal, la publicidad de viviendas que comercialicen estancias turísticas que no hayan presentado la Declaración Responsable de Inicio de Actividad Turística (DRIAT) o que no lleven incorporado el número de inscripción turística de la vivienda, siendo responsables *tanto la persona titular del medio a través del cual se lleva a cabo la publicidad, en soporte de papel, página web o cualquier otro, en los términos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, como la persona responsable de insertar la publicidad...*»²⁷. El incumplimiento

de Turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja (BOLR núm. 141, de 30 noviembre de 2018); artículo 6.6. Decreto núm. 256/2019, de 10 de octubre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la Región de Murcia (BORM núm. 242, de 19 de octubre de 2019).

²⁴ Sobre las técnicas de intervención administrativa en la regulación de las VUT, véanse, entre otros: BAUZA MARTORELL, F.J., «Intervención administrativa en la vivienda de uso turístico», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 189, 2018, pp. 313-346; CUBERO MARCOS, J.I., «Alojamientos vacacionales: hacia un equilibrio entre el control administrativo y la libertad de empresa», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 28, febrero 2019, p.34; MOREU CARBONELL, E., «La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable» *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extra 12, 2010 (Ejemplar dedicado a: *El impacto de la directiva Bolkestein y la reforma de los Servicios en el Derecho Administrativo*), pp. 251 ss; SOCÍAS CAMACHO, J.M., «. Estado regulador y alojamiento colaborativo. El régimen de la intervención pública limitadora de la prestación del servicio» *Revista de Administración Pública*, núm. 205, enero-abril, 2018, pp. 131-170.

²⁵ Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears. (BOE núm.189, de 8 de agosto 2012).

²⁶ Decreto-ley 3/2022, de 11 de febrero, de medidas urgentes para la sostenibilidad y la circularidad del turismo de las Illes Balears (BOE núm. 136, de 8 de junio 2022).

²⁷El párrafo 3º del artículo 28 se mantiene vigente y sin modificación por el Decreto-Ley 3/2022, disponiendo que: «... 3. Con respecto a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, se consideran oferta ilegal y actividad clandestina, intrusismo y competencia desleal, respectivamente, y sin perjuicio de la infracción que implica el resto de incumplimientos normativos: a) La publicidad de viviendas que comercialicen estancias turísticas que no hayan presentado la DRIAT a la administración turística o que no cumplan los requisitos normativos para su comercialización. Es responsable de esta oferta ilegal tanto la persona titular del medio a través del cual se lleva a cabo la publicidad, en soporte de papel, página web o cualquier otro, en los términos de

de estas obligaciones es calificado como infracción grave²⁸. En la misma línea, el artículo 65 bis, apartado 5. de la Ley 7/2011, de 27 de octubre del Turismo de Galicia (en adelante LTG)²⁹ exige que en toda publicidad o actuación de promoción de viviendas que se realice, por cualquier medio o canal, deberá figurar el código de inscripción correspondiente. La responsabilidad para las plataformas en caso de incumplimiento se recoge en el artículo 45 del Decreto 12/2017, de 26 de enero por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia (en adelante Decreto 12/2017)³⁰, a tenor del cual *las sanciones podrán serle impuestas al propietario o propietaria y a la persona o empresa comercializadora indistintamente*³¹.

En la Comunidad Valenciana, el inicio de la actividad de AVUT, así como la publicidad y comercialización de las VUT, resulta especialmente restrictivo. Si bien es cierto que una lectura del artículo 53 de la Ley 15/2018 de 7 de junio, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana (en adelante LTOHCV)³² podría pensarse que los requisitos exigidos para el acceso a la actividad de AVUT es acorde con las técnicas de intervención administrativa admitidas por la DS para la prestación de servicios, al exigir la presentación de una comunicación o declaración responsable, tal conclusión resulta engañosa. De la lectura de otros preceptos se desprende que la inscripción en el RAT es determinante para poder calificar una vivienda como turística, así como para publicitarlas y comercializarlas. Más aún, los trámites en esta Comunidad se complican ya que, conforme a lo dispuesto en el artículo 77. 5 de la LTOHCV, para poder inscribir una VUT en el Registro Turístico es preciso disponer de un documento acreditativo de compatibilidad urbanística emitido por la administración local competente, es decir, que acredite que las viviendas que vayan a ser comercializadas turísticamente se ajustan a los requisitos que dictan los Planes Generales de Ordenación Urbana (en adelante PGOU) de cada Ayuntamiento. Indudablemente, todos estos trámites administrativos conllevan un control *ex ante* de la actividad y, por tanto, la sujeción de la actividad a un claro régimen de autorización. Por otra parte, en lo atinente a la publicidad y comercialización de las viviendas, el artículo 54.1 de la LTOHCV, considera como actividad clandestina y oferta ilegal, que implica la incoación del correspondiente expediente sancionador, *La publicidad o comercialización por cualquier medio de difusión o la realización efectiva de una actividad turística o prestación de servicios sin haber presentado la comunicación o declaración responsable de inicio de actividad*, prohibiendo, en su apartado segundo, *que los alojamientos no inscritos en el Registro de Turismo de la Comunitat Valenciana utilicen las denominaciones «vacacional», «turística» o similares*. El apartado tercero se refiere a la actividad de control, seguimiento y sanción de la que serán objeto estas actividades, declarando los mecanismos de que se valdrá la administración competente *para permitir la presentación ágil y eficaz de denuncias sobre estas cuestiones mencionadas*, destacando el especial

la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, como la persona responsable de insertar la publicidad. Toda la publicidad de estas viviendas tiene que incorporar el número de inscripción turística de la vivienda...»

²⁸ Así lo dispone el artículo 105 LTB.

²⁹ BOE núm. 291, de 3 de diciembre de 2011.

³⁰ DOG núm. 29, 10 de febrero de 2017. Véase también la Instrucción interpretativa 1/2017, de 9 de mayo, para la aplicación del Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia, DOG núm. 89, 10 de mayo de 2017.

³¹ Cfr. artículo 45 Decreto 12/2017.

³² BOE núm. 157, de 29 de junio de 2018.

control al que quedarán sometidas *las actuaciones de esa índole que hagan uso de las nuevas tecnologías*³³.

Más recientemente, ha sido aprobado el Decreto 10/2021, de 22 de enero³⁴ con el objetivo de unificar en una sola norma los decretos vigentes hasta ese momento sobre las distintas modalidades de alojamiento turístico, *para homogeneizar la regulación de cuestiones coincidentes en cada modalidad de alojamiento y evitar la dispersión normativa existente*³⁵. La norma deroga diversas disposiciones³⁶, entre las cuales se encuentra el Decreto 75/2015 de 15 de mayo, del Consell, regulador de los establecimientos hoteleros de la Comunitat Valenciana. Este Decreto había dado nueva redacción al artículo 10 del Decreto 92/2009, de 3 de junio de la Comunidad Valenciana, que imponía especiales exigencias para llevar a cabo la publicidad de las viviendas turísticas, con especial incidencia en la efectuada a través de plataformas digitales, a quienes hacía responsables solidarias de la veracidad de los datos incluidos³⁷. El derogado precepto es

³³ Artículo 54. Actividad clandestina y oferta ilegal. «1. La publicidad o comercialización por cualquier medio de difusión o la realización efectiva de una actividad turística o prestación de servicios sin haber presentado la comunicación o declaración responsable de inicio de actividad, tendrá la consideración de oferta ilegal o actividad clandestina e implicará la incoación del correspondiente expediente sancionador con sujeción a lo dispuesto en esta ley.

2. Se prohíbe la utilización de denominaciones de cualquier actividad turística que puedan inducir a error sobre la clasificación, las categorías o las características de la actividad. Se prohíbe que los alojamientos no inscritos en el Registro de Turismo de la Comunitat Valenciana utilicen las denominaciones «vacacional», «turística» o similares.

3. La actividad clandestina, la oferta ilegal, el intrusismo y la competencia desleal serán objeto de control, seguimiento y sanción, habilitando la administración competente en inspección turística los mecanismos, plataformas en línea y cualesquiera necesarias para permitir la presentación ágil y eficaz de denuncias sobre estas cuestiones mencionadas. Especialmente, se controlarán las actuaciones de esa índole que hagan uso de las nuevas tecnologías».

³⁴ Decreto 10/2021, de 22 de enero, del Consell, de aprobación del Reglamento regulador del alojamiento turístico en la Comunitat Valenciana (DOGV núm. 9015, de 08 de febrero de 2021).

³⁵ Véase Exposición Motivos, apartado I

³⁶ La Disposición derogatoria única, deroga expresamente las siguientes disposiciones:

-Decreto 19/1997, de 11 de febrero, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el régimen de precios y reservas en alojamientos turísticos.

- Decreto 75/2015, de 15 de mayo, del Consell, regulador de los establecimientos hoteleros de la Comunitat Valenciana.

-Decreto 91/2009, de 3 de julio, por el que se aprueba el reglamento regulador de los bloques y conjuntos de viviendas turísticas de la Comunitat Valenciana.

-Decreto 92/2009, de 3 de julio, del Consell, por el que aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana.

-Decreto 184/2014, de 31 de octubre, del Consell, regulador del alojamiento turístico rural en el interior de la Comunitat Valenciana.

-Decreto 6/2015, de 23 de enero, del Consell, regulador de los campings y las áreas de pernocta en tránsito para autocaravanas de la Comunitat Valenciana.

El Decreto 2/2017, de 24 de enero, del president de la Generalitat, por el que se establecen los distintivos correspondientes a las empresas y a los establecimientos turísticos de la Comunitat Valenciana queda derogado en las cuestiones que son objeto de regulación por el presente decreto.

³⁷ Artículo 10 redactado por la disposición adicional primera del Decreto 75/2015, 15 mayo, del Consell, regulador de los establecimientos hoteleros de la Comunitat Valenciana (DOCV núm. 7529, de 20 mayo 2015). En sus apartados segundo y tercero disponía que: «...-La publicidad que se efectúe de las viviendas turísticas inscritas deberá incluir, obligatoriamente, los números de registro de las citadas viviendas y sus categorías. Cuando se trate de empresas gestoras que publiquen conjuntamente distintas unidades de viviendas turísticas ubicadas en el mismo edificio sin que este tenga la consideración de bloque, y así figure inscrito en el correspondiente registro, esta obligación se entenderá cumplida con la inclusión del número de registro de la empresa gestora, que será

reproducido de forma prácticamente idéntica en el artículo 33 del nuevo Decreto 10/2021. Con carácter general, declara en su apartado primero que: *La publicidad, la oferta y la gestión de los alojamientos turísticos se ajustará a las exigencias de veracidad, objetividad y buena fe, proporcionando a las personas usuarias información suficiente sobre las características de aquellas, las condiciones de accesibilidad y de uso y las prestaciones que comprenden los servicios contratados; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto por las normas vigentes sobre publicidad y defensa de las personas consumidoras y de las usuarias.* De forma más concreta, su apartado segundo se refiere a la publicidad de las VUT disponiendo que: *La publicidad que se efectúe de las viviendas de uso turístico inscritas deberá incluir obligatoriamente su número de registro. Cuando se trate de empresas gestoras que publiquen conjuntamente distintas unidades de viviendas de uso turístico ubicadas en el mismo edificio, sin que este tenga la consideración de bloque y así figure inscrito en el correspondiente registro, se entenderá cumplida esta obligación con la inclusión del número de registro de la empresa gestora, que será responsable ante la administración de que todas y cada una de las viviendas publicitadas del edificio cuenten con su correspondiente número de inscripción en el registro y de disponer de una relación debidamente actualizada donde se identifique cada vivienda publicitada con su número de inscripción.* Por último, con especial incidencia en la responsabilidad de las plataformas, afirma el apartado 3 que: *El cumplimiento de lo dispuesto en los anteriores apartados será objeto de especial vigilancia en el supuesto de que la publicidad se efectúe a través de los servicios de la sociedad de la información, siendo responsables solidarias de la inclusión del número de registro las personas titulares de los canales de publicidad o comercialización*³⁸.

De especial relevancia resulta la normativa catalana por tratarse de la que mayor número de contenciosos ha motivado. Concretamente, el debate se centra en el artículo 73.5 de la Ley 13/2002, de 21 de junio de turismo de Cataluña (en adelante LTC)³⁹, que establece la obligación de que en los establecimientos turísticos que se anuncien se haga constar el número de inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña (en adelante RTC)⁴⁰. El rigor de esta normativa se ha visto agravado con la aprobación del Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Cataluña (en adelante Decreto 75/2020)⁴¹, que impone a las plataformas de alojamiento, no solo la obligación de hacer constar en la publicidad y comercialización el número de inscripción en el RAT, sino también la de comprobar que esta información es veraz e inequívoca. Concretamente, el artículo 251-2 recoge el régimen jurídico y la responsabilidad de los intermediarios e intermediarias de empresas turísticas de alojamiento. Si bien en su apartado primero parece eximir a las plataformas de obligaciones administrativas para llevar a cabo el ejercicio de su

responsable ante la Administración de que todas y cada una de las viviendas publicitadas del edificio cuenten con su correspondiente número de inscripción en el registro y de disponer de una relación debidamente actualizada donde se identifique cada vivienda publicitada con su número de inscripción.

– El cumplimiento de lo dispuesto en los anteriores apartados será objeto de especial vigilancia en el supuesto de que la publicidad se efectúe a través de los servicios de la sociedad de la información, siendo responsables solidarios los titulares de los canales de publicidad o comercialización de su inclusión y de la veracidad de los datos incluidos en sus medios».

³⁸ Sobre la exigencia de la obligación de inscripción de las viviendas en la Comunidad Valenciana, véase SORIANO ARNANZ A., «Medidas de control y acceso al mercado del alojamiento colaborativo: la declaración responsable y el registro en la Comunidad Valenciana», en DE LA ENCARNACIÓN A.M.- BOIX PALOP A., La regulación del alojamiento colaborativo, Cizur Menor, 2018, primera ed. pp. 334-341

³⁹ Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña (BOE núm. 169, de 16 de julio de 2002)

⁴⁰ Artículo 73.5. LTC: «... 5. El número de inscripción de los alojamientos turísticos en el Registro de Turismo de Cataluña debe constar en todo tipo de publicidad, promoción o comercialización».

⁴¹ Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Cataluña (DOGC núm. 8195, de 6 de Agosto de 2020)

actividad de intermediación⁴², en su apartado segundo sujeta dicho ejercicio al régimen jurídico que les sea de aplicación de la Ley de turismo y, en concreto, al cumplimiento de las siguientes obligaciones y prohibiciones: c) *La obligación de constatar que quien solicite la inserción de anuncios, ofertas o reclamos publicitarios dispone del NIRTC (número de inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña) o bien del número provisional, absteniéndose de insertarla si este le falta.* d) *La obligación de hacer constar en la comercialización y en todo tipo de publicidad que les anuncie que dispone de los correspondientes números que prevé el párrafo anterior; y la prohibición de hacer publicidad sin hacer constar alguno de los números mencionados. La información sobre los números debe cumplir las obligaciones establecidas en las normas de publicidad y de competencia desleal, y a tal efecto debe ser veraz e inequívoca. La Dirección General competente en materia de turismo puede establecer e interpretar mediante circulares e instrucciones los aspectos que debe cumplir la mencionada información.* Para reforzar su cumplimiento, el apartado tercero del mencionado precepto deja constancia expresa de la potestad disciplinaria que puede ejercer la administración autonómica con competencias en el sector turístico para el caso de que los intermediarios o intermediarias turísticos no cumplan con estas obligaciones⁴³, proclamando el artículo 631. 6 en su apartado 3º la responsabilidad solidaria del propietario de la vivienda y de los intermediarios e intermediarias turísticos por el incumplimiento de las obligaciones impuestas en la normativa sectorial turística⁴⁴.

La amplitud con la que el artículo 251-1 del Decreto 75/2020 define en su apartado primero a los intermediarios de empresas y establecimientos turísticos que quedan sometidos a este régimen jurídico y a responsabilidad, elimina cualquier duda acerca del sometimiento de las plataformas de alojamiento a su ámbito de aplicación⁴⁵, tanto de las establecidas en Cataluña como fuera de

⁴² Artículo 251. 2.1. «Los intermediarios e intermediarias de empresas turísticas de alojamiento no están sujetos a poner en conocimiento de las administraciones turísticas el ejercicio de su actividad de intermediación, y tampoco son objeto de inscripción en el Registro de turismo de Cataluña...».

⁴³ Artículo 251-2. 3: «... Las administraciones competentes en materia de turismo ejercerán su potestad en disciplina turística sobre los intermediarios e intermediarias turísticos que no cumplan con sus obligaciones, de acuerdo con lo que dispone el libro sexto del presente Decreto...». Para que no quede duda de que los prestadores de servicios de intermediación quedan sometidos al régimen disciplinario del Decreto, el Artículo 611-2. Declara expresamente que: «A los efectos de la regulación vigente en materia turística, se entiende por disciplina administrativa turística cualquier actuación relativa a la comprobación, inspección, regulación y control de los sujetos, servicios y actividades turísticas, incluyendo a los intermediarios del sector turístico, y sea cual sea el medio que utilicen, incluido a distancia o por vía electrónica, con la finalidad de que en el desarrollo de la actividad turística se respeten las disposiciones sobre la ordenación del turismo».

⁴⁴ Artículo 631-6. apartado 3: «La persona propietaria y la persona gestora de una vivienda de uso turístico, y la persona propietaria y la persona que comparta la vivienda principal como servicio de alojamiento turístico, en el supuesto de que no sean la misma persona, son responsables solidarias de las infracciones e incumplimientos de las obligaciones definidas en la normativa sectorial turística, de vivienda, de consumo y municipal de aplicación en razón de su actividad, tanto si la actividad está debidamente habilitada como si no lo está...».

⁴⁵ Artículo 251-1. Definición. 1 A los efectos del presente Decreto, tiene la consideración de intermediario o intermediaria de empresas y establecimientos turísticos de alojamiento cualquier entidad, operador de mercado o prestador de servicios de la sociedad de la información, que directa o indirectamente y en cualquier grado de participación, colaboración o patrocinio realice a título oneroso cualquiera de las siguientes actividades relacionadas con alojamientos turísticos situados en Cataluña:

- a) Presentar ofertas, promocionarlas o ponerlas en el mercado en base a la información que le ha facilitado la persona que pretende explotar el alojamiento.
- b) Facilitar el contacto entre vendedores y compradores.
- c) Facilitar la contratación o comercialización.
- d) Realizar reservas o la gestión del alojamiento.

ella, cuando realicen la intermediación de establecimientos o de empresas de alojamiento turístico situados en Cataluña⁴⁶. Resulta revelador cómo el legislador autonómico, adelantándole a la problemática que de la aplicación del Decreto a las plataformas de alojamiento pueda derivarse por su posible colisión con la normativa comunitaria, declara en su Preámbulo que *...Sin ninguna voluntad de regular a las personas intermediarias ni de interferir en campos normativos ajenos* (lógicamente se está refiriendo a la regulación que para los PSSI acogen la DCE y la DS) [...] *...el objetivo de la norma es evitar el fraude en los mercados en línea y la comercialización de alojamiento turístico ilegal. La responsabilidad que se les exige es garantizar la visualización de la legalidad de la oferta en la que hacen de intermediarios mediante la publicidad del número de registro turístico correspondiente o bien del número provisional que prevé el artículo 111-4. i) del presente Decreto. La inclusión de esta referencia clarifica el mercado, lo hace más transparente y es una garantía de protección de los derechos de las personas destinatarias de los servicios...*⁴⁷.

Es en este contexto normativo acogido por las distintas CCAA donde se cuestiona la legalidad de la obligación de inscripción de las VUT en el RAT y su conformidad con la normativa comunitaria. Por una parte, se debate si la exigencia conjunta de esta obligación, junto con la presentación de la declaración responsable para el inicio de la actividad de AVUT y para publicitar y comercializar los alojamientos, conlleva una limitación a la libre prestación de la actividad de AVUT, sujetando la actividad a un régimen de autorización previa contrario a los principios de la DS. Por otra, si la obligación impuesta a las plataformas de velar porque las viviendas que alojan en sus páginas web cumplan los requisitos administrativos exigidos para su publicidad e, incluso, en algunos casos, comprobar su veracidad, contraviene el régimen jurídico previsto en la DCE y en la DS para los PSSI. En último término, la conformidad de estas obligaciones con la normativa comunitaria exige dar respuesta, entre otras, a las siguientes cuestiones: 1) Si conllevan la sujeción de la actividad de AVUT y de la publicidad y comercialización de los alojamientos a un régimen de autorización previa que contraviene la DS. 2) Si la obligación de las plataformas de velar por el cumplimiento de los requisitos administrativos exigidos a las VUT conlleva un deber de control que excede de las obligaciones que la normativa comunitaria impone a los PSSI. 2) Si dicha exigencia contradice el régimen de exención de responsabilidad que para los PSSI recogen la DCE y la LSSI; 3) Si vulnera el Principio de Control en origen (en adelante PCO) al estar exigiéndoles a los prestadores de un servicio requisitos más estrictos que los del país donde están establecidos; 4) De ser así, y entrar la normativa comunitaria en conflicto con las exigencias impuestas por las distintas normativas autonómicas, resultaría necesario determinar el régimen jurídico prevalente.

2.2. La calificación de la obligación de inscripción de las VUT como «régimen de autorización» y su conformidad con la DS

La legalidad y conformidad de la obligación de inscripción de las VUT en el RAT con la DS ha sido cuestionada en numerosas ocasiones al considerarse que su exigencia conjunta con la declaración responsable obstaculiza el desarrollo de la actividad de AVUT imponiendo *de facto* a

Se incluyen los servicios de intermediación por medios audiovisuales, electrónicos o informáticos y por sistemas o aplicaciones interactivos.

⁴⁶ Así se desprende de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 251-1 a tenor del cual: «2 De acuerdo con el ámbito de aplicación establecido en la Ley de turismo, están sujetos al régimen jurídico del presente Decreto los intermediarios e intermediarias establecidos en Cataluña y los establecidos fuera de Cataluña cuando realicen la intermediación de establecimientos o de empresas de alojamiento turístico situados en Cataluña».

⁴⁷ Véase apartado V Preámbulo del Decreto 75/2020.

la actividad de AVUT un régimen de autorización previa. Esta técnica de intervención administrativa contradice los principios y objetivos de la DS que promueve la sustitución del régimen de autorización por técnicas de intervención menos restrictivas. Partiendo de esta idea, y con carácter previo, resulta necesario plantearse la cuestión de si, a la luz de su objeto y de su ámbito de aplicación, la DS resulta aplicable a la actividad de AVUT. Más concretamente, si dicha actividad queda enmarcada dentro del ámbito de aplicación del régimen de autorización acogido en el artículo 4.6 DS⁴⁸ y, por tanto, si le son de aplicación las condiciones y requisitos que los artículos 9.1.⁴⁹ y 10.1.⁵⁰ DS imponen a los Estados miembros para sujetar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización. La cuestión adquiere especial

⁴⁸ El artículo 4.6 de la DS lo define el régimen de autorización como «cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio»

⁴⁹ Artículo 9. 1 DS: «Los Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones:

- a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata
- b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general;
- c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz. ...».

En el mismo sentido, el Artículo 5 de la Ley 17/ 2009 declara que «La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen.

- a) No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;
- b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general, y
- c) Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.

⁵⁰ Artículo 10.1 DS: «Los regímenes de autorización deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria.

2. Los criterios contemplados en el apartado 1 deberán reunir las características siguientes:

- a) no ser discriminatorios;
- b) estar justificados por una razón imperiosa de interés general;
- c) ser proporcionados a dicho objetivo de interés general;
- d) ser claros e inequívocos;
- e) ser objetivos;
- f) ser hechos públicos con antelación;
- g) ser transparentes y accesibles...».

En el mismo sentido, el artículo 6 Ley 17/2009 declara que «Los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones a que se refiere esta Ley deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación. En todo caso, deberán respetar las disposiciones recogidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, así como garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general».

relevancia a la vista de las decisiones acogidas por los Tribunales Superiores de algunas CCAA, justificando las severas limitaciones impuestas al AVUT por los planes urbanísticos de los ayuntamientos, sobre la base de la no aplicabilidad de la DS a materias referidas a la ordenación del territorio y el urbanismo, considerando que quedan excluidas, tanto de su regulación, como de las leyes nacionales que la transponen⁵¹.

Sobre el tema ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la Sentencia de 22 de septiembre de 2020 (Asuntos acumulados C-724/18 y C-727/18 *Cali Apartments y HX*)⁵². La cuestión de fondo que aborda, objeto de un intenso debate en todas las ciudades con una importante presión turística o con dificultades de acceso a la vivienda, es la del alcance de la potestad de planeamiento de los Ayuntamientos sobre las VUT y la justificación de las restricciones impuestas para garantizar el derecho de acceso a la vivienda como «razón imperiosa de interés general»⁵³. Si bien el análisis detallado de este pronunciamiento, de enorme relevancia, así como la justificación de las restricciones impuestas al AVUT para garantizar el derecho de acceso a una vivienda, acogida finalmente por el Tribunal, excede del objeto de este trabajo⁵⁴, resulta de interés señalar como el TJUE, como cuestión previa, necesaria para la resolución del caso, examina si la DS es aplicable a la actividad de AVUT. A tal fin, parte de la base del objeto de la norma, tendente a facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo,

⁵¹ En este sentido, la STSJ de Cataluña, núm. 5744/2019 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera), de 15 de julio 2019, ECLI:ES: TSJCAT:2019:5744, resuelve el recurso contencioso promovido a instancia de D. Gabino y D. Genaro contra el Ayuntamiento de Barcelona, cuyo objeto es la impugnación del PEUT de Barcelona, cuya anulación se interesa en lo referido a la regulación específica de la zona de Ciutat Vella. En él debate expresamente la conformidad de las restricciones impuestas con la DS. declarando el Tribunal que: «...La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, indica en su considerando 9 que solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, no aplicándose a requisitos tales como, entre otros, las normas relativas a la ordenación del territorio y el urbanismo, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio, pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada. La directiva de que se trata excluye pues de su aplicación, entre otras materias, como se ha visto, las referidas al urbanismo, ámbito en el que sustancialmente, como antes se ha indicado, se desenvuelve el plan especial de autos... En consecuencia, las sensibles materias que regula el plan especial de autos quedan fuera de la regulación, tanto de la indicada directiva como, en cuanto traspone parcialmente la misma al derecho interno, de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio...», FD Tercero. El Tribunal repite el argumento en el FD Quinto apartado 3º, afirmando que «... (...) La conclusión que cabe alcanzar es que, de un lado, nos hallamos fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE, habida cuenta de que no nos hallamos ante los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, sino ante requisitos tales como normas relativas a la ordenación del territorio y urbanismo, que no regulan ni afectan específicamente a la actividad del servicio, pero que deben ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica, al igual que por los particulares en su capacidad privada...», FD Tercero.

⁵² STJUE (Gran Sala), de 22 septiembre de 2020. Asuntos acumulados C-724/18 y C-727/18 *Cali Apartments y HX / Procureur général près la cour d'appel de Paris y Ville de Paris*. ECLI:EU:C: 2020:743.

⁵³ Sobre el tema, véase. AGUIRRE I FONT, J.M., «La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época*, núm. 15, 2021, pp. 24-41,

⁵⁴ Sobre el derecho a la vivienda como causa justificativa de las restricciones impuestas al AVUT, véase, entre otros, MARTINEZ NADAL, A., «Alquiler turístico y restricciones legales: el derecho a la vivienda como causa justificativa (A propósito de la STJUE de 22 de septiembre de 2020 y su recepción en la jurisprudencia española)», *Diario La Ley*, núm. 9873, Sección Tribuna, 17 de junio de 2021.

un nivel elevado de calidad⁵⁵. Examina, seguidamente, su ámbito de aplicación, señalando que abarca los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro, siempre y cuando no desplieguen alguna de las actividades excluidas en el artículo 2.2.⁵⁶. Tomando esto en consideración y, a la vista del concepto de «servicio» acogido en el artículo 4.1 DS⁵⁷, declara aplicable la DS a la actividad de AVUT afirmando expresamente que *los artículos 1 y 2 de la Directiva 2006/123 deben interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una normativa de un Estado miembro relativa a actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, tanto con carácter profesional como no profesional*⁵⁸.

Admitido por el TJUE que la actividad de AVUT queda dentro del ámbito de aplicación del régimen de autorización de la DS, procede examinar si la exigencia de la obligación de inscripción de las viviendas turísticas en el RAT supone una restricción que impone un régimen de autorización previa, contrario a los principios de la DS. La autorización previa es el régimen que limita en mayor medida el acceso a una actividad y su ejercicio, ya que se trata de un régimen de control *ex-ante* que requiere de un pronunciamiento previo de la administración para poder ejercerlo, y que solo puede ser exigido, excepcionalmente, cuando se den determinadas condiciones. La DS presta especial atención a la restricción de la técnica administrativa de la autorización previa obligatoria, admitiéndola excepcionalmente cuando se den determinadas condiciones y requisitos. Con carácter general, impide en su artículo 16.1 a los Estados miembros supeditar el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a requisitos que no respeten los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad⁵⁹. Así pues, como advierte la

⁵⁵ Así se recoge en el artículo 1.1 DS, a tenor del cual: «En la presente Directiva se establecen las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios...»

⁵⁶ Artículo 2.2. DS: «. La presente Directiva no se aplicará a las actividades siguientes:

a) los servicios no económicos de interés general; b) los servicios financieros, como los bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión, incluidos los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE; c) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE y 2002/58/CE; d) los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios, que entren dentro del ámbito de aplicación del título V del Tratado; e) los servicios de las empresas de trabajo temporal; f) los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado; g) los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión; h) las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas; i) las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado; j) los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado; k) los servicios de seguridad privados; l) los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración.

3. La presente Directiva no se aplicará a la fiscalidad».

⁵⁷ El artículo 4.1 define «servicio» como «cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado...».

⁵⁸ Considerando 45

⁵⁹ Artículo 16.1.DS: «1. Los Estados miembros respetarán el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos.

doctrina⁶⁰, la regulación que se establezca para acceder al mercado del arrendamiento turístico y, más concretamente, la regulación *ad hoc* prevista para iniciar la actividad como arrendador de VUT, debería conocer y respetar estos principios, sin que pueda limitarse su acceso, a no ser que se cumplan los principios mencionados. En este sentido, el artículo 9.1. DS condiciona la sujeción del acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización a la superación del triple test: no ser discriminatorio, estar justificado por una razón imperiosa de interés general, y que su objetivo no pueda conseguirse con una medida menos restrictiva. Por su parte, el artículo 10.1 DS limita la facultad de concesión de un régimen de autorización por parte de las autoridades, que no puede ejercerse de forma arbitraria, sino atendiendo a determinados criterios que deberán reunir una serie de características: no discriminación, interés general, proporcionalidad, claridad, transparencia y publicidad. Para los casos en los que no se cumplan estas condiciones y requisitos, la DS promueve la sustitución del régimen de autorización por técnicas de intervención menos restrictivas para la libre prestación y el establecimiento de servicios como, por ejemplo, la declaración responsable y la comunicación previa, que suponen posponer el control administrativo a un momento posterior al inicio de la actividad.

A la vista de lo expuesto, y al objeto de determinar si la obligación de inscripción de las VUT impuestas por las normativas autonómicas del sector turístico constituye un régimen de autorización, es preciso traer nuevamente a colación la distinción entre los dos tipos de normativas turísticas a las que hice referencia en páginas anteriores⁶¹, así como las diferencias que de ellas se derivan en cuanto al control y las limitaciones que imponen al ejercicio de la actividad de AVUT. De un lado, están las normas que recogen la obligación de inscripción de las viviendas en el RAT a efectos de información y publicidad, pero sin condicionar el inicio de la actividad, ni la publicidad y comercialización de las viviendas a su cumplimiento y, por tanto, sin imponer responsabilidad ni a sus titulares ni a las plataformas. De otro, las que condicionan el inicio de la actividad y la publicidad y comercialización de las viviendas al cumplimiento de esta obligación, acogiendo un severo régimen sancionador para los titulares que no cumplan esta exigencia y para las plataformas que alojen en sus páginas web viviendas que no reúnan los requisitos exigidos por la administración para poder ser publicitadas. Como fue señalado, en las primeras, la obligación de inscripción en el registro se presenta como un trámite formal, realizado, en muchos casos, de oficio, con un mero carácter preventivo a los efectos de la labor de control e inspección, pero sin condicionar el inicio de la actividad -que puede realizarse desde el momento mismo de la presentación de la declaración responsable- ni la publicidad y comercialización de las viviendas en plataformas de alojamiento. Así acogida, no genera conflicto con la normativa comunitaria ni puede ser calificada de régimen de autorización, ya

El Estado miembro en que se preste el servicio asegurará la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio.

Los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos que no respeten los principios siguientes:

- a) no discriminación: el requisito no podrá ser directa o indirectamente discriminatorio por razón de la nacionalidad o, en el caso de las personas jurídicas, por razón del Estado miembro en que estén establecidas;
- b) necesidad: el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente;
- c) proporcionalidad: el requisito deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo...».

⁶⁰ Véase BOSCH CASTEL, J. F., «La regulación de las viviendas de uso turístico, desde la óptica de los principios de buena regulación económica». *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*: RSR, núm. 7, 2021.

⁶¹ Véase *Supra*, p.7

que no restringe la actividad de los titulares de las viviendas para el ejercicio del AVUT, ni tampoco la de las plataformas que las ofertan y comercializan. A los primeros, les basta para el inicio y la posterior publicidad y comercialización de las viviendas con la presentación de una declaración responsable, técnica de intervención administrativa *ex post*, acorde con los principios de la DS y de sus normas de transposición. Contrariamente, las normas del segundo grupo, al exigir el doble requisito de la declaración responsable y la inscripción en el registro para el inicio de la actividad como trámites necesarios para iniciar la actividad y para dar publicidad y comercializar las viviendas, sancionando a los titulares y a las plataformas en caso de incumplimiento, sujetan la actividad de AVUT y la de los PSSI a un régimen de autorización, contrario a los principios y objetivos perseguidos por la DS. Así pues, la exigencia conjunta de la declaración responsable y de la inscripción de las viviendas en el RAT impuesta por algunas normativas autonómicas para el inicio de la actividad de AVUT y para publicitar y comercializar los alojamientos, conlleva un exceso de trámites administrativos que limitan la libre prestación de la actividad de AVUT y *de facto* la deja sujeta a un régimen de control previo por parte de la administración, contrario a los principios de la DS y de las leyes nacionales que la transponen⁶².

A la misma conclusión llegaron la CNMC y los órganos autonómicos de la competencia⁶³ considerando que, en los casos en los que las normativas autonómicas exigen de forma conjunta la declaración responsable y la obligación de inscribir las viviendas en el RAT como requisito necesario para el inicio de la AVUT y para publicitar y comercializar las viviendas, se está imponiendo un régimen de autorización previa que restringe la actividad de AVUT. La doble exigencia condiciona el inicio de la actividad a la confirmación por la administración de la inscripción en dicho registro, *lo cual anula el objetivo inherente de la declaración responsable, consistente en no obstaculizar el desarrollo de la actividad y dinamizar el mercado*⁶⁴. En su opinión, implica la imposición de un régimen de autorización al conllevar un exceso de trámites administrativos, que pueden suponer una carga excesiva y desincentivar la entrada de VUT en el mercado de alojamiento. Así, *de facto*, están convirtiendo un régimen de declaración responsable, en una autorización administrativa contraria a la regulación europea en materia de servicios, tendente a la eliminación de trámites innecesarios para no obstaculizar el desarrollo de la actividad y dinamizar el mercado. La CNMC, sobre la base del concepto de «régimen de autorización» acogido por la DS en su artículo 4.6, fundamenta su postura en el carácter excepcional de esta modalidad de intervención administrativa, *cuya implantación debería producirse exclusivamente en aquellas circunstancias y aquellos sectores donde fuera necesaria por la existencia de una razón imperiosa de interés general*. Reconoce, que si el objetivo del registro es proporcionar información y dar publicidad de las VUT, este objetivo podría lograrse de manera menos gravosa mediante la aplicación de los nuevos desarrollos tecnológicos que incorporan las plataformas digitales, obligadas por Ley a facilitar abundante información sobre las características del alojamiento y sus propietarios⁶⁵. En la misma línea, se pronuncia la autoridad

⁶² Las normas nacionales de transposición de la Directiva acogen de manera casi idéntica los requisitos normativos europeos de acceso al mercado de actividades de servicios. Véanse los artículos 5 y 16 LGUM.

⁶³ “Véanse: Informe CDC PROM 14/2015 Viviendas Turísticas” Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana, pp. 13-14; Informe IR 22/2015” Autoritat Catalana de la Competencia; Informe *relativo a la regulación en materia de turismo y aspectos conexos con la defensa de la competencia.*, aprobado en la reunión celebrada el 2 de marzo de 2022. Consejo Vasco de la Competencia, LEA/AVC nº 538-PROM-2021, p.9, apartado 24.

⁶⁴ E/CNMC/003/18, cit, pp.41 ss.

⁶⁵ En este sentido, GIRONA CASCALES, y PÉREZ RIQUELME proponen la posibilidad de que se sustituyan los requisitos que conllevan una intervención administrativa, especialmente el registro, por mecanismos de autorregulación

Vasca de la Competencia en un Informe publicado el 22 de mayo de 2022 al declarar que, si bien el establecimiento de la declaración responsable como requisito para el inicio de la actividad resulta menos perjudicial que la autorización previa al tratarse de un control *ex post*, más acorde con la finalidad de la DS, al exigirse junto a ella la inscripción de las viviendas en el RAT para iniciar la actividad de alojamiento y poder publicitar y comercializar los alojamientos, *de facto* se está imponiendo un requisito previo. En último término, la exigencia conjunta de ambos trámites administrativos se convierte en un control *ex-ante* y, por tanto, en un régimen de autorización previa⁶⁶.

La CNMC también califica como «régimen de autorización» la obligación de insertar el número de registro en la publicidad y comercialización de los alojamientos. Al respecto, declara que, *aunque la exigencia de publicación del número de registro en la publicidad que se realice del alojamiento podría presentarse como una medida que persigue dar una mayor publicidad a la vivienda, su carácter no voluntario supone una restricción adicional a la entrada de los operadores, particulares o empresas, a este nuevo mercado. Al condicionar la publicidad del alojamiento, actividad fundamental para dar a conocer el alojamiento a posibles usuarios, a la inscripción efectiva en un registro, se condiciona de facto el inicio de la actividad a la comunicación por el sector público de su número de inscripción. Este requisito también equivaldría a un régimen de autorización previa de actividad, lo que resultaría contrario a la regulación de la Unión Europea en materia de servicios, tendente a la eliminación de trámites innecesarios, a su transposición a la legislación nacional, así como a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado*⁶⁷.

Admitido que las normativas autonómicas y locales que condicionan el inicio de la actividad y la publicidad y comercialización de las viviendas al cumplimiento de la obligación de inscripción de las VUT en el RAT están sujetando la actividad de AVUT a un régimen de autorización previa, contrario a la DS, la compatibilidad entre ambos regímenes jurídicos -turístico y comunitario- y, consiguientemente la legalidad de dicha exigencia queda supeditada al cumplimiento de los criterios y condiciones acogidos en los artículos 9.1. y 10.1. DS para justificar, con carácter excepcional, su imposición, así como a su ajuste a los criterios de no discriminación, necesidad, proporcionalidad, claridad, objetividad, publicidad, transparencia y accesibilidad contemplados en el artículo 15.3. En particular, atendiendo a la reciente doctrina dictada por el TJUE en la mencionada Sentencia de 22 de septiembre de 2020 (Asuntos acumulados C-724/18 y C-727/18 *Cali Apartments y HX*), si es establecida para *combatir la escasez de viviendas y tratar de garantizar la disponibilidad de un número suficiente de alojamientos (para largas estancias) asequibles (en particular, en centros de atracción turística), así como la protección del entorno urbano*. Esto es, si se impone por una «razón imperiosa de interés general» cual es la garantía del «derecho de acceso a la vivienda». Bien entendido que, para que opere este derecho como causa justificativa de la imposición de restricciones al AVUT, no basta con una mera referencia somera y genérica a la protección del derecho a la vivienda., sino que habrá de justificarse la relación de causalidad entre la actividad de AVUT y la escasez de viviendas. Así se desprende de la STS 26/2019, de 15

generados por la reputación que se desprende de la información que figura en las plataformas electrónicas. GIRONA CASCALES, I., PÉREZ RIQUELME, A., «La economía colaborativa desde la perspectiva de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia», en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*. R. J. ALFONSO SÁNCHEZ y J. VALERO TORRIJOS (Dir.), Edit. Thomson- Reuters Aranzadi, 2017, p. 254.

⁶⁶Informe LEA/AVC núm. 538-PROM-2021, relativo a la regulación en materia de turismo y aspectos conexos con la defensa de la competencia, cit. p.9, apartado 24.

⁶⁷ E/CNMC/003/18, cit, p.42.

de Enero de 2019, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo⁶⁸, según la cual «resulta inexcusable que se motiven de forma congruente y razonable las limitaciones o restricciones que se impongan a la libre prestación de servicios»⁶⁹. En la misma línea, la CNMC recuerda que «no basta con relacionar las razones imperiosas de interés general que supuestamente justifican la intervención, sino que debe explicarse cómo la concreta forma de intervención sirve para proteger esas razones imperiosas⁷⁰. Así pues, sería necesario que quedara suficientemente probada que la escasez de viviendas a precio asequible para uso residencial es consecuencia directa de la actividad de AVUT⁷¹. El problema de la vivienda en nuestro país y, más concretamente, el del aumento generalizado de los precios de los alquileres, no siempre guarda una relación directa con la proliferación de viviendas de uso turístico. Podría considerarse un factor más, pero no es el único, ni el más relevante, encontrando su raíz en la deficiente política que en los últimos años han llevado a cabo los distintos legisladores a la hora de adoptar medidas referidas a los alquileres⁷². Pese a ello, resulta difícil negar que el crecimiento

⁶⁸ STS 26/2019, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), de 15 de enero de 2019, ECLI ES:TS:2019:256.

⁶⁹ El Alto Tribunal consideró insuficiente la invocación de razones imperiosas de interés general vinculadas a la ordenación del territorio y al urbanismo, *en la medida que no estimamos convincente la explicación ofrecida respecto que la prohibición contemplada referida a la comercialización de viviendas vacacionales en zonas turísticas tenga como finalidad preservar el uso racional de suelos reservados a desarrollos turísticos, según la planificación del territorio*. FD Cuarto.

⁷⁰ Véase IPN/CNMC/002/19 Informe sobre el Proyecto de Decreto del Gobierno de la Región de Murcia por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la Región de Murcia, 7 febrero 2019, p. 8, https://www.cnmc.es/sites/default/files/2300466_5.pdf

⁷¹ Así se desprende del Informe emitido por la Autoridad Valenciana de la Competencia el 21 de mayo de 2020 en el que se valora el Plan Especial de Protección y Catálogo de Protecciones Ciutat Vella de la ciudad de Valencia, afirmando que: «Esta regulación restrictiva de las VUT no se encuentra debidamente justificada en atención a un objetivo de interés público, ya que las someras referencias contenidas en el Acuerdo a “la convivencia armónica sostenible, desde el punto de vista social y ambiental, del uso residencial predominante y del uso turístico, accesorio, parcial, temporal de la vivienda habitual”, no pueden considerarse suficientes...». Disponible en: <http://docplayer.es/191137616-Valencia-21-de-mayo-de-2020.html>. En opinión de DOMENECH PASCUAL, el mero hecho de que se incremente el precio de las viviendas como consecuencia de la mayor rentabilidad del uso turístico no constituye una externalidad negativa ni un fallo del mercado que justifique la intervención pública encaminada a la reducción del precio. Considera inaceptables los argumentos utilizados por algunos legisladores para justificar sus restrictivas regulaciones, sustentados en la protección de los usuarios y en la necesidad de «paliar los efectos de la inmersión en el ámbito turístico de una sobreoferta descontrolada de viviendas destinadas al uso turístico». Declara expresamente que «en ausencia de fallos del mercado, será el propio mercado el que dé a dicha supuesta sobreoferta una respuesta –v.gr una bajada de los precios de alojamiento – más eficiente que la consistente en impedir prácticamente de manera absoluta que los interesados ofrezcan tales viviendas». En su opinión, «limitar el uso beneficioso de un bien, simplemente para reducir el precio del segundo uso más beneficioso, carece de sentido desde el punto de vista de la racionalidad económica; es ineficiente; implica destrucción de bienestar social. Tiene tan poco sentido como prohibir las oficinas en el centro de la ciudad a fin de contener el precio de las viviendas allí situadas». DOMENECH PASCUAL G., «La regulación autonómica y local de las viviendas de uso turístico», *Anuario de Derecho Municipal* 2017, núm. 11, pp. 51 y 61.

⁷²Hasta el momento, ninguna de las iniciativas presentadas en las diversas legislaturas ha sabido ofrecer respuestas satisfactorias para promover e incentivar el mercado de viviendas de alquiler, ni acoger medidas que de forma justa y ponderada equilibre los derechos de los propietarios a la explotación en arrendamiento de sus viviendas con los de los arrendatarios a disfrutar de una vivienda digna a precios razonables. Desde algunas Asociaciones como FEVITUR, se denuncia la utilización de las viviendas de uso turístico como “chivo expiatorio” de políticas de vivienda fracasadas En este sentido se pronunció el Presidente de la Asociación, Tolo Gomila, para quien, el impacto de la vivienda de uso turístico en el precio del alquiler es “prácticamente nulo”. Considera que al aumento de los precios del alquiler residencial contribuyen varios factores socioeconómicos como «la dificultad para la compra de viviendas, una mayor restricción a la financiación y un menor arraigo a la propiedad por parte de las nuevas generaciones». En su opinión, la solución pasa por poner en marcha políticas de vivienda adecuadas y, en paralelo regular adecuadamente las viviendas de uso turístico. No hay que «demonizar a los propietarios de

descontrolado de viviendas destinadas a un alquiler de corta estancia para uso turístico no es un factor que contribuye a agravar la problemática actual que envuelve al mercado del alquiler inmobiliario, especialmente, en los distritos más céntricos de las ciudades con importante afluencia turística⁷³. Es aquí donde la oferta inmobiliaria de viviendas para uso habitual puede verse limitada por la proliferación del AVUT, con el consiguiente encarecimiento de los precios de las que quedan en el mercado. A través de los instrumentos de planificación, los Ayuntamientos persiguen aliviar determinadas áreas o zonas de la ciudad con fuerte presión turística, buscando un equilibrio entre la actividad turística y las garantías de determinados derechos como, por ejemplo, el derecho a la vivienda, el descanso, la intimidad, el bienestar del vecindario, la calidad del espacio de los habitantes de las ciudades, el mantenimiento de la identidad de un determinado barrio o zona, etc...⁷⁴. Ciertamente, preservar la identidad de determinadas zonas de las ciudades, evitar su saturación, impedir la subida de los precios y la disminución de oferta de viviendas para uso residencial, son circunstancias de interés general que, en determinadas situaciones, podrían dar prevalencia al «derecho a la ciudad» o al «derecho a la vivienda» sobre el derecho de propiedad individual, justificando las limitaciones impuestas al AVUT⁷⁵. En tales casos, la obligación de inscribir las VUT en el RAT impuesta por la normativas autonómicas y locales, aun cuando pudiera ser calificada como régimen de autorización, no conllevaría la vulneración de la DS al quedar justificada por una «razón imperiosa de interés general», enmarcada dentro de los supuestos excepcionales en los que, según la norma comunitaria, resulta posible su imposición.

2.3. Pronunciamientos acerca de la legalidad de la obligación de inscribir las VUT en el RAT

Sobre la legalidad y conformidad de la exigencia conjunta de presentar la declaración responsable y realizar la inscripción de las viviendas en un registro, condicionando el inicio de la actividad de AVUT a la confirmación por la administración de dicha inscripción, tuvo ocasión de pronunciarse el TS, unificando la contradictoria doctrina mantenida por los tribunales de las distintas CCAA⁷⁶.

viviendas sino ofrecer palancas que sirvan para incentivar el alquiler y limiten el número de viviendas vacías». Entrevista publicada en *Expansión*, el sábado, 12 de enero de 2019.

⁷³ En este sentido, véase LÓPEZ FRÍAS, M.J., «Una aproximación a las viviendas con finalidad turística desde el punto de vista urbanístico y desde la perspectiva de las comunidades de propietarios», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 4 (julio-septiembre, 2020), Estudios, p. 114.

⁷⁴ Sobre el tema, véase, ORTUÑO, A., y MORENO, F.: *Las viviendas de uso turístico, impactos urbanos y propuestas regulatorias* (Mimeo), 2018.

⁷⁵ Así lo declaró expresamente el TJUE en la Sentencia de 20 de noviembre de 2020, afirmando que «... el recurso a un sistema de declaración acompañado de sanción no podría alcanzar eficazmente el objetivo de luchar contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento a largo plazo. En efecto, al facultar a las autoridades locales para intervenir únicamente a posteriori, tal sistema no permitiría frenar de manera inmediata y eficaz el movimiento de transformación rápida que genera esa escasez y que --el sometimiento a "un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos es particularmente acusada está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que este no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz». Considerando 75.

⁷⁶ En este sentido, véase GONZALEZ- DELEITO para quien, sobre este extremo, hay sentencias contradictorias de forma que, mientras que algunas han confirmado la legalidad de las normativas que exigen la comunicación y el registro como medidas tendentes a la protección de los usuarios (STSJ de Madrid, núm. 292/2016, de 31 de mayo), otras consideran que el registro es ilegal porque priva a la declaración responsable de la virtualidad de habilitar el

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la STS 1741/2018, de 10 de diciembre⁷⁷, estimó el recurso planteado por la Asociación Madrid Aloja contra la Sentencia dictada por la Sección 9ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid de 31 de mayo de 2016⁷⁸, que había declarado conforme a derecho el apartado 5 del artículo 17 del Decreto del Decreto 79/2014 de 10 de julio que exigía para el inicio de la actividad de AVUT la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas, resultando obligatorio hacer constar dicho número para toda forma de publicidad⁷⁹. El TSJ de Madrid entendió que esta exigencia era conforme a derecho al estar justificada y amparada en razones de interés general relativas a la protección de los consumidores y usuarios del servicio turístico⁸⁰. Recurrida en casación, se alegan, entre otros, como motivos del recurso la vulneración de los artículos 4.1, 12.1, 12.2.b y 12.3 de la Ley 17/2009, de los artículos 16.1 y 16.2.b/ de la Directiva 2006/123, de los artículos 4.1 y 5 de la Ley 17/2009 y del artículo 9 de la Directiva 2006/123. Admitido el recurso, el Alto Tribunal lo estima declarando nulo, entre otros⁸¹, el apartado 5 del artículo 17 por considerar que la norma que establece la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas como requisito necesario para llevar a cabo cualquier forma de publicidad vulnera los artículos 4, 9 y 12 de la Ley 17/2009, al no superar el test de necesidad y proporcionalidad que imponen los citados preceptos⁸².

En la misma línea, la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS en la STS 26/2019 de 15 de enero⁸³, desestima el recurso planteado por la Comunidad Autónoma de Canarias contra la STSJ de Canarias 41/2007, de 21 de marzo⁸⁴. Esta resolvía el recurso planteado por la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico y Apartamentos Turísticos y la CNMC, que habían solicitado la impugnación, entre otros, del artículo 13.3 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias. Tramitado el recurso, el TSJ de Canarias anula el precepto⁸⁵ al considerar

comienzo de la actividad desde el mismo día de su presentación (STSJ de Canarias núm. 41/2017 de 21 de marzo). GONZÁLEZ- DELEITO, «El posicionamiento de la CNMC frente a la regulación de las viviendas turísticas» ..., cit.

⁷⁷ STS 1741/2018, (Sala del Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), de 10 de diciembre, ECLI: ES:TS:2018:4084.

⁷⁸ Recurso contencioso-administrativo 1165/2014.

⁷⁹ Disponía el precepto que: «5. La inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la Dirección General competente en materia de turismo se efectuará una vez presentada la declaración responsable de inicio de actividad, sin perjuicio de otras autorizaciones o licencias, debiendo constar en toda forma de publicidad el número de referencia de su inscripción en el citado Registro...».

⁸⁰ Véase AH Segundo.

⁸¹ Además del apartado 5 del artículo 17, la sentencia anula el inciso final del apartado 1 referido a la necesidad de que el plano de la vivienda sea visado por un profesional. Para ajustar la normativa vigente a este y a otros pronunciamientos judiciales, se aprueba el Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid.

⁸² Véase FD Cuarto

⁸³ STS 26/2019 (Sección tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo), de 15 de enero de 2019, ECLI: ES:TS: 2019:256.

⁸⁴ STSJ de Canarias 41/2017 (Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 21 de marzo 2017 ECLI: ES: TSJICAN:2017:1481.

⁸⁵ El artículo 13.3. del Decreto 113/2015 ha sido modificado por la Disposición Final Primera del Decreto 77/2022, de 7 de abril, por el que se regulan las características y el procedimiento de obtención de las hojas de reclamaciones y el procedimiento de tramitación de las reclamaciones, quejas y denuncias en materia turística (BOIC núm. 80, de 26 de abril de 2022). En su nueva redacción dispone que: «Una vez presentada la declaración responsable de

que infringe el artículo 71 bis de la Ley 30/1992⁸⁶ en cuanto que priva a la declaración responsable de la virtualidad de habilitar el comienzo de la actividad desde el mismo día de su presentación, dejando sometido el inicio de la actividad a un control administrativo previo. El precepto dispone que la entrega a la explotadora de la vivienda de hojas de reclamaciones, placa-distintivo y libro de inspección solo se efectuará transcurridos quince días hábiles, plazo dentro del cual el Cabildo Insular debe inscribir "la información sobre la actividad de explotación de la vivienda vacacional en el Registro General Turístico de la Comunidad Autónoma de Canarias". Como el inicio de la actividad sin la referida documentación es motivo de sanción, de facto esta regulación está desnaturalizando los efectos de la declaración responsable y sometiendo el inicio de la actividad a un control administrativo previo⁸⁷. Interpuesto recurso de casación por la Comunidad Autónoma de Canarias, es desestimado por el Alto Tribunal.

En ambos pronunciamientos el TS considera injustificada la exigencia de una inscripción previa para el inicio de la actividad, ya que la declaración responsable en sí misma debería facultar para dicho inicio. No obstante, hay que tener en cuenta que fueron dictados con anterioridad a la STJUE de 22 de septiembre de 2020, en la que el Tribunal europeo justifica la imposición de un régimen de autorización al AVUT por una normativa local para garantizar el derecho de acceso a la vivienda. Apoyándose en esta doctrina, la STS 1550/2020, de 19 noviembre⁸⁸ analiza la concreta restricción impuesta por el Plan de Ordenación de Bilbao, que exige para el inicio de la actividad, además de la declaración responsable, un informe técnico. El Alto Tribunal asume las conclusiones del TJUE que, aun cuando se refieren a la Ciudad de París, considera aplicables a la de Bilbao, reconociendo la legalidad y la justificación de estos trámites para el inicio de la actividad impuestas por el Plan de Ordenación de Bilbao por una razón imperiosa de interés general, cual es el derecho a la vivienda⁸⁹.

3. La obligación de las plataformas de insertar el número de inscripción de las viviendas turísticas que publicitan y comercializan. Su conformidad con el régimen jurídico de los PSSI

3.1. La falta de conformidad de las plataformas con las sanciones impuestas por los órganos autonómicos

Tal y como ha quedado expuesto, algunas normativas autonómicas, además de obligar a los propietarios a cumplir con la obligación de inscribir las VUT en el RAT para el inicio de la actividad y la comercialización y publicidad de las viviendas, imponen a las plataformas el deber

inicio de actividad, el Cabildo Insular inscribirá de oficio en un plazo máximo de quince días hábiles, la información sobre la actividad de explotación de la vivienda vacacional, en el Registro General Turístico de la Comunidad Autónoma de Canarias, de conformidad con lo establecido en su normativa reguladora.

⁸⁶Este precepto ha quedado derogado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 02 de octubre de 2015). El precepto equivalente en la vigente Ley es el artículo 69, que en su apartado 3 afirma que: «...Las declaraciones responsables y las comunicaciones permitirán, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas...».

⁸⁷ FD Séptimo.

⁸⁸ STS 1550/2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), de 19 noviembre 2020, ECLI:ES:TS:2020:3842.

⁸⁹ Véase FD Noveno.

de velar porque todas las viviendas que incluyan para su oferta y comercialización cumplan los correspondientes trámites administrativos, trasladando con ello a las plataformas un deber de comprobación, previo a la comercialización, así como de control de los datos que alojan⁹⁰. Si bien, aparentemente, no les imponen requisitos concretos para el inicio de su actividad, en la práctica restringen su ejercicio ya que para poder comercializar y publicitar los alojamientos deben asegurarse de que todas las viviendas que incluyen en sus páginas web tengan incorporado el número de inscripción en el RAT e, incluso, en algunos casos, comprobar su veracidad. La comercialización de viviendas que no cumplan este requisito es calificada de oferta ilegal, intrusismo y competencia desleal, considerándose infracción grave, dando lugar a importantes sanciones.

El incumplimiento de esta obligación ha provocado que los órganos autonómicos competentes en materia de turismo hayan venido emitiendo distintas resoluciones obligando a las plataformas a suprimir de su página web todas las viviendas que no tengan incluido el número de registro, sancionándolas, en algunos casos, con multas de elevada cuantía⁹¹. Las plataformas, haciendo valer su condición de PSSI que actúan como meros intermediarios entre la oferta inmobiliaria y la demanda turística, han recurrido estas resoluciones alegando que estas exigencias vulneran diversos preceptos de la DCE y de la DS. En primer lugar, dado que la mayor parte de las plataformas de alojamiento operan desde estados distintos a aquellos en los que prestan sus servicios, consideran vulnerado el PCO acogido en el artículo 3.2. DCE⁹² respecto a las materias que forman parte del ámbito normativo coordinado, entre las cuales se encuentran los requisitos relativos al inicio de la actividad⁹³. En aplicación de este principio, entienden que no pueden quedar sometidas a una normativa autonómica que les impone requisitos y condiciones más estrictas que las del estado desde el que operan. Igualmente, consideran vulnerado el principio de exoneración de responsabilidad por la información alojada en la plataforma por terceros. En su opinión, imponerles sanciones por ofertar y comercializar viviendas que no tengan incluido el número de registro supone tanto como hacerlas responsables de los contenidos que alojan, en

⁹⁰ En este sentido, véase FLAQUERT RIUTORT, J., «La exigencia de inclusión del número de registro turístico en las plataformas de alojamiento vacacional», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 54, 2020, BIB\2020\36887, p. 12.

⁹¹ Destaca la actividad de la Agencia Valenciana de Turismo que desde el año 2015 ha venido abriendo expedientes sancionadores e imponiendo multas a muchas plataformas, del Departamento autonómico de Turismo del Govern Balear que, entre otras sanciones, impuso a *Airbnb* una multa de 300.000 euros, de la Consellería de Cultura e Turismo de la Xunta de Galicia que, a partir de la entrada en vigor del Decreto 12/2017, ha abierto numerosos expedientes sancionadores y de la Generalitat de Cataluña. Muchas de estas sanciones han sido recurridas por las plataformas.

⁹² Artículo. 3.2. DCE: «2. Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado...».

⁹³ El artículo 2 h) DCE define el ámbito coordinado como: «los requisitos exigibles a los prestadores de servicios en los regímenes jurídicos de los Estados miembros aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información a los servicios de la sociedad de la información, independientemente de si son de tipo general o destinados específicamente a los mismos...». Según el apartado i) del mismo precepto, «El ámbito coordinado se refiere a los requisitos que debe cumplir el prestador de servicios en relación con:

- el inicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como los requisitos relativos a cualificaciones, autorizaciones o notificaciones...».

contra de lo dispuesto en los artículos 14 DCE⁹⁴ y 16 de la LSSI⁹⁵. Como PSSI que actúan como meras intermediarias almacenando datos de un tercero, alegan que no tienen control ni conocen los datos que almacenan y, consiguientemente, han de quedar exentas de responsabilidad por la ilegalidad de los contenidos que alojan; en este caso, por alojar en sus plataformas viviendas que no incluyen el número de registro de actividades turística. Consideran que las resoluciones que les obligan a suprimir las viviendas en las que no conste el número de registro vulnera el artículo 15 DCE⁹⁶, que prohíbe imponer a los PSSI obligaciones generales de control y supervisión de los datos que almacenan. Por otra parte, alegan vulneración de la DS y de la Ley17/2009, en el entendimiento de que la obligación de exigir a los propietarios el número de inscripción en el registro, y a las plataformas su exhibición para ofertarlas y comercializarlas, supone la imposición de un régimen de autorización previa no permitido por el artículo 9 DS y 4 DCE, que, como ha quedado señalado, solo los admite excepcionalmente cuando concurren determinadas condiciones y requisitos, y restringe la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios por incumplir los criterios de proporcionalidad, necesidad y mínima restricción exigidos en su artículo 16 DS.

En sentido contrario, los legisladores autonómicos defienden la aplicación de su normativa sectorial alegando que los requisitos exigidos no constituyen regímenes de autorización previa contrarios a la DS o, en su caso, justificándolos sobre la base de diversas motivaciones: el «intrusismo y la competencia desleal»⁹⁷, el «presunto incumplimiento de las obligaciones

⁹⁴ Artículo 14 DCE: Alojamiento de datos «1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que:

- a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,
- b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible...».

⁹⁵ Artículo 16. Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

«1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

⁹⁶ Artículo 15: Inexistencia de obligación general de supervisión

«1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14...».

⁹⁷ La Exposición de Motivos del Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad de Madrid señala “*la necesidad de acabar con situaciones de intrusismo y competencia desleal*”; igualmente, la del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos de Andalucía, alega que «en los últimos años se vienen produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal que van en contra de los destinos turísticos».

fiscales»⁹⁸, el “interés general “y la «función social” de la propiedad»⁹⁹, «la garantía del derecho de los consumidores»¹⁰⁰. Califican a las plataformas como prestadoras de servicios de alojamiento turístico, sometidas a la normativa autonómica del sector turístico, que pueden conocer y controlar la información sobre la legalidad de las viviendas que ofertan y comercializan.

Las dudas acerca de la calificación jurídica de la actividad desplegada por las plataformas de alojamiento, a medio camino entre los PSSI que actúan como intermediarios y los prestadores de servicios turísticos, unido al carácter internacional de las operaciones de mercado de muchas de las plataformas que prestan servicios en España, ha obligado a los tribunales a pronunciarse acerca de la legalidad de esta obligación. Como expresamente declara FLAQUER RIUTORT¹⁰¹, «lo verdaderamente reseñable es que los contenciosos abiertos entre estos intermediarios digitales y las administraciones autonómicas dieron lugar a una serie de resoluciones judiciales ciertamente contradictorias entre sí, habida cuenta que los fundamentos normativos en los que descansaban la imposición de esas sanciones eran sustancialmente idénticos y se traducían, principalmente, en la exigencia de inclusión del número de inscripción en el Registro turístico correspondiente en toda actividad de publicidad o comercialización de este tipo de alojamientos,

⁹⁸ El Decreto 12/2017, de 26 de enero, de la Xunta de Galicia para la regulación de viviendas turísticas se afirma que «las problemáticas más relevantes vinculadas a esta actividad son de diversa índole, impacto económico-social, fiscalidad y tributación, garantía y seguridad de las personas usuarias, calidad de la oferta, molestias generadas a los residentes y ciudadanos, intrusismo y competencia desleal, entre otras”. En la misma línea, el Decreto 101/2018, de 3 de julio, de viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico del País Vasco, declara que “la aparición en el mercado de estos nuevos agentes se ha producido -en demasiadas ocasiones- a través de la llamada «economía sumergida», esto es, con incumplimiento de la normativa aplicable, especialmente en el ámbito fiscal. Dicha circunstancia, además de atentar contra la competencia en igualdad de condiciones con las demás empresas de alojamiento, daña también el interés general, al privar al erario público de unos recursos necesarios para el sostenimiento de los servicios públicos».

⁹⁹ En este sentido, resulta especialmente significativa la Exposición de Motivos de la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, cit. una de las más restrictivas, al declarar expresamente que «es cierto que el artículo 33 de la Constitución reconoce, en la sección de los derechos y deberes de la ciudadanía, el derecho a la propiedad privada, lo cual se podría considerar que concede el derecho a cualquier uso del inmueble, pero también es cierto que el derecho a la propiedad privada nace delimitado por su función social. Por ello, no tan solo diferentes configuraciones legales que tengan que ver con el urbanismo, la ordenación del territorio, el medio ambiente, etc., pueden limitar el derecho de propiedad, sino que también las relaciones de vecindad (como las comunidades de propietarios) pueden limitarlo por razones diversas. Estas razones pueden afectar incluso a derechos constitucionales fundamentales, tales como el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la seguridad de los residentes habituales o el derecho al medio ambiente adecuado. En este sentido, se tiene que tener en cuenta que las personas usuarias de estancias turísticas irán cambiando cada pocos días o semanas; que tendrán acceso a zonas comunes y harán uso de ellas; que sus usos y dinámica horaria podrían no coincidir con los de los residentes habituales».

¹⁰⁰ La Exposición de Motivos del Decreto 92/2009, de la Comunitat Valenciana declara que: «Disponiendo de un terminal con conexión a la red un usuario medio puede tanto arrendar una vivienda como ofertarla en arrendamiento, sin que en ningún momento intervenga un tercero, público o privado, en la transacción. Esta inmediatez en la contratación, esta aparente facilidad, no va acompañada en todos los casos, y como sería deseable, de un excelente servicio, de una óptima dotación de los inmuebles, ni de unas mínimas garantías para los usuarios, al tiempo que facilita la elusión de las normas, tanto turísticas como de otra índole, y dificulta la investigación de las infracciones administrativas que pudieran cometerse», DOCV núm. 6051, de 7 julio 2009; rect. DOCV nº 6135, de 2 noviembre 2009, modificado por el art. 5 del Decreto 206/2010, de 3 de diciembre, del Consell, por el que se modifican los decretos reguladores del alojamiento turístico en la Comunitat Valenciana, DOCV núm. 6414 de 10 de diciembre de 2010.

¹⁰¹ FLAQUER RIUTORT, J., «El Tribunal Supremo abre las puertas al alquiler turístico vacacional», *La Ley Mercantil*, núm.77, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs / Opinión Legal, febrero 2021, LA LEY 2312/2021, p. 4.

haciendo responsable de ello, tanto al propietario del mismo, como al del canal de oferta turística en que se promociona o comercializa».

Partiendo de lo expuesto, resulta necesario destacar cómo la respuesta dada por los tribunales a los contenciosos suscitados entre las plataformas de alojamiento y las administraciones autonómicas encuentra un claro punto de inflexión en la Sentencia dictada por el TJUE el 19 de diciembre de 2019 (caso C-390/18 *Airbnb Ireland*)¹⁰². Este pronunciamiento sienta, por primera vez, una clara doctrina jurisprudencial en torno a la actividad desplegada y a la naturaleza jurídica de la plataforma *Airbnb*, calificándola expresamente como «servicio de la sociedad de la información» comprendido en el ámbito de aplicación de la DCE y de la LSSI¹⁰³. En opinión del TJUE las plataformas de alojamiento actúan como meras intermediarias, cumpliendo una función meramente técnica, sin ningún control ni conocimiento de los datos que alojan, que les son proporcionados por terceros cuyo contenido no conoce y, por tanto, puede beneficiarse de las exenciones de responsabilidad por los contenidos que aloja, sin que, por aplicación del principio de control en origen, quepa imponerles normativas sectoriales que restrinjan su libre prestación de servicios, si resultan más exigentes que las impuestas en el país en el que están establecidas, como son, en nuestro caso, las que derivan de la normativa sectorial turística¹⁰⁴. Pese a las dudas

¹⁰² STJUE de 19 de diciembre de 2019, (C-390/18), *Airbnb Ireland contra Association pour un hébergement et un tourisme professionnel*, ECLI:EU:C:2019:1112.

¹⁰³ La Sentencia fue dictada al objeto de resolver dos cuestiones prejudiciales planteada por el Juez de Instrucción del Tribunal de Primera Instancia de París. El objeto del litigio arranca de la denuncia presentada por la Asociación para la defensa del alojamiento y el turismo profesionales; (AHTOP), basada, entre otros motivos, en el ejercicio por parte de *Airbnb Ireland*, durante el período comprendido entre el 11 de abril de 2012 y el 24 de enero de 2017, de una actividad de intermediación y de gestión de inmuebles y de fondos de comercio sin estar en posesión de la tarjeta profesional exigida por la Ley *Hoguet*. En apoyo de su denuncia, esta asociación alega que *Airbnb Ireland* no se limita a poner en contacto a ambas partes a través de la plataforma, sino que ofrece servicios adicionales característicos de la actividad de intermediación en las transacciones inmobiliarias. *Airbnb Ireland* niega ejercer una actividad de agente inmobiliario y alega la inaplicabilidad de la Ley *Hoguet* por ser incompatible con la Directiva 2000/31. En este contexto, el Juez de Instrucción del Tribunal de Primera Instancia de París se pregunta: 1) Si el servicio prestado por *Airbnb Ireland* debe calificarse de «servicio de la sociedad de la información», en el sentido de la Directiva 2000/31, y, por tanto, si están amparadas por la libre prestación de servicios establecida en el artículo 3 de la Directiva las prestaciones realizadas en Francia por *Airbnb Ireland* a través de una plataforma explotada desde Irlanda. 2) En caso de que la respuesta sea afirmativa, si esta Directiva se opone a la aplicación de la Ley *Hoguet* a dicha sociedad o si, por el contrario, no obsta a que se aprecie si *Airbnb Ireland* ha incurrido en responsabilidad penal con arreglo a la Ley mencionada. En otras palabras, «si cabe oponer a *Airbnb Ireland* las normas restrictivas relativas al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario en Francia, establecidas por la Ley *Hoguet*». Para resolver la primera cuestión y calificar la actividad desplegada por *Airbnb Ireland* el tribunal examina el entramado empresarial de *Airbnb* y analiza su actividad para determinar si cumple los cuatro requisitos acumulativos mencionados en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2015/1535 y, por tanto, constituye un «servicio de la sociedad de la información» en el sentido de la Directiva 2000/31. Llegando a la conclusión de que «...procede calificar de Servicio de la sociedad de la información comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE un servicio de intermediación, prestado a cambio de una remuneración, que tiene por objeto poner en contacto mediante una plataforma electrónica a potenciales arrendatarios con arrendadores, profesionales o no profesionales, que proponen servicios de alojamiento de corta duración y que, además, ofrece otras prestaciones accesorias de ese servicio de intermediación...», véase apartado 69.

¹⁰⁴ Según el TJUE «...en la medida en que el arrendador y el arrendatario son puestos en contacto a través de una plataforma electrónica en la que no se requiere la presencia simultánea del prestador del servicio de intermediación, por un lado, y del arrendador o el arrendatario, por otro, dicho servicio constituye un servicio prestado a distancia y por vía electrónica. En efecto, en ningún momento del proceso contractual entre, por un lado, *Airbnb Ireland* o *Airbnb Payments UK* y, por otro lado, el arrendador o el arrendatario, las partes se ponen en contacto de una forma que no sea la intermediación de la plataforma electrónica epónima...», apartado 47. Un comentario a esta sentencia puede verse, entre otros, en VAZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, L., «La disrupción de la

que el análisis realizado por el TJUE pueda suscitar debido al control y grado de influencia de la plataforma *Airbnb* en la contratación de las VUT¹⁰⁵, lo cierto es que el pronunciamiento insufla una bocanada de aire fresco a las plataformas de alojamiento, cada vez más ahogadas por la rígida legislación turística. Hasta ese momento, las dudas que generaba la calificación de la actividad de intermediación y el régimen jurídico al que habían de quedar sometidas algunas de las plataformas de alojamiento de mayor éxito en el mercado, unido a la ausencia de una específica regulación, permitía a las CCAA hacer valer su autoridad y aplicar sin problema la normativa autonómica del sector turístico, que hacían prevalecer sobre la comunitaria alegada por las plataformas en su defensa. En los tribunales, la batalla librada entre las plataformas y las administraciones autonómicas resultaba claramente ganada por estas últimas. Los TSJ de las distintas CCAA venían fallando a su favor, calificando la actividad de las plataformas de prestación de servicios turísticos y dejándolas, por tanto, sometidas a la legislación autonómica del sector turístico y al cumplimiento de las obligaciones y exigencias en ellas impuestas. A partir del pronunciamiento del TJUE se produce un cambio en la doctrina jurisprudencial, claramente favorable a las plataformas de alojamiento.

3.2. La respuesta de los Tribunales Superiores de Justicia a los recursos planteados por las plataformas. Especial referencia a las sentencias dictadas por el TSJ de Cataluña.

Hasta la STJUE de 19 de diciembre de 2019, la mayor parte de los recursos planteados por las plataformas ante los TSJ de las distintas CCAA se venían resolviendo a favor de los organismos autonómicos, resultando confirmadas las sanciones por incumplimiento de la normativa autonómica del sector turístico. Destaca especialmente la actividad desplegada por el TSJ de Cataluña que, en diferentes sentencias, tuvo ocasión de pronunciarse acerca del conflicto entre la obligación impuesta por el artículo 73.5 de la LTC y la normativa comunitaria. En todos los casos se decantó a favor de la prevalencia de la normativa turística, desestimando los recursos planteados por las distintas plataformas. Entre otros, desestimó el recurso interpuesto por *Guía de Apartamentos Niumba S.L.U* en la sentencia 354/2018, de 30 de abril ¹⁰⁶, el de *Homeaway Spain S. L.*, en la 7090/2018, de 5 de octubre ¹⁰⁷, el de *Rentalia Holidays* en la 812/2018, de 5 de noviembre ¹⁰⁸ y el de *Airbnb Marketing Services y Airbnb Ireland* (en adelante ABBI y AMS) en la

economía colaborativa en el sector del alojamiento turístico: el caso AIRBNB. Comentario a la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (TJCE 2019, 302), *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 53, 2020.

¹⁰⁵ En este sentido, MARTINEZ NADAL para quien: «...Aunque es cierto que este único pronunciamiento judicial proclama que Airbnb tiene tal condición, consideramos que, a la vista de lo expuesto en este trabajo sobre el modelo económico y la posición de control y de influencia decisiva de esta plataforma sobre el prestador del servicio de hospedaje y su relación contractual con el usuario, no se ha realizado un adecuado análisis de la verdadera naturaleza de la actuación de esta plataforma, de la que las políticas de cancelación por la COVID-19 no son más que «una punta del iceberg» que muestra, siquiera parcialmente, una parte oculta(da) de esta plataforma, más allá de la de un simple intermediario neutral», MARTINEZ NADAL, A., «Covid -19, alquiler turístico y políticas de cancelación ¿emergencia en tiempos de pandemia de la oculta(da) naturaleza de las plataformas digitales?, *Revista de Internet, Derecho y Política* núm. 32 ,marzo, 2021, p.10.

¹⁰⁶ STSJ CAT 354/2018, (Sala Contenciosa Administrativa, Sección Quinta), de 30 de abril de 2018, ECLI:ES:TSJCAT:2018:276.

¹⁰⁷ STSJ CAT 7090/2018, (Sala Contenciosa Administrativa, Sección Quinta), de 5 de octubre 2018, ECLI:ES:TSJCAT:2018:7090.

¹⁰⁸ STSJ CAT 812/2018, (Sala Contenciosa Administrativa, Sección Quinta), de 5 de noviembre 2018 (núm. Rec.334/2015).

931/2019, de 3 de noviembre¹⁰⁹. En todos estos casos, el objeto de litigio era idéntico y arrancaba de las resoluciones dictadas por los organismos de la administración autonómica obligando a las plataformas a retirar de su página web los anuncios de viviendas en las que no constara el número de inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña (en adelante RTC). Las sentencias dictadas en los casos de *Rentalia Holidays* y *Apartamentos Niumba* no fueron recurridas, por lo que devinieron firmes. Si lo fueron las 7090/2018, de 5 de octubre y 931/2019, de 13 de noviembre dictadas en los casos *Homeaway Spain* y *ABBI* y *AMS*, que fueron recurridas en casación y resueltas por el TS en las Sentencias 1818/2020 de 30 de diciembre¹¹⁰ y 6/2022 de 7 de Enero¹¹¹. En ambos pronunciamientos, que serán analizados con detalle en páginas siguientes¹¹², el Alto Tribunal resuelve los recursos sobre las bases de la doctrina sentada por el TJUE, considerando que las resoluciones dictadas por los órganos autonómicos vulneran la normativa comunitaria aplicable a los PSSI, declarando expresamente la prevalencia de esta sobre la normativa autonómica del sector turístico.

La STSJ de Cataluña 7090/2018, de 5 de octubre, resuelve el recurso planteado por *Homeaway* contra la resolución dictada por la Dirección General de Turismo de Cataluña en la que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 73.2 de la LTC, se ordena a la plataforma que en el plazo de 15 días proceda al bloqueo, supresión o suspensión definitivamente en su página web de todo el contenido relativo a empresas de alojamientos turísticos localizados en Cataluña en los que no conste el número de inscripción en el Registro de Turismo. *Homeaway* recurre esta resolución en alzada ante el Secretario de Empresa y Competitividad del *Departament d'Empresa i Competitivitat* de la Generalitat de Cataluña que, a su vez, desestima el recurso en virtud de resolución dictada el 28 de mayo de 2015. Contra esta resolución, una vez agotada la vía administrativa, la plataforma interpone recurso contencioso ante el TSJ de Cataluña, que es desestimado.

Entre los motivos de impugnación alegados por la plataforma destacan la falta de competencia de la Generalitat de Cataluña para imponer obligaciones a un PSSI y el no sometimiento a la LTC por el mero hecho de que los anuncios que publiquen los usuarios en su página web se puedan englobar en el sector turístico. Al respecto, considera la Sala que, si bien como PSSI queda sometida al ámbito de aplicación de la DCE y de la LSSI, *ello no ha de obstar a su sujeción a otras normativas sectoriales como es la Ley 13/2002 de 21 de julio de Turismo de Cataluña, que tiene por objeto la protección de los usuarios*¹¹³. Por otra parte, a la vista de la definición que el artículo 2 de esta Ley da de sujetos turísticos y de servicios turístico, declara que *dentro de estos conceptos tienen cabida, no solo los propietarios de alojamientos turísticos y sus usuarios, sino también las personas físicas y jurídicas que realizan actuaciones dirigidas a los usuarios turísticos y las que prestan sus servicios para atender las demandas turísticas*. En estos términos, considera que no

¹⁰⁹ STSJ CAT 931/2019, (Sala Contenciosa Administrativa, Sección Quinta), de 13 de noviembre 2019, ECLI: ES:TSJCAT:8266.

¹¹⁰ STS 1818/2020, (Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera), de 30 diciembre 2020, ECLI: ES:TS:2020:4484

¹¹¹ STS 6/2022, (Sala Tercera de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera), de 7 de enero 2022, ECLI: ES:TS:2022:6.

¹¹² Véase *Infra*, pp.32 ss.

¹¹³ Véase FD Segundo.

cabe apreciar falta de competencia de la Generalitat para imponer sanciones a los PSSI y su sometimiento a la normativa turística¹¹⁴.

De especial relevancia son los argumentos utilizados por la plataforma en orden a la falta de conformidad de la obligación impuesta en la normativa turística con el régimen de responsabilidad y las limitaciones de control y supervisión de datos exigibles a un PSSI. Considera que su actividad es una actividad de alojamiento de datos, actuando como mera intermediaria que desempeña un papel neutro en la contratación, sin intervención alguna sobre el contenido de los anuncios que aloja, no siendo sus servicios un elemento esencial para la existencia del servicio subyacente. Entiende que ha de serle aplicable el régimen de exención de responsabilidad y las limitaciones a la obligación de control y supervisión previstas en la DCE y en la LSSI. En su opinión, la Orden de la Dirección General de Turismo vulnera los artículos 16 LSSI y 14 y 15 DCE al imputar responsabilidad a un PSSI intermediario, por un supuesto incumplimiento de la normativa turística, de la que no tenía conocimiento efectivo y obligarle a controlar y supervisar la legalidad de los datos que aloja.

El Tribunal resuelve el recurso sobre la base de la previa doctrina sentada en la Sentencia 354/2018, de 30 de abril de 2018 en la que se trataba la misma cuestión litigiosa respecto a la plataforma *Guía de Apartamentos Niumba S.L.U* y se alegaban los mismos motivos de impugnación. En los mismos términos que *HomeAway*, la actora fundamentaba su recurso en el hecho de que es una plataforma tecnológica que se limita a publicar los anuncios de sus usuarios, que son los que determinan la información y tienen conocimiento de la materia, de forma que ellas mantienen una posición neutral. Alegaba que no tiene conocimiento de ningún contenido ilegal de la información que se publica, ni la Administración determina con precisión cuáles son los anuncios o la información ilegal alojada en la plataforma, de forma que no pueden resultar responsables de los contenidos, de acuerdo con lo dispuesto en la DCE y en la LSSI. Así, lo que invoca es la exención de responsabilidad que la normativa sobre los servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico prevé para las plataformas de intermediación. Al objeto de determinar si procede la aplicación del régimen de exención de responsabilidad, la Sala analiza los artículos 16 LSSI y 14 DCE, recordando que solo se aplican cuando los intermediarios despliegan una actividad neutra o pasiva mediante un tratamiento meramente técnico de los datos facilitados por sus clientes, no resultando de aplicación cuando el operador despliega un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos que almacena. Al respecto, considera que no puede admitirse que el papel de la actora se limite únicamente a transmitir una información que desconoce; contrariamente, desempeña un papel activo, constituyéndose en el centro del negocio de alquiler de inmuebles turísticos. Por lo expuesto, entiende que no le es aplicable la cláusula de exención de responsabilidad¹¹⁵.

Por otra parte, alegaba que no había de serle aplicable la normativa turística de Cataluña por no ser una empresa turística, ya que no todos los apartamentos que comercializa tienen un uso vacacional y, en consecuencia, no tiene la obligación de determinar qué alojamientos tienen la consideración de turísticos, ni puede ser responsable de los eventuales incumplimientos de terceros. Al respecto, considera la Sala que la resolución impugnada se limita a requerir a la actora para que retire la información correspondiente a empresas o establecimientos de

¹¹⁴ Véanse FD Tercero y Cuarto.

¹¹⁵ Véase FD Quinto.

alojamiento turístico localizados en Cataluña en las que no conste el número de inscripción en el RTC. *No se trata por tanto de considerar a la actora como una empresa turística, sino simplemente de aplicar la normativa sobre turismo. Ello, sin perjuicio de que probablemente una empresa que se dedica a promocionar y gestionar monográficamente alojamientos de vacaciones pueda ser considerada en sí misma como una empresa turística. En definitiva, sea o no la actora una empresa turística, si se dedica a publicitar e intervenir en la contratación turística, resulta de aplicación la Ley 13/2002 de Turismo en los términos del artículo 1.2. de esta norma, cuando su actividad afecta a Cataluña, independientemente de que pueda intervenir en alquileres de naturaleza no turística*¹¹⁶.

Finalmente, alega que la obligación de los usuarios de inscribir las viviendas en el RTC y la posterior obligación de exhibir el número, es una restricción equivalente a una autorización administrativa, que vulnera el artículo 9 DS al no quedar justificada por una razón imperiosa de interés general, ni ser proporcionada. La Sala admite que la inscripción en el RTC puede ser considerada como una restricción al derecho de libre establecimiento y prestación de servicios y suponer una autorización administrativa prohibida por el art. 5 de la Ley 17/ 2009, salvo que obedezca a razones de interés general. Considera, sin embargo, este interés general claro, porque vincula este instrumento a la protección de los derechos de los destinatarios de los servicios y contribuye a la lucha contra el fraude, *sin perjuicio de su virtualidad para garantizar el principio de la libre competencia y la lucha contra el intrusismo por parte de los titulares de los inmuebles que los ponen en el mercado sin cumplir los requerimientos exigidos para ejercer la actividad*¹¹⁷.

El principio de unidad de doctrina lleva al Tribunal a la desestimación del recurso.

En la misma línea, la STSJ de Cataluña 931/2019, de 13 de noviembre desestima el recurso planteado por AMS y ABBI contra la resolución de la Generalitat de Cataluña por la que se desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la resolución dictada por la Directora General de Turismo, que acordaba bloquear, suprimir o suspender definitivamente en el plazo de 15 días de la página web www.airbnb.es, o de cualquier otra web, todo el contenido relativo a la publicidad de las empresas y de los establecimientos de alojamiento turístico localizados en Cataluña en el que no constara el número de inscripción en el registro. En los mismos términos que en los casos anteriores, las plataformas fundamentan el recurso en la vulneración del principio de exoneración de responsabilidad de los prestadores de servicios de la información por terceros alojados en esa plataforma (art. 14 DCE), y de la prohibición de que los Estados miembros puedan imponer a los prestadores de servicios obligaciones generales de supervisar los datos que almacenan sus usuarios (art. 15 DCE). A estos motivos, añaden el de la vulneración del PCO (art. 3 DCE)¹¹⁸. La plataforma ABBI alegaba que como PSSI establecido en un país miembro distinto de aquél en el que presta sus servicios, había de serle aplicable el PCO, no pudiendo serle

¹¹⁶ Véase FD Tercero.

¹¹⁷ «...El caso es, que la inscripción en el Registro de turismo puede ser efectivamente considerada como una restricción , pero no lo es menos que se trata de una restricción establecida por una norma con rango de ley, concretamente en la Ley 13/2002..Además, la vinculación de esta restricción obedece a una razón imperiosa de interés general que parece clara desde el momento en que constituye un instrumento para la protección de los derechos de los destinatarios de los servicios y también para la lucha contra el fraude, sin perjuicio de su virtualidad para garantizar el principio de libre competencia, la lucha contra el intrusismos por parte de los titulares de los inmuebles que los ponen en el mercado sin cumplir los requerimientos para el ejercicio de la actividad. Cabe decir en este sentido que la Directiva de Servicios enumera las razones imperiosas de interés general en una lista abierta en el artículo 4.8...». FD Cuarto.

¹¹⁸ El resumen de las alegaciones se recoge en el FD Primero.

impuestas obligaciones y requisitos de acceso al ejercicio de una normativa como la turística, más restrictiva que la del país donde está establecida: Irlanda.

Respecto a las dos primeras cuestiones, los argumentos utilizados por la Sala para resolver el recurso son iguales a los esgrimidos en anteriores sentencias en las que se planteó la misma cuestión litigiosa. Así, respecto a la aplicación del régimen de exención de responsabilidad acogido en el artículo 14 DCE, considera que no le es de aplicación a la plataforma, ya que solo se aplica a condición de que el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y *es evidente que Airbnb puede saber qué viviendas pueden ofertarse como viviendas o alojamiento turísticos –únicamente aquellas que estén registradas- y cuáles no, que son todas las demás. Por ello, las recurrentes no pueden ampararse en la DCE para aducir desconocimiento de que las viviendas no pueden ofertarse como alojamientos turísticos, ni tampoco puede eludir su responsabilidad frente al consumidor en aquellos casos en los que la oferta responde a una vivienda turística no registrada*¹¹⁹.

Para resolver la última cuestión referida a la vulneración del PCO, la Sentencia aborda un tema interesante que no había sido planteado en la 7090/2018 de 5 de octubre en el caso *HomeAway*, que es el de los requisitos que ha de reunir un prestador de servicios residente en otro estado para ser considerado establecido en España y quedar sometido a la LSSI, sin serle de aplicación el PCO en las materias de ámbito coordinado, del art. 2.2 h) DCE, entre las cuales se incluye los requisitos de acceso al ejercicio de la actividad. Al respecto, declara la Sala que, si bien ABBI es una sociedad de la información domiciliada en otro Estado, dispone en España de forma continuada y habitual de instalaciones y lugares de trabajo en los que realiza todo o parte de su actividad, por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2.2. LSSI¹²⁰, opera a través de un establecimiento permanente situado en España, en este caso AMS, quedando sometida al ámbito de aplicación de la LSSI. Por aplicación de este precepto, concluye que a ABBI no le es aplicable el PCO *en tanto que se trata de una sociedad domiciliada en otro Estado, que dispone en España, de forma continuada o habitual de instalaciones y lugares de trabajo en los que realiza todo o parte de su actividad*¹²¹.

Finalmente, como en casos anteriores, la plataforma alega la vulneración del principio de la libre prestación de servicios acogido por la DS y por la Ley 17/2009, al sujetar la actividad de arrendamiento de inmuebles que prestan los usuarios de la plataforma a un régimen de autorización no permitido, imponiéndoles determinados requisitos para el ejercicio de la actividad. Al respecto, declara la Sala que, *la normativa vigente en Cataluña no somete a Airbnb a autorización previa, ni tampoco exige tal autorización a los titulares de los establecimientos. En otras palabras, la Generalitat no restringe la libre prestación por parte de la actora, sino que pretende que*

¹¹⁹ Véase FD Tercero.

¹²⁰ Artículo 2.2. LSSI «...esta Ley será de aplicación a los servicios de la sociedad de la información que los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España.

Se considerará que un prestador opera mediante establecimiento permanente situado en territorio español cuando disponga en el mismo de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice todo o parte de su actividad...».

¹²¹ Véase FD Cuarto.

*se impida la oferta a través de la web de aquellas viviendas turísticas que no han comunicado su actividad al municipio correspondiente*¹²².

Por lo expuesto, el Tribunal dicta sentencia desestimando el recurso.

Con argumentos totalmente contrarios, y ya asumiendo la doctrina dictado por el TJUE en la Sentencia de 19 de diciembre de 2019, la STSJ de las Islas Baleares 220/2020 de 29 de abril¹²³ estima el recurso planteado por *Airbnb*, dejando sin efecto la sanción de 300.000 euros que le había sido impuesta por la Consejería de Innovación, Investigación y Turismo del Govern de les Illes Balears por la comisión de una infracción muy grave, consistente en publicitar alojamientos en los que no se incluía el número de registro. Este pronunciamiento es clara muestra del cambio de doctrina jurisprudencial operado por los tribunales autonómicos para resolver los contenciosos surgidos entre la administración y las plataformas de alojamiento, a raíz del fallo dictado por el TJUE.

Al igual que en casos anteriores, *Airbnb* pretendía la anulación de la sanción sobre la base de dos bloques argumentales: 1) el que afecta a la supuesta comisión de la infracción conforme a la normativa turística balear; 2) el referido a la exención de responsabilidad derivada de la aplicación de la DCE. Respecto al primero, argumenta, entre otros motivos, que se le imputa el cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 19, n) LTIB¹²⁴, cuando dicha obligación es exigible únicamente a las empresas turísticas y ella no lo es. Tampoco considera que quede inserto dentro del concepto de canal de oferta turística al que se refiere la normativa turística. En cuanto al segundo bloque argumental, referido a la aplicación de la DCE, alega, en primer lugar, que es un PSSI de alojamiento de datos a los efectos de la DCE. Como prestador establecido en Irlanda, únicamente puede quedar sujeto a las normas del país de establecimiento en todo lo que se refiere al ámbito coordinado de la UE. Del mismo modo, considera que le es de aplicación el principio general de exención de responsabilidad de los PSSI por los contenidos de terceros y, finalmente, que al serle de aplicación el artículo 15 DCE no se le puede imponer la obligación de realizar una revisión exhaustiva y detallada de toda la publicidad que los anfitriones publican en la web para determinar si aquello que ofrecen son estancias turísticas.

Por su parte, la administración balear argumenta que la actividad de *Airbnb* se inserta en lo que la LTIB califica como canal de oferta turística, siendo claros los preceptos de la ley que imponen a los titulares de tales canales la obligación de insertar en su publicidad el número de inscripción en el registro de las viviendas vacacionales que se oferten. En su opinión, no se trata de una obligación de carácter sustancial, sino del cumplimiento de un requisito meramente formal que, para poder ser cumplimentado por la persona que publicita en Internet una vivienda turística, exigiría a las plataformas incluir un campo obligatorio. Considera que al caso le es de aplicación lo resuelto por STJUE de 20 de diciembre de 2017 en el asunto C-434/2015 en el procedimiento *Asociación Profesional Elite Taxi y Uber System Spain, S.L*¹²⁵ y, por tanto, debe entenderse que la actividad de *Airbnb* es un servicio de intermediación que forma parte integrante de un servicio

¹²² Véanse FD Segundo y Tercero.

¹²³ STSJ Illes Balears 220/2020 (Sala de lo Contencioso, Sección Primera), de 29 de abril de 2020, ECLI:ES:TSJBAL:2020:220.

¹²⁴ El artículo 19 LTIB ha sido recientemente modificado por el artículo 2. 5. de la Ley 3/2022.

¹²⁵ STJUE (Gran Sala), de 20 de diciembre de 2017, (C-434/15), *Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, SL*, ECLI:EU:C:2017:981.

global cuyo elemento principal es la actividad turística y, por lo tanto, no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información». Por ello, entiende que no le ampara la exención de responsabilidad del artículo 14 DCE.

Al objeto de determinar si *Airbnb* queda obligada a insertar el número de inscripción en el registro de las viviendas ofertadas conforme a lo dispuesto en la normativa turística balear y, por tanto, si había cometido el tipo infractor que conllevaba la sanción impuesta, la Sala analiza los preceptos utilizados por la resolución sancionadora para multar a la plataforma. Llega a la conclusión de que algunos, como el 19 n) o el 15 k), no le son de aplicación. El primero, porque impone obligaciones a las empresas turísticas y *Airbnb* no lo es y, el segundo, porque no impone obligación alguna a entidades como *Airbnb*, sino que se limita a recoger un derecho de los usuarios de servicios turísticos a conocer el número de inscripción en el caso de publicidad de comercialización de estancias turísticas en vivienda. Contrariamente, si considera aplicable a *Airbnb* el artículo 28.3.a) LTIB que considera ilegal la publicidad de viviendas que, aun habiendo presentado la declaración responsable de inicio de la actividad (DRIAT), no inserte el número de inscripción en el Registro insular de actividades turísticas. Del incumplimiento de esta obligación son responsables, no solo el titular de la oferta turística, sino también el medio a través del cual se publicita la oferta. El incumplimiento de la obligación por parte de los titulares o explotadores de los canales de comercialización turística es calificado por el artículo 106 LTB como infracción muy grave. *Airbnb* niega que pueda considerarse como un «canal de oferta turística», argumento que la Sala rechaza declarando expresamente que *el servicio que presta Airbnb a través de su web constituye, a efectos de la LTIB, un canal de oferta turística. Aclarado que Airbnb quedaba obligada –desde la exclusiva perspectiva de la legislación balear– a insertar en la publicidad de las ofertas de viviendas vacacionales de Illes Balears, el número de inscripción de las mismas, se habría cometido el tipo infractor tipificado por la norma*¹²⁶. Así, conforme a lo dispuesto en la normativa turística balear, la Sala considera cometida la infracción y, por tanto, aplicable la sanción.

No obstante, partiendo del sometimiento de *Airbnb* a la normativa balear y de su obligación de insertar en la publicidad de las viviendas vacacionales ofertada en las Islas Baleares el número de inscripción, la Sala procede a examinar si tal obligación entra en conflicto con la normativa comunitaria que, en opinión de la plataforma, es la que ha de serle aplicable. A tal fin, examina la aplicación de la DCE a la actividad desarrollada por *Airbnb* y la posible exención de responsabilidad contemplada en la misma en base a su condición de simple PSSI. Asumiendo la doctrina sentada por el TJUE, que considera plenamente aplicable al caso, declara amparada a *Airbnb* por la DCE y aplicable a ella la exención de responsabilidad de los PSSI alojadores de datos prevista en el artículo 14 DCE. Llega a tal conclusión una vez examinado el alcance del conocimiento de la ilicitud de los datos alojados, al que se refiere el artículo 14 DCE como limitación a la exención de responsabilidad, declarando que *la omisión de inserción del número de registro de la vivienda turística no es una publicidad ilícita conforme a la normativa comunitaria. Al contrario, la obligación de insertarla supone vulneración de la Directiva 2006/123*¹²⁷. En su opinión, la sanción impuesta no se fundamenta en que los alojamientos ofertados carecen de título administrativo habilitante, sino en la omisión del requisito formal de insertar en su publicidad el correspondiente número de inscripción en el registro, por lo que *se trata de una ilicitud puramente formal, alejada de aquellos otros ilícitos a los que se refiere la DCE en sus considerandos y en su art.*

¹²⁶ Véase FD Segundo.

¹²⁷ Véase FD Quinto.

3.4º. Ello, en contra de la posición mantenida por la administración autonómica que consideraba que no debía serle aplicable a la plataforma esta exención cuando ha existido un requerimiento previo por la Administración competente mediante el cual se les pone en conocimiento efectivo de un ilícito. Igualmente, afirma la Sala que la obligación general de asegurar que todas las ofertas que se publiciten contengan número de inscripción en el registro, *en realidad comporta una obligación de supervisar todos los anuncios. Ello es así porque la actividad requerida pasaría por examinar cada una de las ofertas de alojamientos situadas en Illes Balears, para después comprobar cuáles de ellas cumplen las condiciones del artículo 50 LTIB para ser calificadas como viviendas turísticas vacacionales... Todo el proceso anterior supone la imposición de una obligación general de control que impide el artículo 15. 1 DCE*. En su opinión, esta exigencia implica trasladar al prestador de servicios unas competencias inspectoras vetadas por dicho precepto, y cuyo ejercicio solo corresponde a la Administración¹²⁸.

Admitido el conflicto normativo entre la Ley Turística de las Islas Baleares y la DCE, el Tribunal recuerda que la colisión entre el derecho de la Unión Europea y el derecho nacional ha sido resuelta por el TJUE en base a dos principios: la primacía de la norma comunitaria sobre la norma nacional y la aplicación directa del derecho de la Unión Europea en los Estados miembros. El primero arrastra la inaplicación de las disposiciones nacionales contrarias a aquella, por lo que, aplicado al caso, le lleva a declarar que *la obligación que la LTIB impone a los titulares de canales de comercialización turística respecto a que en la publicidad de viviendas vacacionales se inserte el número de inscripción en registro –y correlativa sanción por incumplimiento- debe interpretarse en el sentido de que dicha exigencia no se aplica a los prestadores de servicios de la sociedad de la información comprendidos en la Directiva 2000/31/CE*¹²⁹. A la vista de lo expuesto, afirma que la imposición de sanción a *Airbnb* sin que la norma de cobertura le sea aplicable, constituye un vicio de nulidad, estimando el recurso y declarando nula la sanción impuesta por resultar disconforme al ordenamiento jurídico. La sentencia deviene firme ya que, aunque fue recurrida en casación por el Gover Balear, el TS, en virtud de Providencia dictada el 21 de enero de 2021¹³⁰, inadmitió el recurso por entender que las alegaciones realizadas eran repetición de las planteadas en el recurso y no iban dirigidos a combatir los razonamientos de la sentencia recurrida¹³¹.

¹²⁸ Véase FD Sexto.

¹²⁹ Véase FD Octavo.

¹³⁰ TS (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección Primera), Providencia de 21 de enero de 2021, (Rec/4664/2020).

¹³¹ «...En efecto, la Comunidad Autónoma recurrente considera que no debe aplicarse la exención de responsabilidad de los prestadores de los servicios de la información cuando ha existido un requerimiento previo por la Administración competente mediante el cual se les pone en conocimiento efectivo de un ilícito (en este caso, previsto en la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears). Pero no combate los razonamientos de la sentencia por los que considera que no estamos ante una ilicitud a las que se refiere la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio Electrónico); sería, afirma la sentencia «una ilicitud puramente formal, alejada de aquellos otros ilícitos a los que se refiere la DCE en sus considerandos y en su art. 3.4º-i» -Fundamento de Derecho sexto-; como tampoco combate los razonamientos de la sentencia referidos al “ámbito coordinado” -Fundamento de Derecho séptimo-, en los que, con invocación de los artículos 2 y 3 de la citada Directiva, concluye que la Administración demandada no ha justificado que la medida impuesta por la Ley de Turismo de las Islas Baleares se ampare en esos supuestos admitidos por el artículo 3.4 de la Directiva y que, si se estimase que está amparada en alguno de esos supuestos, no se ha seguido el procedimiento previsto, no advirtiendo, por otra parte, que concurra cualquiera de los supuestos de exclusión del ámbito normativo coordinado del artículo 2.ii) de la referida Directiva. Artículos, los citados, que ni siquiera se invocan como infringidos en el escrito de preparación del recurso...».

3.3. Doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo: las Sentencias 1818/2020 de 30 de diciembre de 2020 y 6/2022 de 7 de enero de 2022 sobre *Homeaway* y *Airbnb*

Sobre la base del pronunciamiento del TSJ de las Islas Baleares, el TS resolvió los recursos de casación planteados por *HomeAway* y por ABBI y AMS contra las Sentencias 7090/2018, de 5 de octubre y 931/2019, de 13 de noviembre, dictadas por el TSJ de Cataluña. Como seguidamente se verá, en los dos casos, las alegaciones formuladas por las plataformas para fundamentar sus recursos de casación se vieron claramente reforzadas por la doctrina dictada por el TJUE en el caso *Airbnb*. Con base en ella, el Alto Tribunal estima ambos recursos en las Sentencias 1818/2020 de 30 de diciembre y 6/2022 de 7 de enero, sentando una importante doctrina jurisprudencial en torno al régimen jurídico aplicable a las plataformas de alojamiento y a la normativa que debe prevalecer en caso de conflicto entre la normativa turística y la comunitaria, dando prevalencia a esta última. Esta doctrina contradice abiertamente la que durante años venían acogiendo los TSJ de las distintas CCAA que venían sometiendo a las plataformas de alojamiento al cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa sectorial de los alojamientos turísticos. Llama la atención que, después de casi diez años de debate y continua litigiosidad, haya sido una exigencia administrativa la que ha servido de punto de arranque al Alto Tribunal para aclarar la calificación que ha de darse a la actividad de intermediación y al régimen jurídico aplicable a las plataformas de alojamiento.

El litigio de donde arrancan las sentencias dictadas por el TS en los casos *HomeAway* y ABBI guardan total identidad, tanto respecto al objeto, como a los sujetos. Ambas resuelven los recursos de casación interpuestos por las plataformas contras las mencionadas sentencias dictadas por el TSJ de Cataluña desestimatorias de los recursos contenciosos planteados contra las resoluciones dictadas por el Secretario de Empresa y Competitividad de la Generalitat de Cataluña, por la que se les ordenaba que en el plazo de 15 días naturales bloqueasen, suprimiesen o suspendiesen definitivamente de sus páginas web (o de cualquier otra similar) todo el contenido relativo a empresas o establecimientos de alojamientos turísticos en Cataluña en los que no constase el número de inscripción en el RTC, y aportasen prueba de haber dado cumplimiento a dicha orden. El TS, por razones de identidad de criterio y de igualdad en la aplicación de la ley, resuelve ambos recursos utilizando los mismos argumentos¹³². La única diferencia radica en que, en la Sentencia 6/2022 el Alto Tribunal resuelve respecto a ABBI y AMS la cuestión referida a los requisitos necesarios para que una plataforma sea considerada establecida en España y, por tanto, pueda serle aplicable o no el PCO en materia de ámbito coordinado, que no había sido planteada en el caso *HomeAway*.

El TS admite ambos recursos en virtud de sendos autos: el de *HomeAway* contra la STSJ de Cataluña de 5 de octubre 2018, por auto de 31 de enero de 2020¹³³, y el de ABBI y AMS contra la

¹³² Véase FD Sexto STS 6/2022, de 7 de enero.

¹³³ TS, (Sala Tercera, de lo Contencioso- Administrativo, Sección Primera), Auto de 31 de enero de 2020, ECLI: ES:TS:2020:796A

STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2019, por auto de 5 de marzo de 2021¹³⁴. En ambos declara que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en *reafirmar, reforzar, completar y, en su caso, matizar o corregir, nuestra jurisprudencia sobre el régimen jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y su responsabilidad, con especial proyección en el ámbito de las viviendas o alojamientos turísticos*. En particular, en la resolución del caso *HomeAway*, considera que se trata de aclarar esencialmente tres cuestiones: 1) Si un PSSI, aparte de estar sometido a las disposiciones de la normativa reguladora de tales servicios, puede quedar obligado por la normativa sectorial autonómica dictada en materia de turismo. 2) Aclarar, a la luz de la jurisprudencia europea, cuáles son los criterios que deben de tenerse en cuenta para determinar que un PSSI que realiza la actividad de alojamiento o almacenamiento de datos, desempeña un papel activo, y no meramente técnico o neutro, que le permite tener conocimiento o control de esos contenidos, y cuáles son las consecuencias desde la perspectiva de la responsabilidad. 3) Aclarar si la imposición a un PSSI del deber de comprobar que las empresas que utilizan sus servicios de alojamiento de datos cumplen los requisitos de ejercicio de la actividad impuestos por la normativa turística –en este caso, la exhibición del número de inscripción en el registro de turismo de la Generalitat- supone la imposición de una obligación general de supervisión de datos o de búsqueda activa de hechos o circunstancias que indique actividades ilícitas, en los términos previstos en el artículo 15 DCE¹³⁵. A estas cuestiones, en el caso *ABBI y AMS*, se añade otra, referida a la aclaración de los requisitos que debe reunir un prestador de servicios de la sociedad de la información para considerar que está establecido en España, en relación con el PCO y el ámbito coordinado.

Al igual que hicieron al plantear los recursos contenciosos ante el TSJ de Cataluña, las plataformas fundamentan los recursos de casación ante el TS en la falta de conformidad de la obligación directamente impuesta por la normativa sectorial turística con el régimen de exención de responsabilidad de los PSSI. Consideran que la orden recurrida vulnera los artículos 16 LSSI y 14 DCE al imputarles responsabilidad por un supuesto incumplimiento de la normativa turística del que no tienen conocimiento efectivo. En apoyo de su tesis, citan especialmente la STJUE de 19 de diciembre 2019 en la que, si bien el Tribunal no llega a pronunciarse sobre el régimen de responsabilidad de los PSSI intermediarios, sí examina en profundidad la actividad de la plataforma *Airbnb*, poniendo de relieve la neutralidad de dicho servicio de la sociedad de la información, sin intervención alguna sobre el contenido de los anuncios que alojan y sin resultar sus servicios un elemento esencial para la existencia del servicio subyacente de alquiler de apartamentos. Por otra parte, entienden que la falta de número de inscripción en el registro turístico no supone por sí mismo una evidencia notoria de la ilegalidad del anuncio. Igualmente, consideran que la orden recurrida vulnera el artículo 15 DCE al imponerles una obligación de supervisión de datos. Finalmente, entienden infringidos los artículos 4.7. y 16 DS y los artículos 3.8 y 12 de la Ley 17/2009, y la jurisprudencia del TJUE y del TS sobre el principio de proporcionalidad, alegando que los citados artículos prohíben a los Estados miembros imponer a los prestadores de servicios cualquier requisito, obligación, prohibición, condición o límite al acceso o ejercicio de una actividad de servicios, salvo si concurre una razón imperiosa de interés general.

¹³⁴ TS, (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), Auto de 5 de marzo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2334A.

¹³⁵ Véase AH Tercero STS 1818/2020, de 30 de diciembre.

En el recurso planteado por ABBI y AMS, a estas alegaciones se suma la de la infracción de los artículos 2.2. y 3 LSSI y 3.2. de la DCE, al prescindir la sentencia impugnada de la imperativa aplicación del PCO. Consideran que, al dar amparo al requerimiento dictado por la administración autonómica, el TSJ de Cataluña permite que se imponga a ABBI requisitos en materia del ámbito coordinado más exigentes que los impuesta por el Estado miembro de establecimiento, en este caso Irlanda. Añade que la sentencia asume que la sociedad ABBI está establecida en España, sin tener en cuenta el test jurídico para determinar el lugar de establecimiento que, a los efectos del PCO, viene determinado por la DCE y es *el lugar donde se encuentra la sede central y se llevan a cabo de forma permanente, las actividades esenciales*. También denuncia la infracción de los artículos 3.4.a) DCE y 8.3. y 4 LSSI, ya que la sentencia no tiene en consideración que dichos preceptos obligan a los Estados miembros que quieran establecer excepciones al artículo 3.2. DCE a notificar a la Comisión Europea y al Estado miembro afectado las medidas restrictivas al PCO.

La Generalitat de Cataluña, por su parte, sostiene que un PSSI, además de estar sometido a las disposiciones de la normativa reguladora de tales servicios, puede quedar obligado por la normativa sectorial que resulte de aplicación. Cita en su apoyo la STJUE de 20 de diciembre de 2017 que calificó al servicio de intermediación de transporte *Uber* como parte de un servicio global, cuyo elemento principal es un servicio de transporte, no un servicio de la sociedad de la información. En su opinión, las plataformas recurrentes no desarrollan una labor meramente técnica y automática de almacenamiento de datos, sino que realiza su actividad a cambio de un beneficio económico. Sostiene que la STJUE de 19 de diciembre de 2019 es de escasa relevancia para el presente litigio, porque de lo que se trata aquí es de la obligación de retirar contenidos ilícitos de la plataforma. Afirma que la orden recurrida no supone la imposición de una obligación general de supervisión de datos o de búsqueda activa de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas en los términos y con los efectos previstos en el artículo 15 DCE. En cuanto a la aplicación a la plataforma ABBI del PCO, considera que no le es de aplicación ya que se trata de una sociedad de la información que, si bien se encuentra domiciliada en otro Estado, dispone en España de forma continuada o habitual de instalaciones y lugares de trabajo en los que realiza todo o parte de su actividad y, por tanto, se encuentra establecida en España y sometida al ámbito de aplicación de la LSSI, sin que pueda aplicársele el PCO en materia de ámbito coordinado¹³⁶.

A la vista de las alegaciones formulada por las partes, el TS resuelve las cuestiones planteadas.

a. La calificación jurídica de los servicios prestados por las plataformas de alojamiento y el régimen jurídico aplicable

Como punto de partida, el Alto Tribunal deja constancia de que en ninguno de los dos recursos se discute la condición de PSSI de las plataformas. La discrepancia surge al momento de determinar su responsabilidad por el incumplimiento de una obligación impuesta por la legislación sectorial turística de Cataluña, y en la conformidad o no a derecho de la exigencia de la administración autonómica catalana de eliminar de su página web los anuncios de alojamientos turísticos que no incorporen el número de registro turístico. Partiendo de esta idea, y al objeto de determinar el régimen de responsabilidad de las plataformas, el TS considera

¹³⁶ Véanse FS Segundo de la las STS 1818/2020, de 30 de diciembre y FD Cuarto y Quinto de la STS 6/2022, de 7 de enero.

necesario examinar la actividad que desarrollan, esto es, si actúan como PSSI intermediarios desempeñando un papel meramente técnico de almacenamiento de datos o si, de forma distinta, despliegan una actividad de prestación de servicios de alojamiento turístico. En el primer caso, calificadas como prestadoras de servicios de alojamiento de datos, con su específico régimen de responsabilidad acogido en el artículo 14 DCE y 16 LSSI, mientras que, en el segundo, sometidas al régimen sectorial turístico aplicable a los prestadores de alojamiento turístico. Asimismo, considera necesario examinar si puede considerarse que las plataformas adquieren un «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los datos que alojan por el hecho de insertar en sus páginas web viviendas que no incorporan el número de registro.

Respecto a la actividad desplegada por las plataformas de alojamiento y al régimen jurídico que ha de serles aplicable, el TSJ de Cataluña en las dos sentencias recurridas había considerado que las plataformas no pueden ser consideradas como prestadoras de alojamiento de datos en los términos contemplados en los artículos 14 DCE y 16 LSSI, con su específico régimen de responsabilidad. Contrariamente, había declarado que se constituyen en el centro del negocio de alquiler de inmuebles o viviendas vacacionales, ya que organiza la información bajo una forma que ella misma decide, lleva a cabo la publicidad en los términos que considera oportuno, gestiona las reservas e impone su intermediación en el pago. Por todo ello, *no puede considerarse que su actividad se limite a almacenar y transmitir una información que desconoce. Al contrario, logra un papel activo en el formato y tráfico de datos, que impide la aplicación de la cláusula de exención de responsabilidad por los contenidos.* No llega a la misma conclusión el Alto Tribunal quien, examinada la STJUE en el caso *Airbnb* y siguiendo su doctrina, declara expresamente que no cabe dudar de que la actividad de las plataformas de alojamiento es una labor de intermediación propia de la sociedad de la información, comprendida en el ámbito de aplicación de la DCE y de la LSSI y no de la legislación sectorial de alojamientos turísticos. Califica a las plataformas como prestadoras de servicios de alojamiento de datos, afirmando, *sin género de dudas*, que los servicios prestados por ellas constituyen un servicio de intermediación distinto del servicio subyacente al que están vinculadas, considerando que las prestaciones accesorias desarrolladas por ellas no desvirtúan la naturaleza del servicio de intermediación que presta, consistente en poner en contacto a arrendadores y arrendatarios de viviendas vacacionales, sin transformarlo en un negocio de arrendamiento de vivienda¹³⁷.

Determinada la naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas de alojamiento y el régimen jurídico al que han de quedar sometidas, el Alto Tribunal procede a examinar su régimen de responsabilidad. Más concretamente, si opera respecto a ellas la cláusula de exoneración de responsabilidad prevista en los artículos 14 DCE y 16 LSSI o, de forma más precisa, la exención condicionada de responsabilidad¹³⁸.

b. *El régimen de responsabilidad aplicable a las plataformas de alojamiento. El «conocimiento efectivo» de los datos que alojan*

¹³⁷ Véanse FD Sexto, STS 1818/2020 de 30 de diciembre y FD Cuarto de la STS 6/2022 de 7 de enero.

¹³⁸ Como advierte el Alto Tribunal, «...calificar esta regulación de «exención de responsabilidad» sin mayores precisiones no deja de ser una imprecisión, pues habría que hablar más bien de exención condicionada de responsabilidad ...», Véase FD Séptimo, STS 1818/2020, de 30 de diciembre.

Establecida la naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas y calificadas como prestadoras de servicios de intermediación alojadoras de datos, se trata de determinar si pueden quedar excluidas del régimen de exención condicionada de responsabilidad previsto para los alojadores de datos, por haber tenido «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los datos que alojan. Considera el TS que, en principio, las plataformas, en su condición de PSSI que despliegan una actividad de intermediación, no responden de la ilegalidad administrativa cometida por los propietarios que han publicitado las viviendas sin cumplir los requisitos administrativos impuestos por la normativa turística y, por tanto, no se las podría sancionar por tener alojadas en sus páginas web viviendas que no incluyen el número de inscripción en el registro turístico. Ello, siempre y cuando no hubieran tenido «conocimiento efectivo» de que los datos que alojan son ilegales. A tal afirmación llega sobre la base del sometimiento de las plataformas de alojamiento a la DCE y a la LSSI y no a la normativa sectorial de turismo. En su opinión, un PSSI de alojamiento de datos no puede quedar obligado por una exigencia impuesta por la normativa turística catalana. Las sentencias recurridas sí habían considerado que las recurrentes quedan obligadas por la LTC ya que, *sean o no una empresa turística, si se dedican a publicitar e intervenir en la contratación turística resulta de aplicación la Ley 13/2002 de Turismo cuando su actividad afecte a Cataluña, independientemente de que además puedan intervenir en alquileres de naturaleza no turística*. No se muestra conforme con esta afirmación el Alto Tribunal, quien entiende que la obligación de inscribir alojamientos turísticos en el Registro autonómico, así como la de mencionar el número de registro en la publicidad de tales alojamientos turísticos, recae en las empresas turísticas, *lo que no es la actora que es una empresa de intermediación, prestadora de servicios de la sociedad de la información*.

Como PSSI de alojamiento de datos en los términos en los que los define la DCE y la LSSI y ha sido interpretado por el TJUE, considera que las plataformas de alojamiento no quedan sujetas de manera directa a las normativas sectoriales, sino que su régimen de responsabilidad es el determinado en los artículos 14 DCE y 16 LSSI. Así, la exigencia impuesta por la normativa sectorial turística catalana contraviene el régimen de exención de responsabilidad acogido en dichos preceptos para los alojadores de datos y la prohibición de supervisión de los datos que almacenen o transmitan del artículo 15 DCE¹³⁹. No obstante, deja claro que no se trata de inaplicar la ley catalana, *sino de la necesidad de interpretar la misma a la luz del derecho comunitario y estatal de transposición del mismo, que conducen a la conclusión que hemos expuesto, de la naturaleza inequívoca de prestador de servicios de Internet de alojamiento de datos sobre el que operan las exenciones de responsabilidad por los datos que aloja, previstas en los artículos 14 DCE y 16 LSSI*¹⁴⁰.

Partiendo de la aplicación a las plataformas del régimen de responsabilidad de los PSSI, y al objeto de determinar si las plataforma cumplen las condiciones impuestas para resultar beneficiadas por el régimen de responsabilidad previsto para los alojadores de datos, seguidamente el Alto Tribunal se plantea la cuestión de si puede considerarse que las plataformas recurrentes tienen «conocimiento efectivo» de la ilicitud administrativa en que incurren los anuncios de alojamientos turísticos que no incorporen el número de registro, por el sólo hecho de que tales anuncios se alojen en su página web. Responde negativamente, afirmando que no se da ninguna circunstancia que acredite tal «conocimiento efectivo», ya que no existe declaración

¹³⁹ Véase FD Octavo, STS 1818/2020, de 30 de diciembre.

¹⁴⁰ Véase FD Séptimo, STS 1818/2020, de 30 de diciembre.

de ilicitud por parte de la administración catalana. Para que así fuera, tal declaración habría de ir referida necesariamente a anuncios concretos, y la orden administrativa de la que trae su origen el litigio es una orden genérica, *que obligaría al prestador de servicios a efectuar un examen del contenido de sus anuncios, determinar cuáles son apartamentos turísticos y suprimir los que no incorporen el número de registro. Una tal obligación sería directamente contraria a lo previsto por el artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE, e incompatible con el régimen jurídico de los PSSI de alojamientos de datos. En puridad sería prácticamente encomendarle la función de inspección y control de contenidos que, dentro de su ámbito material, corresponde a la Administración competente. (...). Un PSSI de almacenamiento de datos estará obligado a suprimir los anuncios, o vedar el acceso a ellos, que incumplan una obligación legal cuando la Administración competente haya declarado dicho incumplimiento y lo comuniqué al PSSI, pero no puede trasladar a éste la obligación de vigilancia que le compete.* Distinto hubiera sido el caso, si la Generalitat hubiera trasladado a las plataformas un listado identificando a los propietarios que no hubieran cumplido, en cuyo caso, si podría considerarse que las plataformas tienen un «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los datos que alojan, quedando obligadas a retirarlos de sus páginas web y, en caso contrario, respondiendo por no haber actuado con la debida diligencia en los términos previstos en el artículo 14 b) DCE. Por otra parte, considera que no puede exigírseles que eliminen de sus páginas web las viviendas que no incluyeran el número de registro, ya que ello supondría imponerles una obligación de supervisión y control, contraria al artículo 15 DCE. Lo dicho, sin perjuicio de la necesaria colaboración de los PSSI con las administraciones competentes acogida en los artículos 15.2. DCE¹⁴¹ y 35¹⁴² y 36 LSSI¹⁴³ deber de colaboración al que, conforme a lo dispuesto en el

¹⁴¹ Artículo 15.2. DCE: «2. Los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento».

¹⁴² Artículo 35 LSSI. Supervisión y control.

1. El Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital controlará el cumplimiento por los prestadores de servicios de la sociedad de la información de las obligaciones establecidas en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, en lo que se refiere a los servicios propios de la sociedad de la información, así como en el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, por parte de aquellos proveedores incluidos en su ámbito de aplicación.

No obstante, las referencias a los órganos competentes contenidas en los artículos 8, 10, 11, 15, 16, 17 y 38 se entenderán hechas a los órganos jurisdiccionales o administrativos que, en cada caso, lo sean en función de la materia.

2. Los órganos citados en el apartado 1 de este artículo podrán realizar las actuaciones inspectoras que sean precisas para el ejercicio de su función de control.

Los funcionarios adscritos a dichos órganos y que ejerzan la inspección a que se refiere el párrafo anterior tendrán la consideración de autoridad pública en el desempeño de sus cometidos.

3. En todo caso, y no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando las conductas realizadas por los prestadores de servicios de la sociedad de la información estuvieran sujetas, por razón de la materia o del tipo de entidad de que se trate, a ámbitos competenciales, de tutela o de supervisión específicos, con independencia de que se lleven a cabo utilizando técnicas y medios telemáticos o electrónicos, los órganos a los que la legislación sectorial atribuya competencias de control, supervisión, inspección o tutela específica ejercerán las funciones que les correspondan».

¹⁴³ Artículo 36. Deber de colaboración.

«1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información tienen la obligación de facilitar al Ministerio de Ciencia y Tecnología y a los demás órganos a que se refiere el artículo anterior toda la información y colaboración precisas para el ejercicio de sus funciones.

apartado 3 del artículo 14 DCE y 36 LSSI, quedarían obligadas las plataformas si, como consecuencia de una actividad inspectora, se tuviera conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones tipificadas en leyes estatales y autonómicas. En tales casos, considera el TS que quedarían obligadas a dar cuanta de los mismos a los órganos competentes para su supervisión y control. Del mismo modo, están obligadas a comunicar a las autoridades competentes información que les permita identificar a los destinatarios con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento.

Por lo expuesto, concluye el Alto Tribunal que *un PSSI de almacenamiento de datos estará obligado a suprimir los anuncios, o vedar el acceso a ellos, que incumplan una obligación legal cuando la administración competente haya declarado dicho incumplimiento y lo comunique al PSSI, pero no puede trasladarle a este la obligación de vigilancia que le compete. Lo cual es consecuencia de que el PSSI se encuentra regulado por la normativa propia, lo que se reconoce en la sentencia recurrida, pero no por la sectorial de turismo, lo que solo ocurriría si se tratase de una empresa cuya calificación jurídica -en términos de la sentencia Airbnb- no fuese ya la de un PSSI sino la de una empresa turística, lo que hemos visto que no es el caso, o en supuestos de ilicitud flagrante, que tampoco concurre en el presente supuesto*¹⁴⁴.

c. La aplicación a las plataformas de alojamiento del Principio de Control en Origen. Requisitos que debe reunir un PSSI para considerarlo establecido en España

La STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2019 había considerado que a ABBI no le era de aplicación el PCO ya que se trataba de una sociedad de la información que, si bien está domiciliada en otro Estado, dispone en España de forma continuada o habitual de instalaciones y lugares de trabajo en los que realiza todo o parte de su actividad y, por tanto, se encuentra establecida en España y sometida al ámbito de aplicación de la LSSI, sin que pueda aplicársele el PCO en materia de ámbito coordinado. Sobre esta base, y al objeto de determinar la correcta aplicación del PCO en materia de ámbito coordinado, el Ato Tribunal examina el lugar de establecimiento de ABBI. Trae a colación el considerando 19 DCE que señala alguno de los criterios interpretativos establecidos por la jurisprudencia del TJUE para determinar el lugar de establecimiento de una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio de Internet. Según estos criterios *el establecimiento no se encuentra ni donde está la tecnología que mantiene el sitio, ni allí donde se pueda acceder al sitio, sino en el lugar donde se desarrolla la actividad económica y que, en el supuesto de que existan varios establecimientos de un mismo prestador de servicios, habrá de determinarse el lugar de establecimiento desde el que se presta un servicio concreto. En caso de especial dificultad para determinar a partir de cuál de los distintos lugares de establecimiento se presta un servicio dado, será el lugar en que el prestador tenga su centro de actividades en relación con ese servicio particular.* Por otra parte, toma en consideración la STJUE de 19 de diciembre de 2019 que declara expresamente que *Airbnb* es un PSSI establecido en Irlanda que, por razones de

Igualmente, deberán permitir a sus agentes o al personal inspector el acceso a sus instalaciones y la consulta de cualquier documentación relevante para la actividad de control de que se trate, siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2. Cuando, como consecuencia de una actuación inspectora, se tuviera conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones tipificadas en otras leyes, estatales o autonómicas, se dará cuenta de los mismos a los órganos u organismos competentes para su supervisión y sanción».

¹⁴⁴ Véase FD Séptimo, STS 1818/2020 de 30 de diciembre y FD Sexto, STS 6/2022 de 7 de enero.

ámbito coordinado, puede beneficiarse del PCO del artículo 3.1. DCE y al que han de ser de aplicación las disposiciones del ordenamiento jurídico irlandés por resultar menos restrictivas que las del francés¹⁴⁵. Asumiendo esta doctrina, el Alto Tribunal considera a la recurrente ABBI como un prestador de servicios de la sociedad de la información establecido en un Estado miembro de la Unión Europea (Irlanda) con las consecuencias de la aplicación del principio de control en origen establecido en los artículos 3.1. y 2 DCE y 7 LSSI¹⁴⁶ y al que, por tanto, no se le pueden imponer las obligaciones de la normativa turística catalana, más restrictivas que las del país de origen. Tampoco pueden ser de aplicación ninguna de las excepciones previstas en la DCE cuando las medidas restrictivas sean necesarias por motivos referidos a la protección de los consumidores, ya que no existe constancia de que se haya notificado a ABBI por parte de España la intención de adoptar tales medidas, lo cual determina su inoponibilidad al no haberse cumplido el procedimiento descrito en los artículo 3.4 b) DCE y 8 LSSI¹⁴⁷. Así, en cuanto a la cuestión de interés casacional planteada en el caso ABBI, referida a los requisitos que debe reunir un PSSI para considerar que está establecido en España en relación con el PCO y el ámbito coordinado, responde el Alto Tribunal que, *habrá de considerar establecido en España al prestador cuando su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español y coincida con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de su negocio, y en otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección*¹⁴⁸.

Con los argumentos y razonamientos expuestos, el TS estimó ambos recursos de casación anulando y casando las sentencias dictadas por el TSJ de Cataluña. Sienta una importante doctrina jurisprudencial en torno al régimen jurídico aplicable a las plataformas de alojamiento y a la normativa que debe prevalecer en caso de conflicto entre la normativa turística y la comunitaria, que contradice abiertamente la que durante años venía siendo acogida por los TSJ de las distintas CCAA. Estos venían sometiendo a las plataformas de alojamiento al cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa sectorial de los alojamientos turísticos, sancionándolas en caso de incumplimiento y haciéndolas responsables. Según la actual doctrina jurisprudencial sentada por el Alto Tribunal, esta normativa no puede ser aplicada a las plataformas de alojamiento, que no son prestadoras de servicios turísticos sino PSSI alojadoras de datos que despliegan una actividad de mera intermediación y, por tanto, han de quedar sometidas al régimen jurídico previsto para ellos en la DCE y en la LSSI.

¹⁴⁵ En el caso *Airbnb Ireland C390/18* se cuestionaba si le eran oponibles a *Airbnb* las normas restrictivas relativas al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario impuestas por la denominada Ley Hoguet. El TJUE determinó que las restricciones impuestas formaban parte del ámbito coordinado, por referirse a los requisitos que debe cumplir el prestador de servicios en relación con el inicio de su actividad. por lo que, en principio, la plataforma podía beneficiarse del PCO. Siendo ello así, se alegaba que las medidas adoptadas por la ley francesa suponían una excepción a la aplicación de este principio, al establecerse, según lo dispuesto en el artículo 3.4 DCE, con la finalidad de proteger a los consumidores. El TJUE entiende que las posibles restricciones basadas en este precepto solo pueden ser oponibles si, entre otros requisitos, se notifica a la Comisión y al Estado al que se quiere imponer las restricciones, la intención de imponer tales medidas. El Gobierno francés reconoció que no había llevado a cabo esta notificación a *Airbnb*, a la vista de lo cual el TJUE deja inoperativa la aplicación de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico francés por entender que las restricciones a la prestación intracomunitaria de los servicios basados en el artículo 3.4 DCE no son oponibles al prestador de servicios establecido en Irlanda si el Estado miembro en cuestión no ha cumplido los requisitos que para su adopción establece el artículo 3.4 DCE. Véanse apartados 89 a 95.

¹⁴⁶ Véase FD Quinto, STS 6/2022 de 7 de enero.

¹⁴⁷ Véase FD Sexto, STS 6/2022 de 7 de enero.

¹⁴⁸ Véase FD Séptimo, STS 6/2022 de 7 de enero.

A partir de esta doctrina, las administraciones autonómicas no podrán exigir a las plataformas que supriman de sus páginas web las viviendas que no lleven inserto el número de inscripción en el registro turístico, desapareciendo la posibilidad de sancionarlas económicamente. Únicamente podrán requerirlas para que, en virtud del deber de colaboración que les corresponde, proporcionen la información necesaria al objeto de realizar la actividad inspectora. Igualmente, podrán llevar a cabo acuerdos de colaboración con la finalidad de favorecer el intercambio de información para velar por el cumplimiento de la normativa turística. Llama la atención que, después de casi diez años de debate y continua litigiosidad, haya sido una exigencia administrativa la que ha servido de punto de arranque al Alto Tribunal para aclarar la calificación que ha de darse a la actividad de intermediación y al régimen jurídico aplicable a las plataformas de alojamiento.

3.4. Reflexión final en torno a la doctrina del Tribunal Supremo. La necesidad de acoger un régimen específico de responsabilidad para las plataformas de alojamiento

Indudablemente, la doctrina sentada por el TS beneficia claramente a las plataformas de alojamiento, dándolas un respiro frente a las rigurosas normativas autonómicas del sector turístico que, cada vez con más fuerza, venían limitando su actividad. El reconocimiento de su condición de PSSI alojadoras de datos sometidas al ámbito de aplicación de la DCE y de la LSSI y no de la normativa sectorial turística, conlleva la aplicación a las grandes plataformas, como *HomeAway* y *ABBI*, del régimen de exención de responsabilidad condicionada. Ello supone que va a permitirles seguir insertando en sus páginas web viviendas que no incorporen el número de inscripción en el registro y que, por tanto, no cumplan los requisitos administrativos exigidos por la normativa turística para poder ser alquiladas como viviendas turísticas. Esta práctica puede conllevar importantes perjuicios en los derechos de los consumidores, que contratan confiando en que los alojamientos publicitados por las plataformas reúnen todos los requisitos necesarios para poder ser alquiladas como VUT.

Bajo el paraguas que les otorga su condición de PSSI alojadoras de datos, se benefician de un régimen de responsabilidad que realmente no es el que les corresponde. El contexto tecnológico en el que fue aprobada la DCE y las empresas en las que, en aquel momento, estaba pensando el legislador comunitario como alojadoras de datos no se corresponde con la actividad que despliegan la mayor parte de las plataformas de alojamiento. Es cierto que no merecen ser calificadas como prestadoras de un servicio de alojamiento turístico porque no son ellas quienes contratan el alquiler de las viviendas, pero tampoco puede ser consideradas como meras prestadoras de un servicio de almacenamiento de datos ya que su actividad, en la mayor parte de los casos, va más allá de un tratamiento meramente técnico o automático de la información. Así, la calificación jurídica otorgada por la doctrina jurisprudencial a las plataformas de alojamiento como PSSI de intermediación de alojamiento de datos, con la consiguiente aplicación del régimen condicionado de exenciones de responsabilidad acogido en la DCE, solo puede resultar justificada por la dificultad que para los tribunales conlleva enmarcar la prestación de servicios que despliegan estas empresas en una u otra figura. A falta de otras opciones, en el actual estado legislativo, o son prestadoras de alojamiento de datos o son prestadoras de servicios turísticos. Descartado que sean prestadoras de servicios turísticos, son calificadas como prestadoras de servicios de alojamiento de datos.

El legislador europeo ha dejado pasar la oportunidad de revisar esta situación en la recientemente aprobada Ley de Servicios Digitales (DSA)¹⁴⁹, que, si bien modifica la DCE con la finalidad de adaptar la norma a los nuevos modelos de negocio y servicios surgidos de la transformación digital y de su creciente uso¹⁵⁰, mantiene el régimen de exenciones condicionadas de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios en los mismos términos acogidos en el artículo 14 DCE¹⁵¹. Justifica su mantenimiento en la seguridad jurídica que proporciona este modelo, haciendo posible la aparición de muchos servicios novedosos y su expansión en el mercado interior¹⁵². En línea con la doctrina dictada por el TJUE, y seguida por el TS, la norma excluye la aplicación del régimen de exención de responsabilidad a los prestadores de servicios de intermediación que, en lugar de limitarse a la prestación neutra de los servicios mediante un tratamiento meramente técnico y automático de la información proporcionada por el destinatario del servicio, desempeñen un papel activo de tal índole que le confiera conocimiento de dicha información o control sobre ella¹⁵³. En este caso, quedan sometidos-en cuanto prestadores del servicio subyacente- al régimen jurídico aplicable a los profesionales del sector¹⁵⁴. Calificadas las plataformas de alojamiento por el TJUE como PSSI que se limitan a la prestación neutra del servicio de AVUT mediante un mero tratamiento neutro y automático de la información que alojan, sin conocimiento efectivo de la información, quedan claramente incluidas dentro del ámbito de aplicación del régimen de exención previsto por la DSA.

Sin entrar a valorar en este momento cuáles son las razones que han llevado al legislador europeo a mantener este régimen de responsabilidad, lo cierto es que se ha perdido la oportunidad de otorgar a las plataformas de alojamiento el tratamiento jurídico que realmente merecen. Sus especiales características y su creciente expansión en el mercado, aconsejaría de *lege ferenda* crear una figura intermedia entre el PSSI alojador de datos y el prestador de un servicio subyacente, en la que tuviera mejor encaje la prestación de servicios llevada a cabo por estas empresas, acogiendo un régimen de responsabilidad específico, distinto al previsto actualmente en la normativa comunitaria y nacional.

4. Bibliografía

¹⁴⁹ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (COM (2020)0825 – C9-0418/2020 – 2020/0361(COD)).

¹⁵⁰ Así se recoge en el considerando primero según el cual «Los servicios de la sociedad de la información y especialmente los servicios intermediarios se han convertido en una parte importante de la economía de la Unión y de la vida cotidiana de sus ciudadanos. Veinte años después de la adopción del marco jurídico vigente aplicable a dichos servicios establecido en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, han aparecido nuevos e innovadores modelos de negocio y servicios, como las redes sociales y los mercados en línea, que han permitido a los usuarios profesionales y a los consumidores comunicar información y acceder a ella, y efectuar transacciones de formas novedosas. La mayoría de los ciudadanos de la Unión utiliza ahora este tipo de servicios a diario. Sin embargo, la transformación digital y el creciente uso de esos servicios también entraña nuevos riesgos y desafíos para los destinatarios de los servicios a título individual, las empresas y la sociedad en su conjunto».

¹⁵¹ Véase artículo 5 DSA

¹⁵² Así se declara expresamente en el considerando 16 DSA.

¹⁵³ Véase considerando 18 DSA

¹⁵⁴ Sobre la aplicación del régimen de exenciones condicionadas de responsabilidad véanse los considerandos 18 a 27 bis DSA

- AGUIRRE I FONT, J.M., «La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época*, núm. 15, 2021, pp. 24-41.
- BANDRÉS SANCHEZ-CRUZART, J.M., «El Derecho a la ciudad», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 35, junio 2014, pp. 97-103.
- BAUZA MARTORELL, F.J., «Intervención administrativa en la vivienda de uso turístico», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 189, 2018, pp. 313-346.
- BOSCH CASTEL, J. F., «La regulación de las viviendas de uso turístico, desde la óptica de los principios de buena regulación económica», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados: RSR*, núm. 7, 2021.
- CUBERO MARCOS, J.I., «Alojamientos vacacionales: hacia un equilibrio entre el control administrativo y la libertad de empresa», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 28, febrero 2019, pp. 56-70.
- DOMENECH PASCUAL G., «La regulación autonómica y local de las viviendas de uso turístico», *Anuario de Derecho Municipal* 2017, núm. 11, pp. 43-73.
- FLAQUERT RIUTORT, J., «La exigencia de inclusión del número de registro turístico en las plataformas de alojamiento vacacional», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 54, 2020, BIB\2020\36887.
- «El Tribunal Supremo abre las puertas al alquiler turístico vacacional», *La Ley Mercantil*, núm.77, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs / Opinión Legal, febrero 2021.
- FRANCH FLUXÀ, J., «Restricciones a la libertad de empresa y el mercado en la normativa urbanística aplicable a las viviendas vacacionales», *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 69/2 julio-diciembre 2021, pp.43-76.
- GIRONA CASCALES, I., PÉREZ RIQUELME, A., «La economía colaborativa desde la perspectiva de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia», en *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*. R. J. ALFONSO SÁNCHEZ y J. VALERO TORRIJOS (Dir.), Edit. Thomson- Reuters Aranzadi, 2017, pp.243-246.
- GONZALEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., «El posicionamiento de la CNMC frente a la regulación de las viviendas turísticas», *Actualidad administrativa* núm.10, 2018.
- LÓPEZ FRÍAS, M.J., «Una aproximación a las viviendas con finalidad turística desde el punto de vista urbanístico y desde la perspectiva de las comunidades de propietarios», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 4 (julio-septiembre, 2020), Estudios, pp. 99-135.
- MARTINEZ NADAL, A., «Alquiler turístico y restricciones legales: el derecho a la vivienda como causa justificativa (A propósito de la STJUE de 22 de septiembre de 2020 y su recepción en la jurisprudencia española), *Diario La Ley*, núm. 9873, Sección Tribuna, 17 de junio de 2021.
- «Covid -19, alquiler turístico y políticas de cancelación ¿emergencia en tiempos de pandemia de la oculta(da) naturaleza de las plataformas digitales?, *Revista de Internet, Derecho y Política* núm. 32, marzo, 2021, pp. 1-12.

-MOREU CARBONELL, E., «La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extra 12, 2010 (Ejemplar dedicado a: *El impacto de la directiva Bolkestein y la reforma de los Servicios en el Derecho Administrativo*), pp. 249-295.

-NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Las competencias sobre el alojamiento «colaborativo». Entre el «derecho a la ciudad», la garantía, de la vivienda y la dura lex económica», en *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*, DE LA ENCARNACIÓN, A.M. (Dir.), BOIX PALOP, A. (Coord.) Edit. Thomson- Reuters Aranzadi, 2018, pp.231-260.

-ORTUÑO PADILLA, A., Y MORENO, F., *Las viviendas de uso turístico, impactos urbanos y propuestas regulatorias* (Mimeo), 2018.

-PAREJO ALFONSO, L.J., «Urbanismo temporal, Derecho a la ciudad y marco estatal de las políticas urbanas», *Revista Práctica Urbanística*, núm. 136, 2015. pp. 6-16.

-ROMAN MÁRQUEZ, A., «Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA). Nueva Época, núm. 10, octubre 2018, pp. 22-39.

-SOCÍAS CAMACHO, J.M., «. Estado regulador y alojamiento colaborativo. El régimen de la intervención pública limitadora de la prestación del servicio» *Revista de Administración Pública*, núm. 205, enero-abril,2018, pp. 131-170.

-SORIANO ARNANZ, A., «Medidas de control y acceso al mercado del alojamiento colaborativo: la declaración responsable y el registro en la Comunidad Valenciana», en *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*, DE LA ENCARNACIÓN, A.M. (Dir.), BOIX PALOP, A. (Coord.) Edit. Thomson- Reuters Aranzadi, 2018, pp. 334-341.

-VAZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, L., «La disrupción de la economía colaborativa en el sector del alojamiento turístico: el caso AIRBNB. Comentario a la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (TJCE 2019, 302), *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 53, 2020, sección Jurisprudencia.

La impugnación en vía civil de las resoluciones definitivas de la Oficina Española de Patentes y Marcas sobre propiedad industrial. Aspectos jurisdiccionales y procesales

Sumario

-

Desde el 14 de enero de 2023 ha desaparecido del orden jurisdiccional contencioso-administrativo la impugnación de las resoluciones definitivas de la OEPM sobre propiedad industrial para ubicarse solo en el orden de la jurisdicción civil, en el que no puede decirse que encaje sin dificultades. Del mismo modo, el recurso contencioso-administrativo ha sido sustituido como medio procesal de impugnación por un proceso declarativo, el juicio verbal, intensamente reconfigurado para adaptarlo a la singularidad que presenta el objeto litigioso, sin que tampoco pueda afirmarse aquí que las cosas encajan con facilidad. Sobre los aspectos jurisdiccionales y procesales del nuevo sistema de impugnación de las resoluciones de la OEPM que ponen fin a la vía administrativa versa este estudio, que en particular se centra en el análisis del régimen legal de la acción y proceso de impugnación de esas resoluciones; el objeto, características y alcance del proceso de impugnación; los extremos que definen la acción de impugnación y sus condiciones de ejercicio, y en fin la tramitación de la impugnación, para acabar con la exposición de los efectos de la sentencia firme que resuelva estos procesos declarativos y un breve apunte sobre la arbitrabilidad de estas cuestiones.

Abstract

-

Since January 14, 2023, the challenge of final decisions of the SPTO on industrial property has disappeared from the contentious-administrative jurisdictional order to be placed only in the civil jurisdiction order, in which it cannot be said to fit without difficulties. Similarly, the contentious-administrative appeal has been replaced as a procedural means of challenge by a declaratory proceeding, the oral trial, which has been intensely reconfigured to adapt it to the singularity of the subject matter of the litigation, although it cannot be said here either that things fit in easily. This study deals with the jurisdictional and procedural aspects of the new system for challenging the decisions of the SPTO that put an end to administrative proceedings, and focuses in particular on the analysis of the legal regime of the action and process for challenging these decisions; the object, characteristics and scope of the challenge process; the extremes that define the challenge action and its conditions of exercise, and finally, the processing of the challenge, ending with a description of the effects of the final judgment that resolves these declaratory proceedings and a brief note on the arbitrability of these matters.

Title: *The civil challenge of the final resolutions of the Spanish Patent and Trademark Office on industrial property. Jurisdiction and procedure aspects*

-

Palabras clave: Propiedad industrial, impugnación de resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas, competencia de las secciones especializadas en mercantil de las Audiencias Provinciales.

Keywords: *Industrial property, challenging resolutions of the Spanish Patent and Trademarks Office, jurisdiction of appeal courts specializing in commercial matters.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.03

2.2023

Recepción
02/03/2023

-

Aceptación
18/04/2023

-

Índice

-

1. *Introducción*

2. *Régimen legal*

3. *Claves del proceso (civil) de impugnación de las resoluciones de la OEPM*

3.1. Impugnación, recurso y proceso de impugnación

3.2. Resoluciones impugnables

3.3. Pretensiones

3.4. Naturaleza

a. Proceso declarativo

b. Proceso plenario

c. Proceso declarativo especial

3.5. Ámbito del enjuiciamiento

4. *Legitimación*

4.1. Legitimación activa

4.2. Legitimación pasiva

4.3. Cuestiones relacionadas

5. *Plazo para impugnar*

6. *Competencia judicial*

6.1. Competencia internacional

6.2. Competencia objetiva

6.3. Competencia territorial... y un apunte final sobre competencia objetiva

7. *Tramitación*

7.1. Interposición del recurso

a. Interposición de la impugnación y presentación de la demanda

b. Forma y contenido

c. Admisión a trámite

d. Efectos

7.2. Actuaciones procesales previas a la presentación de la demanda

a. Reclamación del expediente

b. Emplazamiento de la OEPM y los interesados para su personación

c. Emplazamiento del recurrente para deducir la demanda

7.3. Demanda

a. Forma y contenido

b. Admisión de la demanda

c. Efectos

7.4. Publicidad

7.5. Contestación a la demanda

a. Actuaciones procesales previas a la presentación de la contestación a la demanda

b. Forma y contenido

7.6. Prueba

7.7. Vista y otras actuaciones

7.8. Sentencia

a. Contenido y parte dispositiva

b. Cosa juzgada

c. Publicidad

d. Vías de recurso

7.9. Otras formas de terminación

8. Arbitraje

9. Bibliografía

10. Tabla de sentencias citadas

-

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



1. Introducción*

En nuestro ordenamiento, el control judicial de las resoluciones administrativas sobre propiedad industrial se ha residenciado en la jurisdicción contencioso-administrativa y se ha sustanciado mediante el recurso contencioso-administrativo. Solo en materia de nulidad (y solo para algunas modalidades de propiedad industrial) han concurrido la revisión contencioso-administrativa y la revisión civil, que, aunque presentada como control de legalidad del derecho o título de propiedad industrial, materialmente implicaba, ya que al registro precedía la comprobación de las condiciones sustantivas de protección (con un alcance u otro, según el momento), un juicio acerca de si el acto administrativo de concesión se ajustaba a Derecho¹. Así fue bajo la vigencia del EPI² y así continuó siendo con las modernas leyes de marcas³, patentes⁴ y diseño industrial⁵.

Esta situación ha cambiado desde el 14 de enero de 2023 con la entrada en vigor del paquete de reformas introducidas en relación con los aspectos jurisdiccionales y procesales de ese control por la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil (disposición final quinta de la LO 7/2022)⁶, en relación con la simultánea entrada en vigor de la nulidad administrativa de marcas y nombres comerciales incorporada a la LM por medio del RDL 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia (por lo que importa) de marcas (disposición transitoria única, apartado 3, del RDL 23/2018 en relación con la disposición adicional primera de la LM). Estas disposiciones han renovado a fondo el sistema de control de las resoluciones de la OEPM

* Este trabajo está dedicado al profesor Vicent Chuliá con ocasión de su octogésimo cumpleaños y como tributo a su inestimable contribución al estudio de tantas cuestiones difíciles y de vanguardia en materia de Derecho mercantil. Agradezco a Felipe Palau (catedrático de Universidad en la UPV) y Guillermo Schumann (profesor ayudante doctor en la UCM) las valiosas observaciones que me hicieron llegar tras leer un borrador, a Víctor Montelongo, abogado documentalista de Uría Menéndez, su siempre generoso y eficazísimo apoyo en la búsqueda de materiales, y a Margarita Bustos y Francisco Salinas, alumnos internos del Departamento de Derecho mercantil de la Universidad de Murcia, su ayuda en los trabajos de edición del texto y selección de jurisprudencia. Naturalmente, solo quien esto firma es responsable de su contenido. He realizado el trabajo que sirve de base a este estudio en el marco del proyecto de investigación INNOPI, del que soy uno de los IP y para el que se ha solicitado una ayuda del programa Generación de Conocimiento 2022.

¹ La situación quedó claramente descrita en la STS, Sala Primera, de 3 de octubre de 1980, en la que se puede leer que, según «*constante doctrina recogida en la sentencia de esta Sala de fecha 5 de mayo de 1973, conforme a la cual y reiterando lo ya establecido en las de 4 de febrero de 1954, 6 de mayo de 1955, 8 de junio de 1956, 13 de diciembre de 1961, 8 de febrero y 9 de junio de 1972, 26 de septiembre de 1973 y 4 de abril de 1976, en la que se proclamaba que deben distinguirse dos momentos diferentes en el tratamiento de las marcas y de su acceso al Registro: uno, consecuencia del expediente que origina su ingreso, y que termina por un acto administrativo, cual es la concesión o denegación de la inscripción, sea de oficio o a virtud de oposición de quien con ello se crea perjudicado, acto administrativo que puede ser combatida única y exclusivamente en vía gubernativa y contencioso administrativa y otro, en que ya finada la actuación de la Administración y obtenida la inscripción de la marca en el Registro, se ha logrado una declaración, un título de propiedad de la marca garantizada por el Registro mismo, que precisa para atacarla e invalidarla un verdadero juicio contradictorio de propiedad, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción ordinaria, como lo demuestra, además, el que se ventila entre los que se consideran con derecho a ella, sin intervención de la Administración, cuya actividad ha cesado con el acto firme de la inscripción o denegación*».

² V. BAYLOS (1978: 895-896, 903-910).

³ V. PÉREZ GONZÁLEZ (2003: 431).

⁴ V. PELLISÉ (2015: 215-218) o GARCÍA CRUCES y CURTO (2003: 445-458).

⁵ V. OTERO (2003: 129-130, 179-180).

⁶ Las novedades introducidas en esta materia por la LO 7/2022 ya ha merecido la atención de la literatura procesalista: v. CANTOS (2022: 57-59), y de la literatura profesional, vid. CORBAL SAN ADRIÁN (2023: 3-4).

en materia de propiedad industrial: por una parte, sus pilares básicos son ahora la ubicación de ese control en el ámbito de la jurisdicción civil, en el que la competencia para conocer de su impugnación compete a solo algunas Audiencias Provinciales y la sustanciación se ajusta a un proceso declarativo montado en el bastidor del juicio verbal; por otra parte, las resoluciones impugnables con arreglo al nuevo esquema son todas las que, en términos generales, afectan al reconocimiento y preservación de derechos de propiedad industrial que gestiona la OEPM; finalmente, esta vía impugnación no está limitada por la naturaleza de su causa, esto es, puede fundarse en la vulneración de disposiciones sustantivas, como son las que conciernen al objeto o requisitos de protección, pero también en la de reglas procedimentales.

Las líneas que siguen se están dedicadas a analizar el nuevo sistema de revisión judicial de las resoluciones de la OEPM en materia de propiedad industrial. En particular, a estudiar su régimen legal; la acción de impugnación de las resoluciones de la Oficina en esta materia, su caracterización y condiciones de ejercicio; el proceso por medio del que se sustancia la impugnación, su objeto, sus características y el alcance del enjuiciamiento requerido para resolverlo; la competencia judicial para conocer de estos litigios; la tramitación de la impugnación y sus hitos hasta la sentencia, de la que se examinarán su contenido y efectos, para acabar con un breve apunte sobre la arbitrabilidad de esta cuestión.

2. Régimen legal

Los cambios introducidos en al LOPJ y la LEC por la LO 7/2022 en la configuración del sistema de impugnación de las resoluciones de la OEPM sobre reconocimiento y mantenimiento de los títulos que gestiona responden a criterios de oportunidad, y no a la necesidad de superar deficiencias técnicas o sistemáticas del régimen anterior. En particular, se ha querido aprovechar la especialización algunos tribunales de apelación en asuntos de propiedad industrial y, al mismo tiempo, evitar discrepancias entre tribunales de distintos órdenes jurisdiccionales en asuntos que tienen un propósito común (cfr. sección III, párrafos primero y segundo, del preámbulo de la LO 7/2022).

Desde la perspectiva jurisdiccional, la clave del nuevo sistema es la inclusión de la impugnación de estas resoluciones de la OEPM en el orden civil y la atribución de su conocimiento a las Audiencias Provinciales, establecida en el art. 82.2 3.º de la LOPJ, que reza:

«Las Audiencias Provinciales conocerán en el orden civil:

[...]

3.º De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil, salvo las que se dicten por estos juzgados en incidentes concursales en materia laboral. Asimismo, conocerán de los recursos contra aquellas resoluciones que agoten la vía administrativa dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas»,

completada, para no dejar cabos sueltos, con la negación de la competencia que en esta materia han tenido reconocida las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ hasta la fecha, según dispone el art. 74.1 i) de la LOPJ, cuya redacción ha quedado como sigue:

«Las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, en única instancia, de los recursos que se deduzcan en relación con

[...]

i) Los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior a Ministro o Secretario de Estado, en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa, a excepción de lo dispuesto en el artículo 82.2.3.º».

A estas disposiciones se suman otras dirigidas a ajustar a la nueva situación lo previsto sobre especialización de las secciones de las Audiencias Provinciales en asuntos de propiedad industrial, que, como es lógico, debe valer no solo para los recursos contra las sentencias de los Juzgados de lo Mercantil sino también contra las resoluciones de la OEPM. Con este fin se ha modificado el apartado 3 del art. 82 bis de la LOPJ, que ahora prevé lo siguiente:

«El Consejo General del Poder Judicial, oída la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, podrá acordar que una o varias secciones de la misma Audiencia Provincial asuman el conocimiento de los recursos que se interpongan contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil y de los recursos contra aquellas resoluciones que agoten la vía administrativa dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas. El acuerdo de especialización deberá adoptarse necesariamente cuando el número de Juzgados de lo Mercantil existente en la provincia fuera superior a cinco.

Si las secciones especializadas fueran más de una, el Consejo General del Poder Judicial deberá distribuir las materias competencia de los Juzgados de lo Mercantil entre cada una de esas secciones.

En aquellas capitales de provincia donde existan Juzgados exclusivos de lo Mercantil, se especializará una sección de la Audiencia Provincial para resolver los recursos que en éstos se planteen. En función del número de asuntos a resolver dicha sección tendrá carácter exclusivo o bien exclusivo pero no excluyente».

De forma congruente con la ampliación de la competencia objetiva de las Audiencias Provinciales a estos recursos, se extiende también el empleo de las reglas sobre competencia territorial para introducir la especialización por concentración de asuntos en unos mismos tribunales, como es de ver en el nuevo ordinal 13.º bis del apartado 1 del art. 52 de la LEC, a tenor del cual:

«1. No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes:

[...]

13.º bis. En los recursos contra aquellas resoluciones que agoten la vía administrativa dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas serán competentes las secciones especializadas en materia mercantil de la Audiencia Provincial en cuya circunscripción radique la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio del demandante o, en su defecto, del domicilio del representante autorizado en España para actuar en su nombre, siempre que el Consejo General del Poder Judicial haya acordado atribuir en exclusiva a los Juzgados de lo Mercantil de esa localidad el conocimiento de los asuntos en materia de propiedad industrial. También serán competentes, a elección del demandante, las secciones especializadas de la Audiencia Provincial en cuya circunscripción radique la sede de la Oficina Española de Patentes y Marcas.

Si las secciones especializadas fueran más de una, el Consejo General del Poder Judicial deberá distribuir las materias competencia de los Juzgados de lo Mercantil entre cada una de esas secciones.

En aquellas capitales de provincia donde existan Juzgados exclusivos de lo Mercantil, se especializará una sección de la Audiencia Provincial para resolver los recursos que en éstos se planteen. En función del número de asuntos a resolver dicha sección tendrá carácter exclusivo o bien exclusivo pero no excluyente».

A este bloque de normas sobre aspectos de competencia judicial y aspectos orgánicos acompaña otro de normas especiales relativas al proceso con arreglo al que debe tramitarse el recurso, que son, a pesar de que en el ámbito civil la Audiencia Provincial es una instancia revisora, las del juicio verbal, según se prevé en la nueva redacción del art. 249.1 4.º de la LEC:

«1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:

[...]

4.º Las demandas en materia de [...] propiedad industrial [...], siempre que no versen exclusivamente sobre [...] los recursos contra las resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas en materia de propiedad industrial que pongan fin a la vía administrativa, que se tramitarán por los trámites del juicio verbal conforme a lo dispuesto en el artículo 250.3 de esta ley [...],

y remacha el nuevo art. 250.3 de la LEC, con arreglo al cual:

«3. Se decidirán en juicio verbal, con las especialidades establecidas en el artículo 447 bis de esta ley, los recursos contra las resoluciones que agoten la vía administrativa dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas.»

En fin, como anuncia el precepto que se acaba de transcribir, el nuevo art. 447 bis de la LEC establece las especialidades que se incorporan al molde del juicio verbal que tenga por objeto una impugnación de esta clase, y en particular lo hace en los siguientes términos:

«La impugnación de las resoluciones que agoten la vía administrativa dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas se sustanciará por los trámites del juicio verbal con las siguientes especialidades:

1.ª Están legitimadas para la interposición del recurso las partes que hubieran intervenido en el procedimiento administrativo previo cuya resolución se recurre.

2.ª El plazo para interponer el recurso será de dos meses contados desde el día siguiente al de la notificación o publicación en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial de la resolución dictada si fuera expresa. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

3.ª Admitido el recurso, el letrado de la Administración de Justicia requerirá a la Oficina Española de Patentes y Marcas para que remita el expediente administrativo.

4.ª El expediente deberá ser remitido en el plazo improrrogable de veinte días, a contar desde que la comunicación judicial tenga entrada en el registro general de la Oficina Española de Patentes y Marcas.

5.ª Transcurrido el plazo de remisión del expediente sin haberse recibido completo, se reiterará la reclamación.

6.ª Recibido el expediente, el letrado de la Administración de Justicia acordará el emplazamiento de los interesados para que se puedan personar como demandados en el plazo de nueve días.

7.ª El emplazamiento de la Oficina Española de Patentes y Marcas se entenderá efectuado por la reclamación del expediente. La Oficina Española de Patentes y Marcas se entenderá personada por el envío del expediente.

8.ª Los interesados legalmente emplazados podrán personarse en autos dentro del plazo concedido. Si lo hicieren posteriormente, se les tendrá por parte para los trámites no precluidos. Si no se personaren

oportunamente continuará el procedimiento por sus trámites, sin que haya lugar a practicarles, en estrados o en cualquier otra forma, notificaciones de clase alguna.

9.ª El letrado de la Administración de Justicia acordará que se entregue el expediente al recurrente para que se deduzca la demanda en el plazo de veinte días.

10.ª El demandante podrá pretender la declaración de no ser conforme a Derecho y, en su caso, la anulación de la resolución recurrida.

También podrá pretender el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma.

11.ª Si la demanda no se presenta dentro del plazo, el Tribunal, de oficio, declarará por auto el archivo de las actuaciones.

12.ª Transcurrido el término para la remisión del expediente administrativo sin que éste hubiera sido enviado, la parte recurrente podrá pedir, por sí o a iniciativa del letrado de la Administración de Justicia, que se conceda plazo para formalizar la demanda.

Si después de que la parte demandante hubiera usado del derecho establecido en el párrafo anterior se recibiera el expediente, el letrado de la Administración de Justicia pondrá éste de manifiesto a las partes por plazo común de diez días para que puedan efectuar las alegaciones complementarias que estimen oportunas.

13.ª Presentada la demanda, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la misma, con entrega del expediente administrativo o copia del mismo, a los interesados que hubieran comparecido, para que la contesten en el plazo de veinte días. Si la demanda se hubiere formalizado sin haberse recibido el expediente administrativo, se emplazará a la Oficina Española de Patentes y Marcas para contestar, apercibiéndola de que no se admitirá la contestación si no va acompañada de dicho expediente».

El régimen legal del proceso de impugnación de las resoluciones definitivas de la OEPM ante las Audiencias Provinciales finaliza con la determinación de las vías de recurso contra la sentencia de instancia, que son, por una parte, el recurso por infracción procesal, según dispone el art. 468 de la LEC:

«Las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, como Salas de lo Civil, de los recursos por infracción procesal contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia y contra las sentencias dictadas en los recursos contra las resoluciones que agotan la vía administrativa dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas»,

sin que ello signifique, a pesar de lo que quizá sugiera su primera lectura, que el recurso extraordinario por infracción procesal contra las sentencias de las Audiencias Provinciales en esta materia no esté afectado por la transitoriedad interminable de ¡la disposición adicional decimosexta de la LEC; y, por otra parte, el recurso de casación, en los términos establecidos en el nuevo apartado 4 del art. 477 de la LEC:

«Serán recurribles en casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en los recursos contra las resoluciones que agotan la vía administrativa dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas»,

Como se desprende de los antecedentes y del texto de estas disposiciones, el proceso de impugnación en el orden civil integra algunos elementos característicos del recurso contencioso-administrativo, entre ellos el objeto del proceso y de su mano la tutela judicial pretendida, así como la configuración de las partes y la fase inicial de su tramitación, con la separación de interposición de la impugnación y presentación de la demanda de impugnación. De ahí que, para determinar el sentido y alcance de las nuevas normas, allí donde no hablen por sí, se deba acudir a la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso del TS y a la doctrina de los autores sobre los preceptos de la LJCA que la LEC ha importado para configurar este proceso de impugnación.

Hasta aquí las nuevas normas. Ahora las omisiones, poco trascendentes. La primera es la falta de modificación de las disposiciones que todavía prevén que las resoluciones de la OEPM sobre propiedad industrial se recurren ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 54.2 LP, art. 28.4 LM en relación con los arts. 74.1 i) y 82.2 3.º LOPJ), aunque no es dudoso que en efecto están implícitamente derogadas en la parte en que resultan incompatibles con el régimen ahora en vigor. Tampoco se dice nada sobre las habituales cuestiones de derecho transitorio. Con todo, es claro que la nueva regulación no se aplica a los procesos contencioso-administrativos en curso, que continuarán tramitándose en su orden jurisdiccional y según las normas aplicables a esta clase de procesos. Igualmente lo es que se aplica a las resoluciones que la Oficina dicte después del 14 de enero de 2023, cualquiera que sea la fecha en que se hubiere incoado el procedimiento administrativo a que pongan fin, puesto que ninguna particularidad se ha introducido en su tramitación que condicione o deba observarse en el proceso declarativo de impugnación y resulte entonces imposible de cumplir. Más difícil parecería el caso de las resoluciones dictadas por la OEPM antes de la entrada en vigor del nuevo esquema de control judicial para las que el plazo de interposición del recurso venciera después del 14 de enero de 2023. Pero como digo: solo lo parece. En este caso, en realidad, el silencio no contradice el plan del legislador ya que, como acabo de decir, el régimen con arreglo al cual la OEPM dictó esas resoluciones es el mismo antes y después del 14 de enero de 2023 por lo que nada impide o dificulta que las resoluciones anteriores a esa fecha cuyo plazo de impugnación finaliza después sean resueltas con arreglo al nuevo sistema. En estas circunstancias, se debe estar, por tanto, a la disposición transitoria cuarta, inciso primero, del CC⁷: las acciones nacidas antes de entrada en vigor de la nueva ley se sujetarán a los procedimientos para hacerlas valer previstos en la nueva ley.

3. Claves del proceso de impugnación de las resoluciones de la OEPM

3.1. Impugnación, recurso y proceso de impugnación

El recurso contra las resoluciones de la OEPM encauza un curso de acción que (acertadamente a mi juicio) se presenta como «*impugnación*» (art. 447 bis inciso primero LEC), que, a falta de norma en otro sentido, puede fundarse en la contravención de cualquier norma, sustantiva o de procedimiento, que la OEPM deba observar para determinar el sentido y contenido de sus resoluciones sobre propiedad industrial. El proceso de impugnación que nos ocupa es, a primera vista, un proceso impugnatorio ordinario, como lo es el recurso contencioso-administrativo al

⁷ Sobre la validez de las disposiciones transitorias del CC fuera del ámbito del Derecho civil e incluso del Derecho privado, en su calidad de formulación positiva de principios generales, *vid.* por todos HERNÁNDEZ GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS (1991: 2205).

que reemplaza⁸, pues sirve, si se estima la acción, al propósito de obtener la declaración judicial de que las resoluciones impugnadas no son conformes a Derecho», sin tasa de causas que puedan fundar ese resultado, y su «anulación» (art. 447 bis 10.^a I LEC). Pero no solo eso. La impugnación sirve igualmente al reconocimiento o restablecimiento de los derechos e intereses legítimos del actor comprometidos por las resoluciones impugnadas (art. 447 bis 10.^a II LEC). De este modo, las consecuencias buscadas con la impugnación no se paran en la proclamación de que los actos administrativos impugnados son contrarios a Derecho y erradicación de la realidad jurídica, esto es, en no se paran en el mero control de legalidad de la actuación de la Administración pública, sino que comprenden asimismo la tutela inmediata de la posición jurídica del actor, que en el extremo puede entrañar, según los casos, la concesión de registros de títulos de propiedad industrial, su cancelación, su mantenimiento o su modificación.

Los textos legales se refieren a este medio procesal como «recurso» (art. 82.2 3.º LOPJ y arts. 250.3 3º, 447 2.ª y 3.ª, 468 o 477.4 LEC). Seguramente, esta categorización no se corresponde del todo con la noción de recurso comúnmente manejada en el proceso civil, en el que agrupa medios procesales de revisión de la legalidad de resoluciones judiciales mediante un enjuiciamiento nuevo de la cuestión debatida tal y como quedó definida, configurada y, en principio, acreditada en la instancia, sin perjuicio de que por virtud del efecto devolutivo del recurso pueda el tribunal que lo resuelve asumir la instancia y pronunciarse sobre las peticiones de la demanda. Frente a ello, el proceso de impugnación tiene como presupuesto material una resolución administrativa respecto de la que, por primera vez en el ámbito jurisdiccional, se reclama la satisfacción de derechos e intereses legítimos que componen lo que se denomina una situación individualizada (art. 447 bis 10.^a II LEC, que toma la expresión del art. 31.2 LJCA), cuyo reconocimiento o restablecimiento real y efectivo constituye el propósito fundamental del proceso y encarna la tutela judicial interesada por el impugnante. No se trata, por lo tanto, de asegurar con este medio procesal la conformidad a Derecho de la actuación de la Administración con el solo fin de preservar el imperio de la ley, sino de dar una satisfacción práctica a unos derechos e intereses legítimos que fueron desatendidos o incluso quebrados por la OEPM.

Dicho esto, no puede dejar de reconocerse que la categorización de este proceso de impugnación como recurso puede ser acertada si se contempla desde una perspectiva funcional. Y ello, porque sirve al administrado para cuestionar ante los tribunales la legalidad de una decisión administrativa sobre, entre otros extremos, la atribución, denegación, mantenimiento o pérdida de una posición jurídica (de la el impugnante es titular o, en otro caso, ha de soportar), y sitúa el control judicial de lo resuelto por la OEPM en un proceso contradictorio de que es parte la propia Oficina, que lógicamente habrá de defender en él su criterio, en este caso, con el fin de defensa de los intereses generales. De ahí que, en este contexto, recurso de impugnación sean medios equivalentes y, en particular, que recurso sea impugnación pero también proceso en el que se sustancia la impugnación⁹.

Tampoco puede dejar de advertirse que, si bien la impugnación de resoluciones administrativas ante órganos de la jurisdicción civil es una solución singular, no es, sin embargo, un esquema

⁸ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2022: 619, 667-668).

⁹ Por todos, ORTELLS (2017: 381-382). Y ello, del modo en que, por lo demás, corresponde al significado que a ambos términos es más genuino en el español jurídico, donde impugnación es formulación de un recurso y recurso, un medio de impugnación: vide [Definición de impugnación - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE](#) y [Definición de recurso1 - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE](#).

jurisdiccional y procesal que carezca de reconocimiento legal general ni de precedentes. Por una parte, que los juzgados y tribunales del orden civil conozcan de asuntos que les son propios solo por virtud de su atribución legal *ad hoc*, que es lo que sucede en este caso, es posibilidad admitida con carácter general por una norma orgánica marco (art. 9.2 I LOPJ), expresamente reafirmada en relación con las Audiencias Provinciales (art. 82.2 3.º LOPJ). Y que los asuntos que por ley se asienten en el ámbito de la jurisdicción civil tengan por objeto la impugnación de resoluciones dictadas por Administraciones públicas en consideración de la naturaleza civil o mercantil de la materia sobre la que versan y su tramitación siga el cauce general del juicio verbal por razones de oportunidad, como es atender la necesidad de celeridad en la respuesta judicial, tiene un precedente notable, como es el llamado juicio hipotecario especial (art. 328 LH), en el que se ventila la impugnación de las calificaciones negativas de los registradores mercantiles y de la propiedad y en su caso de las resoluciones de la DGSJyFP dictadas en el recurso gubernativo sobre dichas calificaciones¹⁰.

3.2. Resoluciones impugnables

Las resoluciones de la OEPM impugnables en vía civil son las que agotan la vía administrativa en materia de propiedad industrial (art. 82.2 3.º LOPJ, y arts. 52.1 13.º bis, 249.1 4.º, 250.3, 447 bis, inciso primero, 468 y 477.4 LEC). Se trata de actos administrativos que se definen por un elemento sustantivo, que combina el acto de la OEPM respecto del que se deduce la acción con la materia sobre la que versa, y un elemento funcional, como es la virtualidad finalizadora de la vía administrativa.

Bajo el primer aspecto, la impugnación alcanza a actos de la OEPM que tienen la consideración de resoluciones, esto es, decisiones administrativas cuyo sentido y contenido afectan a los derechos e intereses de quienes son parte del expediente y que, por otra parte, versan sobre materia de propiedad industrial. De una cosa y la otra se desprende que los actos impugnables deciden sobre la posición jurídica que, a raíz de ellas, ostentará o no el solicitante o titular de un derecho de propiedad industrial sobre su objeto y que, desde la perspectiva inversa, soportarán o no los terceros, y más en particular indican que se trata de actos que deciden sobre las modalidades de propiedad industrial cuyo sistema de protección jurídica administra la OEPM, a saber: patentes, modelos de utilidad, certificados complementarios de protección para medicamentos y productos fitosanitarios, marcas, nombres comerciales, diseños industriales y topografías de productos semiconductores. Por lo tanto, quedan fuera de este esquema de impugnación las resoluciones sobre obtenciones vegetales, porque su sistema de protección jurídica no es gestionado por la OEPM sino por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (art. 32 LOV), y sobre DOP e IGP, porque su protección es gestionada por los correspondientes consejos reguladores (arts. 15 y 16 de la Ley 6/2015). También queda fuera de este control la calificación negativa del Registro Mercantil y de Bienes Muebles que impide practicar asientos relativos a hipotecas mobiliarias sobre derechos de propiedad industrial administrados por la OEPM (cfr. art. 45.1 LHMyPSD). En fin, la impugnación no se extiende tampoco, como es natural, al control de las decisiones adoptadas por organismos internacionales sobre concesión de derechos de propiedad industrial con efectos en España, como es la patente europea o el registro de una marca internacional, salvo aquellos que deban realizarse ante la OEPM para que disfruten de protección en España.

¹⁰ Vid. GARCÍA GARCÍA (2005: 156-160), Díez-PICAZO y GASCÓN (2005: sub 3 y 4.3), o GÓMEZ GÁLLIGO (2021: 1586).

Bajo el segundo aspecto, solo son impugnables en el orden civil las resoluciones de la OEPM que agotan la vía administrativa. Se trata de las resoluciones que dicte su Director para resolver los recursos de alzada (art. 114.1 a) LPAC) presentados contra las resoluciones de los distintos órganos de la OEPM que tienen transferidas las atribuciones pertinentes para decidir las cuestiones que componen la materia de propiedad industrial a estos efectos (arts. 6.3 c) y 12 RD 1270/1997). Como se acaba de ver, el recurso contra las resoluciones y otros actos de la OEPM que, aunque versen sobre materia de propiedad industrial, tengan la consideración de actos de mero trámite (no ponen fin al expediente) no ha abandonado el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Así las cosas, las resoluciones de la OEPM impugnables por esta vía son las relativas a cualquier cuestión que afecte a derechos e intereses de los administrados sobre una modalidad cualquiera de propiedad industrial gestionada por la Oficina. Entre ellas se cuentan las resoluciones sobre el reconocimiento y mantenimiento de la protección registral a las diversas manifestaciones de la propiedad industrial, invenciones, topografías de productos semiconductores, creaciones de forma y signos distintivos, comprendiendo la tramitación y resolución de expedientes, las anotaciones para constancia y la conservación y publicidad de la documentación (art. 3.1 RD 1270/1997), y las resoluciones, distintas de las anteriores, que la legislación vigente atribuya a la OEPM (art. 3.7 RD 1270/1997). Las resoluciones de reconocimiento y mantenimiento de títulos de propiedad industrial incluyen no solo la concesión, denegación, revocación, anulación o caducidad de los títulos de propiedad industrial correspondientes, sino también la inadmisión de las solicitudes de registro (cfr. art. 33.2 LP, art. 16 LM y art. 27.3 LDI)¹¹, el restablecimiento de derechos (cfr. art. 53 LP, art. 25 LM y art. 39 LDI), la limitación de patentes tras su concesión (cfr. arts. 105 y 106 LP), la validación (depósito de traducción en la OEPM) de patentes europeas concedidas para España (art. 155 LP)¹², la denegación o concesión de la protección en España de marcas internacionales (art. 80 LM), o la transformación de una solicitud o de una marca de la UE en solicitud de marca española (art. 86 LM). Entre las resoluciones en materia de propiedad industrial distintas de las anteriores que tiene atribuidas la OEPM por ley se cuentan, sin ánimo exhaustivo, las que deciden la inscripción y modificación de la inscripción de transmisiones, licencias, opciones de compra y gravámenes sobre patentes, modelos de utilidad, certificados complementarios, marcas, nombres comerciales y diseños industriales (cfr. art. 79 LP, arts. 46.2, 49 y 50 LM, arts. 59, 63 y 64 LDI), las peticiones de acceso a la materia biológica depositada (cfr. art. 56 LP), o la concesión, cesión, modificación y cancelación de licencias obligatorias sobre patentes, modelos de utilidad y certificados complementarios (arts. 99 y 101 LP). Naturalmente, quedan fuera del ámbito de la impugnación en el orden civil las resoluciones de la OEPM sobre

¹¹ Vale aquí la doctrina jurisprudencial formada sobre este extremo en el orden contencioso-administrativo, ya que su fundamento se encuentra en la garantía del art. 24.1 CE según ha sido interpretado en este punto por el TC, pues los términos de la doctrina constitucional son válidos *mutatis mutandis* en el orden civil: vid. STS; Sala de lo Contencioso, núm. 1726/2020 de 14 de diciembre: «el Tribunal de instancia no podía dejar de aplicar la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que, como la expuesta en la sentencia 73/2006, de 3 de marzo, considera que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonable, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE, y que se precisa, no obstante, que el referido derecho se satisface con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, cuando tal decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifica y que resulta aplicada razonablemente por el órgano judicial».

¹² Cfr. STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso (secc. 2.ª) núm. 217/2015 de 18 de marzo, y las sentencias de la Sala de lo Contencioso del TS que allí se citan.

autoorganización y funcionamiento del servicio, y sobre dirección, gobierno y régimen disciplinario de su personal (arts. 5 y 6 del RD 1270/1997).

Desde otra perspectiva y como he dicho, las resoluciones definitivas de la OEPM son impugnables por este cauce con independencia de la causa de impugnación. Vale decir: son impugnables en el orden civil las resoluciones de la OEPM que adolecen de vicios sustantivos, como podrían ser la falta de idoneidad de la prestación para ser objeto de la modalidad de propiedad industrial concedida, la falta de los requisitos de mérito a cuya presencia se condiciona la concesión de la protección reconocida, etc., o lo contrario: la idoneidad y mérito de la creación considerada para ser protegida por la modalidad de propiedad industrial solicitada cuando se haya negado su registro, etc. Pero también lo son las resoluciones dictadas en procedimientos cuya tramitación adolece de vicios de forma, siempre y cuando no se trate de actos de mero trámite, esto es, de actos que no ponen fin al expediente, cuya impugnación permanece en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 25.1 LJCA).

3.3. Pretensiones

Como sucede con carácter general, la pretensión o pretensiones que se formulan con la demanda y explicitan la tutela pedida al tribunal constituyen el objeto del proceso de impugnación de las resoluciones de la OEPM sobre propiedad industrial. A estos efectos, la pretensión integra los remedios o medidas de amparo judicial pedidas por el actor precisamente en relación con lo decidido por la OEPM. En este sentido, la resolución recurrida no solo, como decía antes, se presenta como antecedente lógico y sustantivo de la impugnación, sino que además traza el perímetro dentro del que se deben situar las pretensiones, así como los hechos y fundamentos de Derecho en que se apoyan; no es el objeto del proceso, pero define el espacio que puede ocupar y de este modo contribuye a su determinación.

En este caso, las peticiones del impugnante se hallan tasadas legalmente; en particular, son la declaración de que la resolución impugnada no es conforme a Derecho y, si efectivamente no lo es, su anulación así como, según proceda en atención al propio objeto y sentido de la resolución impugnada y los efectos que hubiere producido, el reconocimiento y restablecimiento de posiciones jurídicas individualizadas y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento (art. 447 bis 10.^a LEC). Así pues, las pretensiones de la demanda de impugnación dirigida en el orden civil contra las resoluciones de la OEPM no solo son las mismas que, con carácter general, pueden interesarse en un recurso contencioso-administrativo y se han interesado en materia de propiedad industrial hasta el 14 de enero de 2023, sino que además se han formulado en los mismos términos (art. 31 LJCA).

La letra de la norma sugiere que la petición fundamental es la declaración de que la resolución impugnada es contraria a Derecho y su consecuente anulación, pues el giro «*en su caso*», que proviene del art. 31 de la LJCA, tendría en el ámbito del proceso contencioso-administrativo una razón de ser que no es trasladable al proceso de impugnación que nos ocupa y que, fuera de esos casos, no impide considerar que se trata de una misma pretensión¹³, por lo que esa expresión solo somete la anulación a la previa declaración o cuando menos a la constatación de que el acto impugnado no es conforme a Derecho. Pero mejor miradas las cosas y así lo subraya a mi juicio

¹³ SANTAMARÍA (2014: 569-570).

su sustanciación con arreglo a un proceso civil declarativo, la impugnación no se encamina tanto a salvaguardar el principio de legalidad en el obrar de la OEPM e invalidar las actuaciones que lo infringen, cuanto a preservar y aún más a satisfacer directa e inmediatamente los derechos e intereses mediante la concesión judicial del amparo que el impugnante solicita del tribunal, mediante la obtención de una solución judicial efectiva a la controversia de fondo, que no es otra que el reconocimiento efectivo, por medio de medidas concretas adecuadas para hacer del pronunciamiento del fallo realidad material del derecho a obtener la concesión, denegación, revocación, anulación (en materia de marcas), validación (en materia de tes europeas), etc., del título de propiedad industrial de que se trate, o el asiento registral de ciertos derechos sobre ese título. En efecto, las medidas que articulan el reconocimiento y restablecimiento de la posición jurídica individualizada son las disposiciones de la sentencia que de forma más directa atienden el concreto derecho o interés legítimo del actor, mientras que el control de legalidad es en realidad instrumento para la satisfacción de esos derechos e intereses. Este planteamiento juega tanto a favor del solicitante que ve denegada su solicitud o del titular que ve revocado, anulado o caducado su título, como del tercero que ve su derecho o su interés legítimo comprometidos por una indebida concesión o mantenimiento del título. De ahí que la reiterada referencia de la LOPJ y la LEC a la impugnación o al recurso contra las resoluciones de la OEPM en materia de propiedad industrial no oculte que en este caso se trata de asegurar sobre todo la defensa del derecho o interés legítimo que el actor ostenta en relación con la concesión o mantenimiento de la modalidad de propiedad industrial considerada o con la denegación o modificación del título que solicita otro sujeto ante los actos de la Oficina que los desatienden. Y de ahí también que las medidas de amparo judicial deban ser unas u otras según sea uno u otro el objeto de la resolución recurrida y el derecho o interés legítimo negativamente afectado por ella, esto es, según decida la concesión o denegación del registro de una modalidad de propiedad industrial, la estimación o desestimación de la oposición al registro previamente concedido, de la nulidad (de marcas) o caducidad (de marcas, patentes y diseños industriales), de una solicitud de rehabilitación, etc.

3.4. Naturaleza

En atención a cuanto se lleva expuesto y a algunas de las consideraciones que todavía se han de hacer, el proceso de impugnación de las resoluciones de la OEPM en materia de propiedad industrial se puede caracterizar, además de dirigirse contra una resolución administrativa y estar enraizado en el orden jurisdiccional civil, como proceso declarativo, plenario y especial, sin perjuicio del carácter revisorio que asimismo tiene, aunque, como vengo diciendo, esta nota se presente como condición previa sustantiva y sistemáticamente necesaria para que los derechos o intereses legítimos de los impugnantes alegados en la impugnación puedan ampararse.

a. *Proceso declarativo*

Como proceso declarativo, extremo libre de dudas y conforme a la naturaleza del juicio verbal que le presta su armazón, el proceso de impugnación de las resoluciones de la OEPM se dirige a la proclamación de que el amparo judicial solicitado al tribunal en el asunto enjuiciado es debido en Derecho y, sobre ello, a la determinación del estado en que deban encontrarse las cosas tras proclamarse contrario a Derecho el acto impugnado y, en fin, la determinación de las actuaciones u omisiones que han de observarse para acomodar la realidad de las cosas y en particular la posición jurídica de titulares de derechos e intereses legítimos afectados a lo que es conforme a Derecho.

b. *Proceso plenario*

A pesar de que su designación como recurso y la circunstancia de que el conocimiento de esta clase de asuntos se atribuya a las Audiencias Provinciales puedan no hacerlo evidente, el proceso de impugnación de las resoluciones de la OEPM no es un proceso revisorio en un sentido propio, esto es, un proceso de control de la conformidad a Derecho sobre la base de los hechos, prueba y fundamentos invocados o propuestos y practicados en la instancia. Por una parte, y como he expuesto en el subepígrafe anterior, el control de legalidad de la actuación de la OEPM en el ejercicio de sus funciones en materia de propiedad industrial no es un fin en sí mismo, sino un paso para la realización judicial de derechos e intereses sustantivos concretos, que se concretarán en términos declarativos y con la determinación de las medidas concretas precisas para cambiar o revertir eficazmente el estado de cosas y posiciones jurídicas comprometidas por la resolución impugnada. Así lo pone en claro la correspondencia de las pretensiones que pueden formularse en el proceso de impugnación (art. 447 bis 10.ª LEC) con las que lo son del recurso contencioso-administrativo (art. 31 LJCA). De hecho, en relación con esto último, la doctrina administrativista destaca de forma pacífica que el objeto del recurso contencioso-administrativo comprende tanto las pretensiones de control de legalidad o anulación como las llamadas pretensiones de plena jurisdicción (esto es, las pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas), respecto de las que el control de legalidad y la anulación son un paso previo, lógico y necesario¹⁴, lo que, en relación con la revisión judicial de las notas de calificación de los registradores de la propiedad y mercantiles (que es igualmente revisión de resoluciones administrativas efectuadas por tribunales del orden civil), subrayan voces muy autorizadas de la doctrina procesalista que, yendo más lejos, subordinan el control de legalidad a la satisfacción del derecho a que lo presentado cause el asiento interesado¹⁵.

Así las cosas, las Audiencias Provinciales conocen en el orden jurisdiccional civil de la primera instancia del proceso de impugnación de las resoluciones definitivas de la OEPM¹⁶. Esta no es una nota descriptiva, con la que quiera señalar que ante las Audiencias Provinciales discurre la primera fase en que la cuestión se suscita en el ámbito jurisdiccional, después de una fase previa administrativa en la que también se trató. Al contrario, es una calificación normativa, esto es, determinante y configuradora del régimen del proceso en el que se sustancia la impugnación. Así se desprende de los factores siguientes. En primer lugar, el agotamiento de la vía administrativa es condición para que las resoluciones de la OEPM sean impugnables en vía jurisdiccional (civil) sin que el proceso declarativo con arreglo al que se tramita la impugnación verse sobre el mismo asunto, esto es, continúe, en una segunda fase, el procedimiento administrativo, precisamente porque finalizó, y aquel todavía debe formalizarse, justo de la misma manera en que el proceso

¹⁴ Vid. TESO (2016: 188-189) o SANTAMARÍA (2014: 572-573).

¹⁵ Justamente en relación con el paralelo juicio de impugnación de la calificación negativa de los registradores de la propiedad y mercantiles, Díez-PICAZO y GASCÓN (2005: sub 3 y 4.3) (manejo versión electrónica).

¹⁶ Como se sostiene igualmente para el proceso de impugnación de la resolución del recurso gubernativo sobre la calificación registral negativa: vid. MARTÍNEZ SANTOS (2012: sub III.2.D (manejo edición electrónica sin paginar). Advértase, por otra parte, que la referencia al conocimiento «*en segunda instancia y de forma exclusiva, de todos aquellos recursos a los que se refiere el artículo 133 del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre la marca de la Unión Europea y el Reglamento (CE) n.º 6/2002, del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios*» que se atribuye a los Tribunales de Marcas de la Unión Europea (que son una o varias secciones de la Audiencia Provincial de Alicante especializadas en materia mercantil) no puede tenerse en cuenta en el ámbito que nos ocupa, puesto que las resoluciones de cuya impugnación ante los Tribunales de Marcas de la Unión Europea trata son sentencias dictadas por el Juzgado de la Marca de la Unión Europea en primera instancia, y no resoluciones de la EUIPO (cfr. arts. 124, 128 y 133 RMUE).

contencioso-administrativo tampoco es la segunda instancia de un proceso iniciado como expediente administrativo y seguido como proceso judicial¹⁷. En segundo lugar, las resoluciones administrativas no se cuentan entre las resoluciones apelables con carácter general (art. 455.2 LEC), sin que la reforma de 2022 haya incluido las resoluciones definitivas de la OEPM entre las resoluciones apelables, del modo en que en cambio se ha hecho sin ir más lejos indirectamente al incluir las sentencias de la Audiencias Provinciales en esta materia entre las recurribles en casación (art. 477.4 LEC). En tercer lugar, la impugnación no se promueve con un recurso de apelación (cfr. art. 458.1 LEC) sino con una demanda, formulada la impugnación por un previo escrito de interposición, que se decidirá con arreglo a los trámites del juicio verbal (arts. 249.1 4.º y 250.3 LEC), cuya regulación, a pesar de las numerosas y muy relevantes peculiaridades que dominan su configuración (art. 447 bis LEC), no se ajusta a las notas propias de una segunda instancia; el reconocimiento de la posibilidad de recurrir las sentencias que se dicten en el proceso de impugnación no se debe a su condición de sentencias dictadas por Audiencias Provinciales en la segunda instancia (art. 488.1 LEC), sino al expreso reconocimiento positivo de su recurribilidad por infracción procesal o en casación (arts. 468 y 477.4 LEC). En suma, el proceso de impugnación de las resoluciones de la OEPM en materia de propiedad industrial no constituye la segunda instancia del procedimiento administrativo sino la primera de un proceso declarativo civil. De ahí que su regulación especial no se superponga a los trámites de la apelación sino a los generales del juicio verbal, y que las lagunas que posea el régimen de aquel proceso declarativo pueden integrarse con las disposiciones que ordenan el proceso de apelación.

De todo ello resulta que el proceso de impugnación es un proceso cabalmente contradictorio cuyo objeto viene determinado por las pretensiones formuladas en la demanda en relación con el acto administrativo impugnado y la defensa construida en la contestación a la demanda, con las que se deslinda el terreno del enjuiciamiento que compete al tribunal¹⁸.

c. *Proceso declarativo especial*

El proceso de impugnación de las resoluciones de la OEPM que ponen fin a la vía administrativa en materia de propiedad industrial es un proceso especial. El texto del art. 447 bis inciso primero quizá pudiera propiciar que se considerara como juicio verbal con especialidades. A mi juicio, sin embargo, está mejor fundada su consideración como proceso declarativo especial porque, si bien está asentado sobre el juicio verbal, la materia sobre la que versa (control judicial de la legalidad de actos administrativos y satisfacción de derechos e intereses legítimos de los administrados en cuanto tales), la configuración de su objeto (por medio de pretensiones declarativas de la antijuricidad de actos administrativos y de reconocimiento y restablecimiento de derechos e intereses legítimos relacionados con la tutela o negación de la tutela de la propiedad industrial frente a todos, y no solo *inter partes*), la limitada disponibilidad de la controversia y, no en último lugar, la propia estructura, composición y función de sus trámites específicos determinan que este cauce no sea adecuado para tramitar demandas encaminadas a obtener remedios usualmente propios del orden civil¹⁹.

¹⁷ Como, al hilo de lo dicho en el preámbulo de la LJCA de 1956, recuerda con frecuencia la doctrina administrativista, como por ejemplo GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2022: 620).

¹⁸ STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 3875/2012 de 12 de diciembre de 2014.

¹⁹ En la selección de los criterios y circunstancias que permiten considerar «especial» a un proceso sigo la explicación de ORTELLS (2017: 472).

La acción que se sustancia por los trámites de este proceso es una acción de impugnación dirigida contra resoluciones de la OEPM (arg. *ex art.* 477 bis inciso inicial LEC), y más en particular dirigida a obtener su invalidación y el establecimiento o restablecimiento de la situación y posiciones jurídicas individualizadas que son conformes a Derecho en relación con el asunto sobre el que versa la resolución cuestionada. Tanto el presupuesto de la acción y tutela solicitada al tribunal, como las pretensiones que se formulan y las medidas específicas que se piden al tribunal encarnan el amparo judicial reclamado (como es destacadamente la proclamación de la legalidad o ilegalidad de un acto de la Administración y su invalidación como presupuesto del reconocimiento o restablecimiento, o su respectiva negación, de derechos de propiedad industrial) pertenecen al ámbito natural del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (arg. *ex art.* 9.1 inciso primero LOPJ); aún más, de hecho no tienen cabida en el objeto usual del juicio verbal, de forma tan evidente que ha sido preciso alojar esta controversia como asunto del juicio verbal en un apartado propio y separado del art. 250 LEC. Así se deduce también, por otro lado, de la inevitable afectación de intereses generales y políticas públicas por la resolución del litigio, cuya defensa explica no solo la intervención de la OEPM como parte demandada en todo caso, sino también el ámbito del enjuiciamiento y la indisponibilidad, salvo excepciones, del objeto de este recurso. A ello se añade que, del modo en que se verá, los trámites del juicio con arreglo al que se tramita la impugnación se componen y reestructuran de una forma ajena a la lógica de un proceso civil, como sucede con su inicio con un escrito de interposición, la reclamación del expediente administrativo en el que se dictó la resolución recurrida a fin de que el impugnante pueda preparar la demanda y la Audiencia contar con todos los antecedentes (y no solo con los escogidos por las partes), el llamamiento a los interesados para su personación como demandados antes de que se presente la demanda o la limitación de pretensiones.

3.5. **Ámbito del enjuiciamiento**

El ámbito de la cognición en el proceso de impugnación de las resoluciones de la OEPM que se está considerando se encuentra demarcado, como en cualquier otro proceso, por las pretensiones de las partes, que presentan en este caso dos rasgos singulares, como son su inserción en el marco que representa la resolución de la OEPM, a la que se han de referir, y la integración de la resolución en un expediente administrativo, que junto con las alegaciones de hecho y de Derecho de las partes y los medios de prueba propuestos y practicados recoge distintas piezas que configuran el espacio de realidad fáctica y jurídica en el que se emplaza objetivamente la controversia, como puede ser señaladamente el estado del registro o la misma naturaleza, estructura y composición del bien que es objeto del título de propiedad industrial solicitado o ya registrado. Es lógico por ello cuestionarse por el ámbito del enjuiciamiento que puede y debe efectuar el tribunal que conozca de un asunto de esta clase. En particular, lo es cuestionarse si el enjuiciamiento queda limitado a una segunda lectura del debate habido en el procedimiento administrativo al que puso fin la resolución impugnada, o si por el contrario debe extenderse a cuantos extremos plantee la parte demandante en su demanda, incluidas las innovaciones que introduzca en la argumentación fáctica y jurídica hecha ante la OEPM. Se trata de establecer, en este sentido, si el contorno del enjuiciamiento, que viene trazado por el contenido de la demanda de impugnación, solo estaría limitado por su pertinencia y congruencia con la naturaleza de la acción, o si también lo estaría por los fundamentos de hecho y Derecho alegados en el expediente administrativo. La respuesta a esta cuestión está gobernada por una consideración sistemática y otra funcional.

Desde el primer punto de vista, la impugnación de las resoluciones de la OEPM ante la Audiencia Provincial, como he dicho, abre la primera instancia de un proceso dirigido fundamentalmente a la tutela de los derechos e intereses del impugnante previa invalidación del acto administrativo impugnado, y no la segunda instancia de un proceso tramitado y resuelto por vía administrativa en primera instancia; bien miradas las cosas, no es muy distinto de lo que sucede en el proceso de nulidad de títulos de propiedad industrial, ahora solo en materia de patentes, modelos de utilidad y diseños industriales. En este escenario encajan mal dos reglas básicas que definen el alcance de la impugnación de las sentencias de primera instancia en vía de apelación y por ende la extensión del enjuiciamiento de la resolución impugnada que puede desenvolverse en el orden civil de la jurisdicción. Me refiero al mandato de exhaustividad en la alegación inicial, al que se vincula la preclusión de la posibilidad de alegar más adelante, en las sucesivas instancias del proceso, hechos y fundamentos jurídicos que podrían haberse alegado en la instancia (cfr. art. 400 LEC), así como a la prohibición de la *mutatio libelli* en la segunda fase (cfr. art. 456.1 LEC). Ambas reglas parten, en efecto, de que aquello sobre lo que gira la controversia y acota el ámbito del enjuiciamiento (resolución impugnada y pretensiones) y el fundamento fáctico-jurídico que apoya la tesis de las partes al respecto (causa de pedir) se fijan en la primera fase del proceso y de forma en principio inamovible para todas sus fases ulteriores.

Pero ello no sucede así en el caso que ahora se considera. En efecto, no existe norma que imponga a las partes la exhaustividad en la fundamentación fáctica y jurídica del recurso de alzada que tramita y resuelve la OEPM (arts. 112.1 I y 121.1 LPAC en relación con arts. 47 y 48 de esa misma Ley). Antes bien, se admite que el órgano de la Administración que conoce del recurso de alzada decida cuantas cuestiones de forma y fondo plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados (art. 119.3 LPAC), como se admite que el recurrente en vía contencioso-administrativa alegue en su demanda cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración (art. 56.1 LJCA). No es dudoso, en este sentido, que si la Administración que decide un recurso de alzada ha de tomar en cuenta hechos o fundamentos relevantes para decidir la legalidad del acto recurrido que no fueron planteados por la Administración ni por las partes durante la tramitación del expediente pero de los que hay constancia en sus folios y son relevantes, es porque en este ámbito y bajo estas circunstancias debe proceder de oficio cuando advierta su presencia. Tampoco es dudoso, por otro lado, que si el que impugna la resolución administrativa por medio de recurso contencioso-administrativo puede variar la tesis sostenida en el expediente administrativo es porque no está sometido a un mandato de exhaustividad en la alegación en el expediente finalizado con el recurso de alzada. En consecuencia y dado que la traslación al orden civil del control judicial de la legalidad de la resolución de la alzada administrativa y la tutela de las posiciones jurídicas de las partes que sufran menoscabo por esa resolución no ha ido acompañada de la incorporación de ese mandato de exhaustividad en el expediente administrativo no cabe aplicar los principios y reglas de preclusión en la alegación ni la prohibición de la *mutatio libele*.

Pero no puede olvidarse que la impugnación de la resolución de la OEPM impulsa un control judicial nacido de la petición de parte y referido a lo resuelto antes por la Administración en ejercicio de funciones, constitucional y legalmente atribuidas, ajenas a la función jurisdiccional. De ahí se siguen dos límites al alcance del enjuiciamiento exigido para resolver la impugnación de las resoluciones de la Oficina. Primeramente, la labor judicial de revisión se halla sujeta, a modo de limitación natural, al principio de justicia rogada (art. 216 LEC), por cuya virtud, entre otros extremos, el tribunal no puede enjuiciar ni resolver otra cosa que lo impugnado por la parte. Además, debe atenerse, ahora a modo de límite sistemático, al expediente, de modo que su

enjuiciamiento solo se puede proyectar sobre aquello que, visto el expediente y siempre dentro de lo planteado por la recurrente en su impugnación, fue en efecto objeto o podría haber sido objeto de consideración y pronunciamiento por la Oficina, puesto que, de otro modo, el órgano jurisdiccional enjuiciaría una resolución distinta de la formalmente impugnada (y aún más, una resolución que nunca fue dictada) y asumiría así una potestad que sencillamente no le corresponde, como es resolver por primera vez sobre una petición (registro, revocación, anulación de marcas, limitación, etc.).

Bajo este último aspecto, teniendo en cuenta el origen del art. 447 bis 10.^a de la LEC, los motivos neutrales del cambio de orden jurisdiccional para la impugnación de las resoluciones definitivas de la OEPM, y la falta de elemento que impida que el art. 30.1 de la LJCA pudiera valer de la misma forma en el proceso civil, a mi juicio, los lindes del enjuiciamiento de las resoluciones de la OEPM debe trazarse de conformidad con la doctrina de la desviación procesal establecida por la Sala de lo Contencioso del TS. Como es sabido, esta doctrina se asienta en la diferenciación «entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación» y se concreta en que «no pueden plantearse en vía jurisdiccional pretensiones o cuestiones nuevas que no hayan sido planteadas previamente en vía administrativa, aunque pueden adicionarse o cambiarse los argumentos jurídicos que apoyan la pretensión ejercitada»²⁰, donde cuestiones nuevas son «pretensiones que no hayan sido previamente planteadas en vía administrativa»²¹ y motivos de impugnación nuevos son «argumentos jurídicos» añadidos o modificados respecto de los invocados ante la Administración que dictó la resolución recurrida y donde, más en particular, «la distinción entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación [corresponde] a la diferenciación entre los hechos que identifican las respectivas pretensiones y los fundamentos jurídicos que los justifican, de tal modo que mientras aquéllos no puedan ser alterados en vía jurisdiccional, si pueden adicionarse o cambiarse los argumentos jurídicos que apoyan la única pretensión ejercitada»²². Y no pueden ser alteradas sustancialmente (las cuestiones) porque, como he apuntado, su modificación entraña una modificación del acto impugnado, esto es, determina de hecho que la resolución impugnada no sea la que realmente se emitió y contra la que se formalizó la impugnación, pues esta no tuvo en cuenta, porque no debía hacerlo, cuestiones que no se llegaron a suscitar (las cuestiones nuevas) cuando la iniciativa de parte fuera necesaria

En resumidas cuentas, las pretensiones de la demanda de impugnación y el enjuiciamiento que la impugnación de la resolución de la OEPM requiere al tribunal no pueden referirse a cuestiones que no coincidan sustancialmente con las que se plantearon en el recurso de alzada contra cuya

²⁰ Por todas y entre las más recientes, SSTS, Sala de lo Contencioso, núm. 1504/2022, de 16 de noviembre núm. 1037/2022, de 19 de julio. En un recurso contencioso-administrativo en materia de marcas: STS, Sala de lo Contencioso, núm. 158/2018 de 5 de febrero.

²¹ STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 3635/2013 de 13 de julio de 2015.

²² STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 7661/2000 de 1 de febrero de 2005. Esta es justamente la forma en que el TC ha explicado la doctrina del TS sobre la desviación procesal: «Parte nuestra doctrina del reconocimiento de la legitimidad de la interpretación judicial relativa al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y la doctrina de la inadmisibilidad de las cuestiones nuevas. Esa interpretación, que el Tribunal Supremo continúa aplicando tras la entrada en vigor del nuevo texto legal, asume una vinculación entre las pretensiones deducidas en vía judicial y las que se ejercieron frente a la Administración, que impide que puedan plantearse judicialmente cuestiones no suscitadas antes en vía administrativa. La distinción entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación corresponde a la diferenciación entre los hechos que identifican las respectivas pretensiones y los fundamentos jurídicos que los justifican, de tal modo que, mientras aquéllos no puedan ser alterados en vía jurisdiccional, sí pueden adicionarse o cambiarse los argumentos jurídicos que apoyan la única pretensión ejercitada» (STC núm. 158/2005 de 20 de junio).

resolución se dirige la acción de impugnación civil ni a hechos distintos de los articulados como fundamento de las peticiones hechas en el expediente administrativo, siempre que se trate de cuestiones que deben ser invocadas por la parte para que sean consideradas por la Oficina. Esta doctrina constituye, en el ámbito de la impugnación de resoluciones de la OEPM sobre propiedad industrial, la *ratio decidendi* de la desestimación por el TS del recurso contencioso-administrativo contra la concesión de la marca «QUINIELISTAS.ES»²³:

«Alega la sociedad estatal recurrente que la sentencia impugnada es incongruente en la medida en que no se pronuncia sobre varias marcas alegadas en su demanda, en particular las que no incluyen los términos "1X2". Insiste esta parte recurrente en que en la demanda opuso hasta diez marcas españolas y comunitarias de su titularidad, algunas de las cuales protegen el término "QUINIELA" sin el añadido "1X2". Sin embargo, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida se realiza la comparación entre las marcas en liza, y expresamente se dice que "... máxime teniendo en cuenta que las marcas prioritarias incorporan a su conjunto otro elemento relevante cual es 1X2.". De este modo la sentencia recurrida omite pronunciarse sobre la comparación entre la marca objeto de recurso "Quinielista.es" y las marcas prioritarias de la sociedad ante que solo incluyen el término "Quiniela". Existe, pues -siempre según el parecer de la recurrente incongruencia omisiva [...] Tal forma de proceder de la parte recurrente no resulta procesalmente viable [...] aun cuando el artículo 56.1 de la Ley de la Jurisdicción permite alegar en la demanda y en la contestación cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración, lo que este precepto no permite es alterar la naturaleza y esencia de dicho acto, que es el que constituye el objeto de la pretensión del recurrente. [...] Con arreglo a esta doctrina jurisprudencial sobre la materia que nos ocupa, es claro que la parte demandante, a la hora de argumentar y justificar la incompatibilidad entre los signos enfrentados, puede esgrimir cuantas consideraciones jurídicas considere adecuadas en favor de su tesis, incluso aunque no hubieran sido aducidas en vía administrativa, pero lo que no puede hacer en ningún caso, ya en sede contencioso-administrativa, es alterar el sustrato fáctico de ese juicio comparativo, sustrayéndolo del marco tomado en consideración por la Administración al resolver sobre el registro cuestionado. Es decir, el juicio revisor del Tribunal tiene que desarrollarse en relación con las mismas marcas que se compararon y enfrentaron ante la Oficina Española de Patentes y Marcas y no con otras nuevas y distintas de aquellas».

Pero el enjuiciamiento requerido no queda limitado a lo que de hecho fue objeto de consideración por la OEPM en el expediente a raíz de lo pedido por el impugnante, sino que igualmente se extiende a lo que obraba en el expediente y debió haber sido considerado de oficio por la OEPM al emitir la resolución impugnada, aunque el ahora recurrente hubiera guardado silencio al respecto, siempre naturalmente que su demanda de impugnación incluya las alegaciones de hecho y de Derecho pertinentes, puesto que ninguna norma ha derogado el principio de rogación en este contexto. Esta doctrina tiene su base en la determinación del alcance del control de los actos administrativos recurridos en alzada, según la cual, oídos los interesados y guardada la debida congruencia con lo pedido por el recurrente, el órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados (art. 119.3 LPAC). Esta proposición, combinada con el interés público al que en última instancia sirve, ha permitido afirmar autorizadamente que, respetadas las cautelas de audiencia y congruencia, *«la resolución (del recurso de alzada) puede y debe*

²³ STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 2268/2015 de 16 de febrero de 2016, cuya doctrina se sigue, por ejemplo, en STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso (secc. 2.ª) núm. 408/2019 de 29 de mayo, que la resume de este modo: *«En suma las marcas que pueden ser esgrimidas y puestas de manifiesto en la vía jurisdiccional han de corresponder con las que se opusieron anteriormente en la vía administrativa, no siendo lícito introducir en sede judicial marcas no opuestas ni valoradas por la Administración en el expediente administrativo previo, por lo que la Sala debe limitarse estrictamente el estudio del caso y el juicio a las marcas opuestas ante la Oficina Española de Patentes y Marcas, de forma congruente con lo actuado en la vía administrativa y abordando el examen del caso con la información suministrada por las partes ante la Oficina».*

afrontar, además, cualesquiera otras cuestiones que la tramitación del procedimiento haya podido poner en evidencia, adoptando al respecto cuantas medidas puedan ser necesarias para dar satisfacción adecuada a los intereses públicos en juego»²⁴. En este sentido, ningún reproche merece la resolución del recurso de alzada que se funde en un motivo de desestimación distinto del que sirvió de base al acto recurrido siempre que ese nuevo motivo resulte del expediente²⁵, se observe el trámite de audiencia previa²⁶ y se guarde la congruencia debida con la petición del recurrente²⁷. Y si esto es así, no podrá el tribunal que resuelva la impugnación de una resolución de la OEPM dejar de considerar los argumentos de las partes que se funden en hechos que constan en el expediente y hubieran debido ser apreciados de oficio para resolver el recurso de alzada, previa audiencia de los interesados y salvada su congruencia con la petición de la alzada, porque en este caso, en efecto, no se plantean cuestiones nuevas (ya obraban en el expediente) sino solo motivos nuevos (que además deberían haberse tenido presentes por la Oficina al resolver la alzada).

Así, la Sala de lo Contencioso del TS no ha dudado en admitir e incluir en su enjuiciamiento del recurso contencioso-administrativo contra resoluciones de la OEPM sobre solicitudes de marcas, la alegación de que la marca solicitada incurría en una prohibición de registro absoluta distinta de las que el recurrente invocó en la alzada justamente porque la OEPM debería haberla considerado en todo caso y dejó de hacerlo. Esta es la doctrina que constituye, en el ámbito de la impugnación de resoluciones de la OEPM, la *ratio decidendi* de la estimación por el TS del recurso contencioso-administrativo contra la concesión de la marca CENTROCOMERCIAL.ES²⁸:

«En cuanto al primer motivo, asiste razón a la recurrente cuando considera posible que los interesados aleguen en vía administrativa las prohibiciones absolutas del antes citado artículo 5.1 de la Ley de Marcas, eventualidad que prevén expresamente los artículos 19.1, en relación con el 5, y 21.2 de la misma Ley. Esta potestad no es incompatible con el deber de la Oficina de examinar de oficio la concurrencia de dichas prohibiciones (artículo 20.1), deber del que no queda eximida cuando su alegación se formula en el recurso de alzada, como aquí ocurre. Por si ello fuera poco, por aplicación del artículo 56.1 de la Ley jurisdiccional la demandante dispuso de la oportunidad, que utilizó, de aducir la existencia de prohibiciones absolutas en vía contencioso-administrativa como motivo específico de impugnación de la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas, por lo que la Sala tenía la obligación de resolver tal cuestión (artículo 67.1 de dicha Le). Así pues, la actitud del Tribunal de instancia soslayando la decisión sobre la prohibición absoluta aducida por la actora, sería susceptible de determinar su casación por incongruencia si el motivo se hubiera encauzado como un vicio in procedendo a través del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, es decir, como una infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Al hacerlo mediante el apartado d) del precepto, es decir, como infracción in iudicando o de Derecho material, debemos ya pronunciarnos directamente sobre la concurrencia de tal obstáculo al registro de la nueva marca. Pues bien, las prohibiciones absolutas que invoca la recurrente se subsumen en los apartados b) y c) del artículo 5.1 de la Ley de Marcas (pese a la formulación de la segunda de un modo un tanto confuso en la demanda). Tales prohibiciones consisten en la carencia de carácter distintivo del nuevo signo y en su composición exclusiva mediante conceptos genéricos, lo que, según la recurrente, es apreciable en este caso porque la expresión «centro comercial» es genérica, sin que el elemento gráfico tenga entidad para evitarlo, al ser un logotipo muy simple y sin significado conceptual [...]

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2022: 536).

²⁵ STS, Sala de lo Contencioso, núm. de 315/2021 de 8 de marzo.

²⁶ STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 625/2013 de 31 de julio de 2013.

²⁷ STS, Sala de lo Contencioso, núm. 1076/2020 de 22 de julio.

²⁸ STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 2809/2012 de 27 de mayo de 2013, cuya doctrina se sigue, por ejemplo, en STSJ Madrid (secc. 2.ª) núm. 667/2014 de 14 de julio, o en STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso (secc. 1.ª) núm. 28/2018 de 5 de febrero de 2017.

La Sala de instancia debió examinar, y apreciar, el carácter genérico de la nueva marca y estimar el recurso formulado por la demandante, por lo que debemos casar la sentencia y efectuar el correspondiente pronunciamiento estimatorio sobre el fondo del asunto sin necesidad de resolver el segundo motivo de casación».

La interpretación del art. 447 bis 10.^a de la LEC coherente con esta doctrina acerca de las implicaciones del art. 56.1 de la LJCA, que aquí definiendo, no plantea ninguna dificultad grave, ya que el medio procesal definido para sustanciar la impugnación garantiza la exigencia de previa audiencia de la parte demandada y, sobre ello, garantiza razonablemente su derecho de defensa y en particular la oportunidad de valerse de las pruebas precisas, en su caso por medio de una aplicación cabal de la posibilidad de aportación tardía de informes periciales (arts. 336.3, 337 y 338 LEC) y una gestión igualmente razonable del señalamiento de la vista. Y esto no solo vale para marcas y diseños industriales, sino también para patentes, donde la complejidad del asunto y necesidad de prueba pericial es más intensa²⁹.

4. Legitimación

La legitimación para promover y soportar la impugnación de las resoluciones de la OEPM aquí consideradas se separa de lo establecido en las reglas generales que rigen esta cuestión en los procesos declarativos en el orden jurisdiccional civil. Y ello, no tanto por la atribución de legitimación pasiva a la OEPM cuanto por la razón que conduce a que sea así y sus consecuencias. En efecto, esta materia ha merecido una regulación especial, a saber: la condición de titular de la titularidad de la relación jurídica u objeto litigioso se ha sustituido por la condición de interesado y de emisor de la resolución recurrida (art. 447 bis 1.^a, 6.^a, 7.^a y 13.^a LEC), de forma alineada con la solución vigente en el recurso contencioso-administrativo (arts.19.1 a) y 21.1 a) y b) LJCA en relación con el art. 4.1 y 2 LPAC).

4.1. Legitimación activa

La legitimación para impugnar las resoluciones definitivas de la OEPM en materia de propiedad industrial compete a las partes que hubieran intervenido en el procedimiento administrativo previo cuya resolución se impugna (art. 447 bis 1.^a LEC), siempre que, naturalmente, su interés material (sea en la anulación de la resolución, sea en el reconocimiento o restablecimiento del derecho sobre el título de propiedad industrial en disputa o en lo contrario: la desestimación de su reconocimiento o restablecimiento) no haya sido atendido o no lo haya sido en toda su

²⁹ Así, nada debe impedir que, por ejemplo, incluidos en el informe sobre el estado de la técnica los documentos D1 a D4, la impugnación de la desestimación de la oposición a la concesión de la patente pueda fundarse en la falta de actividad inventiva respecto de la combinación de D1 y D2, si así se plantea en la demanda de impugnación, a pesar de que el recurso de alzada solo hubiere pedido la revocación de su concesión por falta de actividad inventiva sobre la base de la combinación D1 y D4, ya que los hechos a cuyo enjuiciamiento se extendería la labor del tribunal figuran en el expediente y, por ello, la OEPM debería haber considerado de oficio la combinación D1 y D4 no solo para conceder la patente sino también para resolver la oposición. En este ámbito, por lo demás, el interés público exige que no se concedan patentes sin mérito. En cambio, no debe admitirse, siempre en el mismo caso, la alegación de falta de actividad inventiva por causa de la combinación D1 y D5 y la consiguiente ampliación del enjuiciamiento del tribunal, porque esa combinación es una cuestión nueva, pues D5 no obra en el expediente, y su consideración por el tribunal implicaría enjuiciar una resolución materialmente distinta de la impugnada, pues en realidad nunca pudo considerarse y pronunciarse sobre esa cuestión. Y lo mismo vale, *mutatis mutandis*, para marcas y, con un alcance menor, para diseños industriales.

extensión, extremo debe leerse en clave de realidad y legitimidad del interés cuya salvaguarda justifica la acción, y no en clave de gravamen.

Sin perjuicio de ello, la legitimación activa para impugnar las resoluciones de la OEPM viene dada por dos datos formales, como son la intervención en el recurso de alzada y el sentido de la resolución, que no su sola fundamentación. El primer dato exime de la necesidad de verificar si el impugnante guarda una relación relevante con el objeto del proceso; en efecto, este extremo resulta de la propia resolución de cuya impugnación se trata y conecta la legitimación para impugnar con la legitimación para intervenir en el procedimiento administrativo, por lo que se reconoce, en el ámbito en el que se sitúa el supuesto de hecho que ahora importa, a los interesados, esto es, a las personas que ostentan, bien un derecho que se ha de ver positiva o negativamente afectado por la decisión que se adopte en el procedimiento administrativo, bien un interés legítimo, en el sentido de que merece protección en Derecho, que puede resultar afectado (positiva o negativamente) como consecuencia inmediata por la resolución que lo decida, tanto si ese interés es de naturaleza individual como si es de naturaleza colectiva (art. 4.1 y 2 LPAC). Esto último franquea la legitimación activa a asociaciones, federaciones y corporaciones empresariales o profesionales y otras asociaciones o entidades que tienen por objeto la defensa de intereses colectivos o generales de todo orden, como son singularmente las asociaciones de consumidores, cuando esos intereses generales puedan resultar negativamente afectados por la resolución considerada, en el bien entendido de que entre ellos no se cuenta el solo interés en asegurar la legalidad de la actuación de la OEPM³⁰. Así lo expresa de hecho la atribución de legitimación para ser parte del procedimiento de nulidad o caducidad administrativa de marcas, cuya resolución es impugnante por el cauce que aquí se estudia, a *«las agrupaciones u organismos que representen a fabricantes, productores, prestadores de servicios o comerciantes y las asociaciones de consumidores y usuarios, legalmente constituidas e inscritas conforme a la legislación estatal o autonómica que les resulte de aplicación, que se consideren perjudicados y tengan capacidad procesal»*, si bien solo en asuntos en que se trate de nulidad fundada en una causa de nulidad absoluta o en una de las causas de caducidad relativas, que no pueda apreciar de oficio la OEPM (art. 58.1 a) LM). El segundo dato antes aludido, el sentido de la resolución, advierte de que la afectación negativa de los intereses de quien hubiera sido parte en el procedimiento administrativo debe resultar del pronunciamiento de la resolución, y no de su fundamentación, de modo que el solo desacuerdo con esta última, si el pronunciamiento de fondo es conforme a los intereses defendidos por la parte, no es bastante para fundar su legitimación activa.

Aunque no hayan sido parte del procedimiento administrativo o justamente porque no lo fueron, no debe haber objeción a que quienes tengan un interés legítimo y directo (en el sentido propio del proceso civil: interés jurídicamente relevante y protegido³¹) en que la impugnación sea acogida puedan personarse en el proceso de impugnación, promovido por otro u otros, y adherirse a la impugnación como intervinientes, litisconsorciales o adhesivos, del lado de la parte demandante (art. 13 LEC). Este podría ser el caso, por ejemplo, de los acreedores garantizados por hipoteca mobiliaria sobre una patente revocada de resultados de una oposición o sobre una marca anulada, los licenciarios de una marca caducada por falta de uso, etc. Y tampoco debe haberla para que intervengan en esta misma condición en el proceso de

³⁰ V. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020: 500-502).

³¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2011: 262, 266-269).

impugnación quienes fueron parte del procedimiento administrativo, pero no interpusieron el recurso.

4.2. Legitimación pasiva

La legitimación pasiva, de su lado, corresponde en todo caso a la OEPM (art. 447 bis 7.^a LEC). Esta previsión no obedece a la lógica de la legitimación pasiva del proceso civil, pues no es la Oficina titular de la relación jurídica u objeto litigioso (art. 10 I LEC), sino a la de la legitimación pasiva en el ámbito de lo contencioso-administrativo, esto es, a su condición de autoridad emisora de la resolución impugnada (art. 21.1 *a*) LJCA). Y compete asimismo a los interesados (arg. *ex art.* 447 bis 6.^a y 13.^a LEC), lo que también se aleja de la titularidad de la relación jurídica u objeto litigioso de la que nace la legitimación en el orden civil para aproximarse a la afectación de derechos o intereses legítimos por la estimación de la demanda que rige la atribución de legitimación pasiva en el orden contencioso-administrativo (cfr. art. 21.1 *b*) LJCA), sin requerirse que sean intereses directos y legítimos, como el que en cambio se exige al interviniente (art. 13.1 LEC), o solo legítimos, como el que se requiere para ser parte demandada en un recurso contencioso administrativo (art. 21.1 *b*) LJCA).

De ahí que se planteen dos cuestiones que no dejan de tener importancia a la vista de que al LAJ se confía el emplazamiento de los interesados para que se personen como demandados (art. 447 bis 6.^a LEC) y la omisión o defectuosa realización de este trámite, en cuanto presupuesto esencial para la correcta formación de la relación jurídico-procesal, puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas o entidades afectadas. Así se ha establecido para el proceso contencioso-administrativo (al que no cabe dejar de mirar puesto que la proposición del art. 447 bis 6.^a LEC procede de los arts. 48.1 y 49 de la LJCA), sin que haya razón para que, visto su fundamento³², las cosas deban ser de distinta manera en el orden jurisdiccional civil, cuando menos si su identidad y particulares constan o se pueden obtener a partir del expediente y del escrito de interposición del recurso³³ (no en cambio de la demanda, como parecería deseable, porque el emplazamiento de los interesados se ha anticipado a la presentación de la demanda: *v. infra* [7.2]).

La primera de esas cuestiones inquiere acerca de si la legitimación pasiva depende de que la persona o entidad que pretende personarse y actuar en el proceso de impugnación como parte demandada haya sido parte del procedimiento administrativo. La contestación es negativa: se requiere que el tercero ostente un interés relevante, individual o colectivo, pero no que haya sido parte del expediente que finaliza la resolución impugnada. El texto legal, a diferencia de lo que sucede con la legitimación activa, no exige haber intervenido como parte en el procedimiento administrativo y, de otro lado, la previsión del emplazamiento a quienes tengan simplemente interés solo tiene un sentido cabal si los terceros no fueran parte del procedimiento administrativo, pues si lo hubieran sido el trámite de emplazamiento sería innecesario. Ahora bien, no es dudoso que la circunstancia de haber sido parte del procedimiento administrativo evidencia que la Administración concernida ha reconocido que el tercero ostenta interés en el asunto del que, salvo en casos inusuales, no podrá desentenderse el LAJ en la fase de

³² STC núm. 76/2013 de 8 de abril, con cita de otras sentencias.

³³ Según doctrina jurisprudencial y constitucional resumida en STS, Sala de lo Contencioso, núm. 1606/2019 de 20 de noviembre, que precisamente por fundarse en el art. 24.1 de la CE; debe entenderse aplicable *mutatis mutandis* también en el ámbito del proceso civil.

emplazamiento y solo podrá hacerlo el tribunal ante circunstancias relevantes y con una cuidada argumentación³⁴. La segunda cuestión se refiere al sentido y alcance del interés sobre el que se basa la atribución de legitimación pasiva al tercero, cuya contestación ha de tener presente que entre los antecedentes y propósitos de la reforma no figura limitar o restringir pero tampoco ampliar el espectro de posibles demandados, por lo que el cambio de orden jurisdiccional no debe resultar en una reducción de las vías de defensa de que disponen los terceros con interés en el asunto, que en buena lógica lo son quienes ostenten una posición jurídica (titularidad previa o sobrevenida de derechos o intereses) relacionada con el objeto del proceso, a la que debe pedirse sea individual o colectiva y concreta y, sobre ello, que pueda verse afectada (en este caso) negativamente si la resolución impugnada es anulada de resultas de la impugnación, lo que, en los extremos, excluye no solo la suficiencia de un interés abstracto (como sería la sola defensa de la legalidad), sino también la exigencia del más restrictivo interés directo en el asunto.

A los terceros interesados se les permite intervenir en el proceso precisamente como demandados, aunque, emplazados por el LAJ, no se hubieren personado en plazo y contestado oportunamente la demanda (*ex art. 447 bis 8.ª LEC*). Este tratamiento de la personación tardía hace inadmisibles la intervención en el lado de la demandada propia del proceso civil (art. 13 LEC), puesto que quien sea titular de un derecho u ostente un interés legítimo, como se acaba de ver, no lo necesita, y si algún margen para la alegación tardía pudiera abrir la intervención, el recurso a esa vía defraudaría los términos tajantes con que la norma especial del proceso de impugnación limita el reconocimiento de parte para los trámites no precluidos.

4.3. Cuestiones relacionadas

No se ha arbitrado una vía que autorice a estas entidades (o a otras) a intervenir sin tener la condición de parte en estos procesos, como *amicus curiae*, con el solo fin de aportar al tribunal su punto de vista, argumentos y en su caso pruebas sobre algún aspecto del litigio en curso. Del interés y utilidad que esta figura tiene dan buena cuenta su admisión en el trance de la revisión de las resoluciones sobre concesión de títulos de propiedad industrial, por ejemplo, en la EPO³⁵ o en la EUIPO³⁶, o su amplia extensión en la práctica de los Estados Unidos de América, especialmente en asuntos de patentes en los que con frecuencia es de importancia una adecuada comprensión del contexto e implicaciones de lo debatido en el proceso a la que seguramente contribuirán los puntos de vista de quienes no son litigantes³⁷. Los estrechos términos con los que se admite esta figura en nuestro Derecho procesal civil (cfr. art. 15 bis LEC) no permiten extenderla al supuesto contemplado en esta ocasión.

5. Plazo para impugnar

³⁴ STS, Sala de lo Contencioso, núm. 672/2021 de 12 de mayo.

³⁵ Cfr. art. 10 de las *Rules of Procedure of the Enlarged Board of Appeal*. De la relevancia de este trámite den buena cuenta los cuarenta y siete escritos de *amici curiae* presentados en el reciente asunto G1721 [[EPO oral proceedings by videoconference: 47 amicus curiae briefs in case G 1/21 - Kluwer Patent Blog \(kluweriplaw.com\)](#)].

³⁶ Cfr. art. 37 (6) del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 de la Comisión de 5 de marzo de 2018 que complementa el Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la marca de la Unión Europea y deroga el Reglamento Delegado (UE) 2017/1430). Se encuentra una descripción de las razones que impulsan a una asociación sectorial de titulares de marcas y profesionales de la tramitación de registros de marcas y asesoramiento jurídico en esta materia a actuar como *amicus curiae* ante la EUIPO en el documento de la [INTA as Friend of the Court: EUIPO GBoA Issues Decision in ZORAYA Case - International Trademark Association](#).

³⁷ *Vid.* CHIEN (2011: *passim*).

La impugnación se debe interponer, si la resolución contra la que se dirige es una resolución expresa, dentro del plazo de dos meses, contados desde el día siguiente al de su notificación o publicación en el BOPI; si es una resolución desestimatoria por silencio administrativo (cfr. art. 24.1 III LPAC), dentro del plazo de seis meses, que se contarán desde el día siguiente al que se presuma producida la resolución (art. 447 bis 2.º LEC, que reproduce lo esencial del art. 46.1 LJCA). La resolución impugnada será la que decida el recurso de alzada contra el acto administrativo en materia de propiedad industrial que se contemple en cada caso, y cuando se haya presentado, la que decida el recurso potestativo de reposición (arts. 112.1, 114.1 *a*) y 123.2 LPAC).

La desestimación por silencio administrativo no impide a la OEPM dictar, una vez transcurrido el plazo en que debió hacerlo, la oportuna resolución expresa, sin estar vinculada por el sentido que corresponde al silencio (art. 24.3 *b*) LPAC). Esta regla obliga a preguntarse si la resolución tardía determina la terminación del proceso de impugnación. Al respecto y sobre la base de que la litispendencia se produce con la interposición si más adelante se deduce y admite a trámite la demanda (*v. infra* [7.1 d.]), cabe diferenciar varios supuestos: si la resolución expresa se produce cuando todavía está vivo el plazo para interponer el recurso contra la resolución presunta, con independencia de que el sentido de una y otra sea coincidente o no, ningún efecto produce sobre el proceso, puesto que no ha comenzado todavía por no haberse interpuesto la impugnación, sino solo sobre el plazo para impugnar, que se contará según la regla general indicada en el párrafo anterior, esto es, desde la fecha de publicación; si se produce cuando la impugnación ya se ha formalizado y el sentido es el atribuido a la resolución presunta, es evidente que el objeto del proceso no ha desaparecido ni el interés del demandante ha sido satisfecho, pero si la resolución expresa tiene un sentido distinto del atribuido a la presunta (por lo que coincide con lo pedido por el demandante o cuando menos coincide en parte) y dado que es razonable dar virtualidad a la potestad de variación reconocida a la Administración respecto del sentido de la resolución presunta, en este caso se produce una pérdida sobrevenida del objeto y satisfacción extraprocesal del interés del impugnante, por lo que procede el sobreseimiento del proceso de impugnación (art. 22 LEC), salvo en los casos en que se haya deducido una acción de daños; finalmente, si la resolución expresa se dicta tras agotarse el plazo para impugnar la resolución tácita y esta no ha sido impugnada, la resolución expresa carece de efectos puesto que la tácita devino firme. En todos estos escenarios, la resolución tardía es un acto que habrá de integrarse entre los hechos del proceso, en el primer escenario de forma natural dándose cuenta de su verificación, sentido e implicaciones en la demanda, en el segundo escenario, y donde no dé lugar al sobreseimiento, habrá de tratarse como hecho nuevo, que se pondrá de manifiesto al tribunal junto con las alegaciones y pruebas pertinentes, bien en la vista, si la hay, bien por medio de escrito de ampliación de hechos (art. 286 LEC).

6. Competencia judicial

6.1. Competencia internacional

La competencia judicial internacional para conocer de la impugnación de las resoluciones de la OEPM en materia de propiedad industrial que ponen fin a la vía administrativa corresponde a los tribunales españoles y solo concierne a registros de títulos de propiedad industrial solicitados o registrados para España (art. 22 *d*) LOPJ y art. 24 4) del Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial,

el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil). No cabe ninguna clase de prórroga de jurisdicción (art. 22 *d*) LOPJ y arts. 25.4 y 26.1 del Reglamento (UE) No 1215/2012).

6.2. Competencia objetiva

La competencia objetiva para conocer de los recursos contra resoluciones sobre propiedad industrial que agoten la vía administrativa en la OEPM corresponde a las Audiencias Provinciales en el orden jurisdiccional civil (art. 82.2 3.º, inciso segundo, de la LOPJ) y en particular, donde la haya y sea la Audiencia Provincial territorialmente competente, a la sección que por acuerdo del CGPJ, oída la Sala de Gobierno del TSJ, haya sido designada para conocer de estos asuntos junto con otros procedentes de los Juzgados de lo Mercantil, a lo que se debe proceder si los Juzgados de lo Mercantil de la provincia son más de cinco (art. 82 bis.3 LOPJ) y de hecho se ha procedido en Madrid. En efecto, el Acuerdo de 8 de febrero de 2023 de la Comisión Permanente del CGPJ ha atribuido, con carácter exclusivo y excluyente, a la Sección 32.^a de la Audiencia Provincial de Madrid el conocimiento de los recursos contra las resoluciones que agoten la vía administrativa en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas, al lado de otros asuntos de la especialización mercantil³⁸.

6.3. Competencia territorial... y un apunte final sobre competencia objetiva

La competencia territorial para conocer de estos asuntos se atribuye a la sección especializada en materia mercantil o, donde la haya, a la sección subespecializada en estos asuntos de la Audiencia Provincial de la ciudad donde tiene su sede el TSJ de la Comunidad Autónoma en que el recurrente está domiciliado o, en su defecto, en que lo está su representante autorizado para obrar en España, siempre que, en el primero caso, los Juzgados de lo Mercantil de esa ciudad hayan sido subespecializados en materia de propiedad industrial, esto es, el CGPJ haya atribuido en exclusiva el conocimiento de los asuntos de propiedad industrial a alguno o algunos de ellos³⁹, y alternativamente, a elección del recurrente, a la sección especializada en materia mercantil de la Audiencia Provincial de la circunscripción en que radica la sede de la OEPM (art. 52.1 13.º bis LEC).

De este modo se mantiene el rasgo esencial del régimen de competencia territorial en asuntos de nulidad de patentes, modelos de utilidad y diseños industriales (art. 118.3 LP y disposición adicional primera de la LDI)⁴⁰, esto es, la intensificación de la especialización por medio de la

³⁸ BOE-A-2023-4109.

³⁹ En esta situación se encuentran actualmente los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, Madrid, Valencia, Granada, Las Palmas de Gran Canaria, La Coruña y Bilbao. Cfr. Acuerdo de 2 de febrero de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se actualiza el Acuerdo de 21 de diciembre de 2016, por el que se atribuye en exclusiva el conocimiento de los asuntos civiles que puedan surgir al amparo de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, a diversos Juzgados de lo Mercantil de Cataluña, Madrid y Comunitat Valenciana [BOE núm. 44/2017 de 21 de febrero] y Acuerdo de 18 de octubre de 2018, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se amplía el Acuerdo de 2 de febrero de 2017, por el que se atribuye en exclusiva el conocimiento de los asuntos civiles que puedan surgir al amparo de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, a diversos Juzgados de lo Mercantil de Andalucía, Canarias, Galicia y País Vasco [BOE núm. 275/2018 de 14 de noviembre]).

⁴⁰ Desde el 14 de enero de 2023, lo dicho en el texto no vale para marcas, pues la acción de nulidad directa es una acción administrativa de la que solo conoce la OEPM, cuyas resoluciones se revisan mediante su impugnación,

concentración territorial, con la diferencia que se indica a continuación: al contrario de lo que sucede en materia de nulidad de los mencionados títulos de propiedad industrial, ajustando la perspectiva, no se admite al impugnante (como en cambio se admite al demandante de nulidad) plantear la impugnación ante cualquiera de las Audiencias Provinciales en cuya circunscripción haya Juzgados de lo Mercantil subespecializados en materia de propiedad industrial cuando en la que le corresponda por razón de su domicilio o del domicilio de su representante en España no haya esos Juzgados de lo Mercantil; en ese caso, la competencia para conocer de la impugnación de los acuerdos de la OEPM viene fijada de antemano por ley y corresponde a la Audiencia Provincial de Madrid, en cuanto sede de la OEPM (art. 52.1 13.º bis LEC). Así, por ejemplo, el recurrente domiciliado en Castellón ha de interponer la impugnación ante la sección especializada de la Audiencia Provincial de Valencia o, si lo prefiere, ante la correspondiente de Madrid, por hallarse en la ciudad en que radica la sede de la OEPM, mientras que el recurrente domiciliado en Asturias solo puede interponerla ante la sección especializada de la Audiencia Provincial de Madrid, por radicar en su circunscripción la sede de la OEPM, y no puede elegir hacerlo ante la Audiencia Provincial de la Coruña, a pesar de que los Juzgados de lo Mercantil coruñeses cuentan con uno subespecializado en asuntos de propiedad industrial.

Se observará la discrepancia que existe entre el ámbito de la atribución de competencia objetiva a las Audiencias Provinciales para conocer de estos recursos (art. 82 bis.3 I LOPJ), que se extiende como se ha visto a todas las modalidades de propiedad industrial gestionadas por la OEPM (v. *supra* [3.2]), y, de otra parte, el ámbito de la subespecialización de los Juzgados de lo Mercantil que sirve de nexo para determinar la competencia territorial entre las Audiencias Provinciales con competencia objetiva. Me refiero a la circunstancia de que los Acuerdos de la Comisión Permanente del CGPJ que atribuyen el conocimiento de ciertos asuntos en exclusiva a solo algunos Juzgados de lo Mercantil no lo hacen en relación con cualquier modalidad de propiedad industrial gestionada por la OEPM, sino solo y precisamente en relación con patentes (y modelos de utilidad), marcas (y nombres comerciales) y diseños industriales⁴¹. Este desajuste no debe tener implicaciones prácticas. Aunque se dé por bueno que la sola referencia de esos Acuerdos a la LP, LM y LDI puede excluir los asuntos sobre certificados complementarios de protección de medicamentos y productos fitosanitarios o sobre topografías de productos semiconductores del ámbito de la especialización que en ellos se establece (*quod non*⁴²), no dejan de ser los Juzgados de lo Mercantil que en ellos se indican los (únicos) que tienen atribuido el conocimiento de asuntos de propiedad industrial en exclusiva y, por tanto, los que determinan la competencia objetiva de las Audiencias para conocer de la impugnación de las resoluciones de la OEPM; otra interpretación sería insostenible puesto que conduciría, bien a la inaplicación de la regla clave del nuevo sistema, el art. 82.2 3.º de la LOPJ, bien a una reducción *contra legem* de las resoluciones de la OEPM impugnables en el orden jurisdiccional civil.

7. Tramitación

La impugnación civil de las resoluciones definitivas de la OEPM sobre propiedad industrial se sustanciará por los trámites del juicio verbal (art. 250.3 LEC), sin perjuicio de las singularidades

que deberá plantearse y tramitarse ante los tribunales competentes según lo expuesto en este estudio (*vide supra* [3.2]), o una acción reconvenzional en relación con la que se arrastra la competencia territorial para conocer de la demanda de infracción (art. 51.1 LM).

⁴¹ *Vid.* nota anterior.

⁴² *Vid.* ATS de 22 de enero de 2019.

que posee su objeto y la reconfiguración de algunos de sus trámites, inspirada en el modelo del proceso contencioso-administrativo (art. 447 bis LEC).

7.1. Interposición del recurso

a. *Interposición de la impugnación y presentación de la demanda*

Como sucede en el recurso contencioso-administrativo y a pesar de su ajenidad al proceso civil, en este ámbito se diferencian la interposición de la impugnación (art. 447 bis 1.ª y 2.ª LEC) y la presentación de la demanda de impugnación (art. 447 bis 9.ª LEC). Mediante la interposición se formaliza el recurso, esto es, la impugnación de la resolución administrativa dictada por la OEPM; por medio de la demanda se deduce la acción de impugnación.

Este esquema ordena la respuesta del ordenamiento a la dificultad de encajar el escrutinio de legalidad de una resolución administrativa en la primera instancia de un proceso declarativo civil, y en particular salva la falta de conexión formal entre el procedimiento al que pone fin la resolución impugnada y el proceso en que se desenvuelve ese escrutinio. Esa discordancia se manifiesta, en primer lugar, en la inexistencia de unos autos, formados en una fase anterior, en los que consten los antecedentes del asunto y se puedan remitir al órgano revisor junto con el recurso de la parte (art. 463.1 I LEC); de ahí que al proceso de impugnación sea preciso traer no solo la resolución impugnada sino también las actuaciones que condujeron a ella. Se manifiesta también en la necesidad de salvaguardar tanto el interés general conectado con la protección de aquella creación inmaterial que por su objeto y condiciones de mérito merece ser protegida como propiedad industrial o, desde la perspectiva contraria, con el rechazo de la protección de lo que, en atención a su objeto y condiciones, no debe ser protegido, lo que conduce y se concreta en que la OEPM sea emplazada en todo caso para intervenir en el proceso como demandada. Finalmente, aparece como necesidad de salvaguardar la posición jurídica de las personas cuyos intereses podrían ser afectados negativamente por la eventual anulación de la resolución impugnada y el reconocimiento o restablecimiento de la posición del actor respecto del derecho de propiedad industrial considerado, lo que explica la necesidad de llevar la impugnación a su conocimiento.

A todo ello se responde en la fase de interposición con la que, por medio del oportuno escrito y si se admite a trámite, se formaliza la impugnación de la resolución de la OEPM y se inicia el proceso de impugnación, en el sentido de que se establece la litispendencia, quedan fijadas la jurisdicción y competencia judicial y comienzan las actuaciones procesales, y desde otra perspectiva se fija el acto administrativo al que deben referirse las pretensiones de la demanda y participa de ese modo en la definición del objeto del proceso⁴³.

b. *Forma y contenido*

La interposición se efectúa, como corresponde a la primera instancia de un proceso declarativo, mediante la presentación del correspondiente escrito ante la Audiencia Provincial. A diferencia de lo que sucede en el proceso contencioso-administrativo (art. 45.1 LJCA), no existe norma que

⁴³ Si se prefiere y como se dice autorizadamente en relación con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo del que el art. 447 de la LEC toma la diferenciación entre interposición y demanda, el escrito de interposición delimita y acota el objeto del proceso y por ende las pretensiones que pueden ejercitarse en la demanda: SANTAMARÍA (2014: 365).

establezca el contenido de este escrito, como tal vez no hubiere sido ocioso, vista la singularidad que este trámite posee en el juicio verbal y la tentación de asimilarlo al ya desaparecido escrito de preparación de la apelación (art. 457 LEC 2000), cuyo contenido sería a todas luces insuficiente en este ámbito.

Sea como fuere, con el escrito de interposición se impugna propiamente la resolución definitiva de la OEPM. Por ello, habrá de incluir los siguientes extremos: la identificación del recurrente o impugnante y la de su representación procesal, con la que deberá comparecer en todo caso (art. 23.2 1.º LEC), con indicación de su nombre o denominación social, según proceda, de su domicilio y del título en que funda su legitimación para impugnar (esto es, su condición de parte en el expediente administrativo (v. *infra* [4.1]), la manifestación de interponer recurso o impugnar y la solicitud de que se tenga por interpuesta la impugnación; la identificación de la resolución impugnada, y sus particulares, como son el número de expediente, la fecha de la resolución, de su traslado y su publicación en el BOPI y, si fuere una resolución por silencio, los datos necesarios para comprobar si el plazo para dictar la resolución expresa ha transcurrido (v. *infra* [c.]); la identificación de los posibles interesados en el lado del recurrente o del recurrido, así como en general aquella información de la que el impugnante tenga noticia y sea de interés para resolver la admisión de la interposición y el buen fin de las disposiciones y medidas que se adopten a raíz de su admisión. Con este escrito deben acompañarse las pruebas que acrediten estos extremos.

c. Admisión a trámite

La interposición será admitida tras haberse comprobado que el tribunal tiene competencia para conocer de la impugnación y el escrito presentado al efecto no adolece de defectos formales y proporciona la información necesaria para ordenar las actuaciones procesales previas a la presentación de la demanda (art. 438.1 LEC en relación con 404 LEC). El juicio de admisión comprende así la verificación de la competencia internacional, objetiva y territorial del tribunal ante el que se formaliza el recurso (arts. 38, 48.1 y 58 LEC). Aunque los términos legales no son tan precisos como seguramente habría sido deseable, la presentación de la interposición dentro de plazo (art. 447 bis 2.ª LEC), vistos sus antecedentes en el recurso contencioso-administrativo (art. 46 LJCA), merece la consideración y tratamiento de requisito de admisibilidad (art. 439.5 LEC en relación con art. 51.1 d) LJCA), por lo que la interposición tardía es causa de inadmisión de la impugnación

La admisión de la interposición del recurso compete al LAJ (art. 447 bis 3.ª LEC en relación con art. 438.1 LEC). La inadmisión, al tribunal (art. 438.1 en relación con art. 404.2 LEC), que para adoptarla debe oír con carácter previo al recurrente, que es la única parte personada en este momento, y en su caso al Ministerio Fiscal.

d. Efectos

La interposición, si es admitida a trámite, inaugura desde su fecha el proceso de impugnación, y no la demanda. Así se infiere, cuando menos, del tratamiento de la interposición en el recurso contencioso-administrativo⁴⁴; del empleo del término «interposición» para referirse a la legitimación activa y a renglón seguido del término «recurso» para designar el medio procesal que se promueve con la interposición (art. 447 bis 1.ª y 2.ª LEC), mientras que se usa el verbo

⁴⁴ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020: 672).

«deducir» para referirse a la presentación de la demanda (art. 447 bis 9.ª LEC), y no el verbo «interponer» (cfr. arts. 400.1 I, 410, 439.1 LEC), que significativamente es el que se emplea en relación con la presentación a la demanda tras la práctica de diligencias preliminares y diligencias de acceso a los medios de prueba (arts. 283 bis f).4, 336.3 LEC); de que la OEPM y los interesados son emplazados a personarse en el proceso como demandados antes de que se haya presentado la demanda (art. 447 bis 6.ª y 7.ª LEC); de que el «recurso» sea lo que la admisión de la interposición admite a trámite (art. 447 bis 3.ª LEC), y de que el «archivo de las actuaciones» sea el efecto de la falta de presentación de la demanda (art. 447 bis 11.ª LEC). Así las cosas, la interposición produce, entre otros, los siguientes efectos: determina la resolución de la OEPM impugnada y con ello deja trazado el contorno del objeto del proceso, a la espera de su precisión final por medio de unas pretensiones, formuladas en la demanda, que necesariamente han de referirse a esa resolución y ser congruentes con ella; establece la litispendencia, pues su admisión fija la jurisdicción y competencia judicial para sustanciar y decidir la impugnación, y abre la sucesión de actuaciones propiamente procesales que han de conducir, en un discurrir natural de las cosas, a su terminación por sentencia.

En cambio, tener la impugnación por formalizada no produce ningún efecto sustantivo sobre el título de propiedad industrial objeto de la resolución de la OEPM recurrida. A pesar del silencio de la LEC sobre este particular, el salto de orden jurisdiccional para el escrutinio judicial de las resoluciones finales de la Oficina y su ubicación en un proceso declarativo no impiden que, durante la tramitación del control que promueve y requiere la impugnación y en defecto de norma que establezca otra cosa (y de la que carecen la LP, LM y LDI), se mantenga su ejecutividad inmediata ante «cualquier recurso» (art. 117.1 LPAC) y la exigencia de medidas cautelares para su suspensión (arg. *ex* penúltimo y último párrafos del preámbulo y arts. 129.1 y 130.1 LJCA).

7.2. Actuaciones procesales previas a la presentación de la demanda

La interposición de la impugnación desencadena de forma directa actuaciones que se efectúan en un momento anterior a la presentación de la demanda y se encaminan a facilitar la confección de esa demanda, acelerar la formación de la relación procesal, impulsar la tramitación de la impugnación, como son la reclamación del expediente, para poner a disposición del tribunal y las partes todos los antecedentes de que dispuso la OEPM para resolver el procedimiento, el emplazamiento de la OEPM y de los interesados en ser tenidos como parte demandada, y el emplazamiento del demandante para deducir la demanda.

a. Reclamación del expediente

Admitida la interposición de la impugnación, el LAJ requerirá a la OEPM que remita el expediente administrativo a la Audiencia Provincial en un plazo improrrogable de veinte días cuyo *dies a quo* es el siguiente a la fecha de entrada del requerimiento en el registro general de la Oficina (art. 447 bis 3.ª LEC).

La regulación de este trámite, característico del recurso contencioso-administrativo, en la LEC es menos precisa que la establecida en la LJCA. Nada dice la LEC, por una parte, de los detalles que, si se estuviera en el ámbito de recurso contencioso-administrativo, la OEPM debería comunicar al tribunal, como son la existencia de otros recursos en los que puedan concurrir los presupuestos de acumulación (art. 38.1 LJCA) y por extensión una situación de litispendencia; parece razonable que la Oficina proporcione esta información, pero no existe una base sólida

para considerar que su omisión debe ser sanada y en otro caso se debe tener este requerimiento por desatendido, con las consecuencias que se dirán a continuación. También a diferencia de lo que sucede en el recurso contencioso-administrativo, la LEC nada establece acerca de la forma en que debe enviarse el expediente (art. 48.4 LJCA), ni de la posibilidad de reclamar la compleción del expediente remitido, en su caso con suspensión del plazo para presentar la demanda o la contestación a la demanda (art. 55 LJCA), lo que parece necesario atendidas las exigencias de la debida defensa del impugnante y la economía procesal. Asimismo, se omite la posibilidad de que, si el expediente reclamado no se remite en plazo, el tribunal pueda valerse del apercibimiento, imposición de multas coercitivas y puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 48.7 y 10 LJCA); en su lugar, se disponen medidas más tenues: reiteración de la reclamación del expediente y apercibimiento de que no se admitirá la contestación a la demanda de la OEPM si no va acompañada del expediente cuando el recurrente haya pedido que se le emplaze para presentar la demanda aunque el expediente no hubiera sido remitido (art. 447 bis 5.ª y 13.ª *in fine* LEC). La oportunidad de esta solución más amable quizá no debe plantear dudas en el caso de conflictos entre derechos, como sería el que se produciría si se impugnara una resolución de la OEPM dictada en un expediente de nulidad administrativa basado en un derecho anterior a la marca cuya anulación se interesa. Pero no es así si el conflicto involucra intereses generales, como ocurriría con el que afecte a la resolución de un expediente de oposición a una patente que se hubiera concedido para un objeto no patentable; en estos caso, el interés general saldría mejor librado si se estimulara al funcionario de la OEPM a remitir el expediente con una merma de su bolsillo, que si se hiciera con una más débil desatención de la demanda.

b. *Emplazamiento de la OEPM y los interesados para su personación*

El emplazamiento de la OEPM a personarse en el proceso de impugnación se entiende hecho con la reclamación del expediente y su personación, con la efectiva remisión del expediente (art. 447 bis 7.ª LEC, que reitera lo dispuesto en el art. 50.1 y 2 LJCA).

Por su parte, el emplazamiento de los interesados a personarse en el recurso como demandados se hará una vez recibido el expediente, en buena lógica a la vista de su contenido y, aunque no se diga, del escrito de interposición si proporciona datos adecuados para identificar interesados (art. 447 bis 6.ª LEC); de tal modo, el salto del recurso al orden civil de la jurisdicción ha liberado de esta tarea a la OEPM, a la que correspondía hacerlo en el curso del proceso contencioso-administrativo (art. 49.1 LJCA). El emplazamiento dará un plazo de nueve días a los interesados para que se personen en el proceso de impugnación, sin perjuicio de que puedan intervenir con posterioridad, en cuyo caso solo se les tendrá por parte para los trámites pendientes (art. 447 bis 8.ª LEC, que reitera lo dispuesto en el art. 50.3 LJCA). La personación de los interesados no debe esperar a la presentación de la demanda (arg. *ex art.* 447 bis 6.ª y 13.ª LEC).

La única personación de terceros interesados que al respecto se considera es la de quienes han de intervenir como demandados (art. 447 bis 6.ª LEC), esto es, la de quienes tienen interés en el mantenimiento de la resolución recurrida. No se contempla el emplazamiento a quienes, según el expediente y el escrito de interposición del recurso, pudieran tenerse por titulares de un interés legítimo y directo (en el sentido antes dicho: *v. supra* [4.2]) en la anulación de la resolución impugnada y en consecuencia habilitados para actuar en el proceso civil como intervinientes. En esa situación se pueden encontrar los acreedores del recurrente cuyo crédito se encuentra garantizado por hipoteca mobiliaria sobre por ejemplo una marca anulada por la

OEPM o una patente revocada por la Oficina de resultados de una oposición, lo que, más allá de otras consideraciones puede tenerse por coherente con la limitación del llamamiento a intervenir en el lado de la demanda en procesos promovidos por otros a solo los casos contemplados legalmente (arts. 15 a 15 ter LEC).

c. *Emplazamiento del recurrente para deducir la demanda*

Recibido el expediente de la OEPM, el LAJ acordará su entrega al recurrente y simultáneamente lo emplazará para deducir la demanda de impugnación dentro del plazo de veinte días. No acaba de entenderse la duración de este plazo. Ciertamente es el doble del plazo establecido para contestar la demanda en el juicio verbal común, pero está notablemente alejado de los dos meses conferidos con carácter general para contestar una demanda de nulidad de derechos de propiedad industrial (art. 119.1 LP en relación con la disposición adicional primera LDI), incluida la contestación de una reconversión de nulidad de marca (disposición adicional primera 2 LM en relación con arts. 51.1 y 52.1 LM)).

Si hubiera transcurrido el plazo dado a la OEPM para remitir el expediente sin que se hubiera recibido en la Audiencia Provincial, el recurrente podrá pedir al tribunal que se le emplace para contestar la demanda dentro de un plazo de veinte días (art. 447 bis 12.ª I LEC, como se prevé en el art. 53.1 LJCA). En este supuesto, si el expediente fuera recibido tras haber solicitado el recurrente ser emplazado para deducir la demanda, el LAJ lo pondrá de manifiesto a las partes. De las distintas hipótesis que caben en este caso general, la única que, en una lectura razonable de la norma, es objeto de consideración es aquella en que el expediente se recibe cuando la demanda y la contestación a la demanda han sido presentadas, puesto que solo en ese escenario tiene sentido el trámite de dar traslado del expediente a las partes para realizar alegaciones complementarias en el plazo de diez días previsto (art. 447 bis 12.ª II LEC, que incorpora lo dispuesto en el art. 53.2 LJCA). Pero puede haber otras hipótesis para las que esta regla no tiene mucho sentido. En efecto, puede suceder que el tribunal reciba el expediente cuando todavía no se haya consumido el plazo dado al demandante para deducir la demanda o a la parte demandada para contestar a la demanda, en cuyo caso no puede aplicarse aquella regla salvo que se retenga el traslado del expediente hasta que se produzca la contestación a la demanda, para lo que no se cuenta con un respaldo legal claro. Alternativas más canónicas podrían ser, desde la perspectiva del recurrente, la ampliación de la demanda, si la puesta de manifiesto del expediente sucede en tiempo útil para presentarla antes de que haya finalizado el plazo de contestación a la demanda y permite acumular otras acciones o más certeramente completar las pretensiones (art. 401 LEC), y sobre todo el tratamiento del contenido de la documentación recibida tardíamente como hecho nuevo o de nueva noticia, en los que podrá fundarse la formulación de alegaciones complementarias, para lo que el cauce más adecuado es la comunicación oral en el acto de la vista o, en su defecto y mientras no haya empezado a correr el plazo para dictar sentencia, su formulación por medio de un escrito de ampliación de hechos (art. 286 LEC), acompañadas en un caso y otro de las pruebas pertinentes (por ser usualmente de los comprendidos en el art. 265.3 LEC y ser conforme al principio que subyace al art. 436.5 LEC, trasladable a la vista del juicio verbal). Y alternativa sin apoyo legal, pero que puede fundarse en el entendimiento, de sobra justificado, de que el retraso de la OEPM en la entrega del expediente no puede mermar las posibilidades prácticas de defensa del recurrente y que por ello debe entenderse la petición de señalamiento de plazo para demandar hecha por el recurrente y admitida por el tribunal sometida a la condición de que el expediente no llegue antes de que transcurran los veinte días de que dispone para presentar la demanda, de modo que si se produjera su recepción antes de que expire

ese plazo procede que el tribunal deje sin efecto el emplazamiento anterior y efectúe uno nuevo con traslado del expediente.

Hasta cierto punto similar es la situación de traslado incompleto del expediente, que ninguna atención ha merecido en la LEC a pesar de ser objeto de tratamiento en la regulación del proceso contencioso-administrativo (arts. 48.7 y 55 LJCA), presidido por un principio, como es la consideración de que la reclamación del expediente hecha por el tribunal no ha sido cumplida, que puede trasladarse sin dificultad al orden civil, con las consecuencias examinadas más arriba.

7.3. Demanda

a. *Forma y contenido*

La demanda de impugnación deberá ajustarse a los requisitos de forma de la demanda del juicio verbal. La exigencia de que sea sucinta (art. 437.1 LEC) no funda la aplicación del límite a la extensión de los escritos de recurso que rige en algunas Audiencias Provinciales⁴⁵. Para el establecimiento de ese límite no se pudo tener en cuenta que el proceso en el que se ventila la impugnación es en realidad una primera instancia y no concierne únicamente a pretensiones relacionadas con el control de legalidad. En todo caso, la aplicación de ese límite lesionará el derecho a la tutela judicial efectiva del impugnante cuando dificulte la presentación de alegaciones y la construcción de la defensa, como puede suceder con facilidad en casos complejos, del tipo de los que con frecuencia se pueden plantear en la oposición a patentes o certificados de protección complementaria concedidos, de limitación de reivindicaciones, o de caducidad por falta de uso. Y ello, en escenarios en que no cabe descartar que puedan acumularse en la demanda dos o más impugnaciones por basarse en los mismos hechos (art. 348.3 1.ª LEC), como podría suceder si un mismo documento o combinación de documentos del estado de la técnica priva de novedad o actividad inventiva a dos o más patentes (divisionarias) cuya concesión haya sido confirmada en sendos procedimientos administrativos de oposición. Por otra parte, estas mismas razones exigen una lectura flexible, ajustada al objeto del proceso, de la previsión más vaga y de cuño legal de que la demanda sea sucinta.

En la demanda formula la parte actora sus pretensiones. Estas deben guardar la necesaria coherencia con el contenido del escrito de interposición, lo que se concreta, entre otros extremos, en que deben referirse precisamente a la resolución o resoluciones impugnadas en el trámite de interposición del recurso⁴⁶. Y deben asimismo guardarla en lo esencial con las pretensiones formuladas en el recurso de alzada cuya decisión se impugna. Para sustentarlas, como se ha expuesto (*v. supra* [3.3] y [3.5]) podrá el demandante alegar cualquiera de los hechos que conste en el expediente, incluidos los que no hubieran sido alegados en la alzada administrativa ni valorados por la OEPM en su resolución del recurso de alzada si debieron haberlo sido de oficio, así como los argumentos jurídicos y las interpretaciones de los hechos que se estimen pertinentes, que pueden separarse de los que en su día se hicieron valer en el

⁴⁵ Acuerdo 10.º de los Acuerdos de Unificación de Criterios del Orden Civil de la Audiencia Provincial de Madrid (Junta de Magistrados de las Secciones Civiles -generales y mercantil- 19.09.2019) = [C.G.P.J. - Unificación de criterios \(poderjudicial.es\)](https://www.poderjudicial.es/cgpj/unificacion-criterios).

⁴⁶ STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 2625/2010 de 12 de julio de 2012: «En la demanda solo pueden deducirse pretensiones en relación con el acto recurrido, sin que sea posible extenderla a otros actos distintos de los inicialmente delimitados, salvo que se utilice la vía de la acumulación, o la de la ampliación del recurso si antes de formularse la demanda se dicta algún acto que guarde determinada conexión con el que sea objeto de recurso».

expediente y de forma particular en el recurso de alzada. En particular, los remedios o medidas de amparo judicial pedidas con la demanda y contenido de sus pretensiones habrán de ser todos o algunos de los que se mencionan legalmente (art. 447 bis 10.ª LEC), y no otros. Estos remedios están bien definidos legalmente en algunos casos, como sucede con las llamadas «pretensiones de anulación» del art. 31.1 de la LJCA, a saber la declaración de disconformidad a Derecho y la anulación de la resolución impugnada, pero no lo están en los demás casos, esto es, en relación con las llamadas «pretensiones de plena jurisdicción» del art. 31.1 de la LJCA⁴⁷, cuyo contenido solo se ha definido por el fin que deben propiciar (reconocimiento o restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas). Este grupo de remedios, a pesar de ser capitales no son contenido esencial de las pretensiones, en el sentido de que podrán pedirse o no⁴⁸, ahora bien si se piden habrán de interesarse también los anteriores⁴⁹.

Esta configuración tiene pleno sentido en la norma de la que procede, puesto que abarca el entero espectro de la actuación administrativa sometida a escrutinio judicial en vía contencioso-administrativa (art. 31.1 LJCA), por lo que la determinación de los remedios solicitados debe hacerse con empleo de términos y expresiones amplias, más fácilmente ajustables a una pluralidad de situaciones que el legislador no puede anticipar. Menos claro es que esa dificultad de determinación se reproduzca en el caso de la impugnación de las resoluciones finales de la OEPM en materia de propiedad industrial. Aunque no es pequeña la constelación de resoluciones impugnables, los casos de reconocimiento y restablecimiento de situaciones individuales y las medidas precisas para asegurar su efectividad pueden anticiparse y agruparse de antemano. Por una parte, la situación individualizada es en este terreno el derecho a obtener, mantener o recuperar (siempre en términos amplios, que incluyen, por ejemplo, la validación de una patente europea, la limitación de las reivindicaciones de una patente, o la rehabilitación de un título de propiedad industrial) la titularidad, la eficacia o el alcance de un título de propiedad industrial o de un derecho sobre un título de esta clase; pero también es el interés legítimo de un tercero a que otro no obtenga, mantenga o recupere la titularidad, la eficacia o el alcance de un título de propiedad industrial o de un derecho sobre ese título. Por su parte, el reconocimiento de esa situación y con él del derecho cuya tutela judicial se ha conseguido requiere la concesión del registro o la práctica del asiento registral interesado y, donde la impugnación determine la anulación de la resolución que afecta negativamente a intereses legítimos de persona distinta del solicitante o titular a no soportar la concesión, mantenimiento o recuperación del título de propiedad industrial considerado necesita usualmente que se deniegue, revoque, o extinga el título o derecho derivado del acto impugnado.

Tampoco es claro que entre las medidas de restablecimiento que el tribunal puede acordar se halle la compensación de los daños y perjuicios ocasionados por la resolución impugnada. En el

⁴⁷ Sobre el origen definición, naturaleza y relaciones entre «pretensiones de anulación» y «pretensiones de plena jurisdicción» en el ámbito de recurso contencioso-administrativo, por todos: SANTAMARIA 2014: 572-575.

⁴⁸ STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 734/2021 de 25 de mayo: «Respecto del juego entre la pretensión de mera anulación y la de plena jurisdicción, en el proceso contencioso-administrativo es imprescindible la primera, sin embargo la segunda queda a iniciativa de la parte actora conforme al principio dispositivo».

⁴⁹ STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 2625/2010 de 12 de julio de 2012: «[...] salvo los supuestos en que el recurso tenga por objeto la inactividad o la vía de hecho, la pretensión del actor de reconocimiento de una situación jurídica individualizada debe entenderse vinculada necesariamente a la acción de anulación del acto, actividad o disposición que es objeto de impugnación [...] Como decimos, en el orden contencioso-administrativo las pretensiones de plena jurisdicción vienen vinculadas a la acción de anulación, de manera que si decae ésta ya no es procedente el examen de aquélla».

ámbito de la LJCA, es pacífico que la indemnización es una de las medidas adecuadas para el restablecimiento de la situación jurídica individualizada que se vio comprometida por la resolución impugnada (art. 31.1 LJCA)⁵⁰ y que puede hacerse valer en el recurso contencioso-administrativo con ese carácter residual, para el caso de que la anulación de la resolución y las medidas de remoción adoptadas no alcancen el pleno restablecimiento de la situación anterior, aun cuando previamente no se hubiera reclamado en vía administrativa⁵¹. No es, por tanto, un caso ordinario de responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, en el que la pretensión básica es la proclamación del derecho del administrado a ser resarcido, sino una medida de último recurso que satisface por el equivalente la tutela in natura que debería haberse implementado mediante medidas de restablecimiento de derechos e intereses⁵². A favor de que el remedio indemnizatorio quede comprendido entre las pretensiones que pueden formularse en el proceso de impugnación ahora considerado obra la identidad, ya señalada, entre el art. 447 bis 10^a de la LEC y el art. 31.1 de la LJCA. Además, no se alcanza a ver la razón por la que la anulación de un acto administrativo se pueda someter al orden jurisdiccional civil, y no la responsabilidad derivada de ese acto cuando los remedios de restablecimiento o reconocimiento no logran reponer la situación anterior o la situación que debería haberse constituido, lo que desmonta el presupuesto de la unificación de la competencia para conocer de los asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, que no es otro que la naturaleza pública de los principios que gobiernan esta materia (extremo que también podría predicarse de la declaración de disconformidad de la resolución impugnada con el ordenamiento jurídico y la anulación de la decisión de la OEPM) y una consideración de oportunidad (la unificación de la competencia para conocer estos asuntos en la jurisdicción contencioso-administrativa), como se puede ver en la sección II, párrafo octavo, del preámbulo de la LJCA. Desde otra perspectiva, tampoco impide tramitar el proceso de impugnación con arreglo a las normas del juicio verbal que la suma indemnizatoria exceda los seis mil euros, ya que, por un lado, la selección del juicio verbal en este caso (como en otros) se realiza por razón de la materia, y no de la cuantía del proceso (art. 250.3 LEC) y, por otro, esta situación sería consecuencia inmediata de una norma especial de este proceso (art. 447 bis 10.^a LEC).

b. Admisión de la demanda

Presentada la demanda, el LAJ resolverá mediante decreto sobre su admisión, que procederá, una vez comprobada con ocasión de la admisión de la interposición del recurso la competencia del tribunal, la identificación de la resolución impugnada y la presentación en plazo, si no se

⁵⁰ STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 1412/2008 de 16 de marzo de 2012: «En efecto, el art. 31.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 no habilita la articulación procesal de pretensiones indemnizatorias no ligadas a la anulación del acto administrativo impugnado, y planteadas, por ende, de forma independiente de la anulatoria esgrimida con carácter principal en la misma demanda. Al contrario, la pretensión indemnizatoria que ese precepto contempla es la de carácter accesorio, que se anuda a la principal y para el caso de que esta sea estimada. Así se refleja en el artículo 71.1 de la misma Ley, que prevé el reconocimiento y restablecimiento en sentencia de una situación jurídica individualizada justamente cuando la sentencia es estimatoria de la pretensión principal de anulación del acto administrativo impugnado en el proceso». En un caso concerniente a la patente de base de un certificados complementarios de protección: STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso (secc. 2.^a) núm. 217/2015 de 18 de marzo.

⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020: 461-463), SANTAMARÍA (2014: 577).

⁵² Sobre la diferencia entre responsabilidad derivada del defectuoso funcionamiento de la Administración que constituye el objeto principal de una reclamación dirigida contra la Administración y la responsabilidad accesoria por daños derivados de la imposibilidad de establecer o restablecer mediante medidas in natura adecuadas los derechos e intereses legítimos afectados por la resolución invalidada, vide SANTAMARÍA (2014: 574-575).

adverten defectos formales en la demanda (art. 438 LEC en relación con art. 404 LEC). Como prueba la configuración de este trámite en el proceso contencioso-administrativo ya respecto de la interposición del recurso, el escrutinio para la admisión de la demanda seguramente podría haber sido más incisivo, con la ventaja de evitar la tramitación de recursos que, ya en esta fase temprana, se saben de imposible éxito, como son los que se dirigen contra resoluciones que no agotan la vía administrativa o no deciden propiamente en materia de propiedad industrial (aunque aquí, acaso, pudiera apreciarse la falta de competencia), que se promueven por quien antes no fue parte en el procedimiento administrativo y en consecuencia carece de legitimación activa, o que se presentan fuera de plazo (cfr. art. 51.1 LJCA en relación con arts. 403.1 y 404 LEC). El tratamiento de esta materia en las normas que rigen el juicio verbal común no ofrece cabida a este control más incisivo (art. 459 LEC).

c. *Efectos*

Desde un punto de vista material, la admisión de la demanda de impugnación carece de efectos sobre el título o solicitud de título de propiedad industrial de la resolución de la OEPM primeramente impugnada (la resolución de concesión o denegación del registro, la validación, la oposición, la limitación, la nulidad o caducidad administrativas, etc., de modo que la demanda de impugnación de una resolución de concesión del registro de una marca no determina la suspensión del registro concedido). Desde una perspectiva procesal, la admisión de la demanda determina, en los términos en que se formulan en ella y siempre por referencia y de modo congruente con la resolución recurrida, el objeto del proceso de impugnación, sin perjuicio de lo que se diga en la contestación a la demanda, abre paso a las actuaciones previas a la presentación de la contestación a la demanda, también marcadas por alguna especialidad reseñable respecto de la tramitación de un juicio verbal común, y en fin sitúa el proceso de impugnación en un cruce de caminos considerablemente transitado, por el que pueden pasar y pasan procedimientos administrativos, procesos de impugnación de los mismos títulos de propiedad industrial, y procesos en que se hacen valer los derechos concedidos por esos títulos de propiedad industrial. Esta circunstancia suscita cuestiones de interés.

Este es el caso de la concurrencia del proceso de impugnación dirigido contra la resolución de la OEPM sobre reconocimiento o mantenimiento de títulos de propiedad industrial, por un lado, y por otro lado, del proceso de infracción de esos mismos títulos. Esta situación ha merecido atención específica en materia de marcas, donde se contempla el supuesto de que se haya iniciado un proceso de infracción de una marca cuya nulidad o caducidad se esté ventilando con anterioridad en la llamada vía directa ante la OEPM y más adelante, si se impugna su resolución, ante una Audiencia Provincial en el orden civil; en particular, esta situación ha sido tratada como lo es en general la prejudicialidad civil: a petición de las partes o de una de ellas, oída la otra, el tribunal podrá acordar la suspensión del proceso de infracción hasta que se dicte resolución o en su caso sentencia firme sobre la nulidad o caducidad de la marca (art. 61 bis.3 LM en relación con art. 43 LEC), sin que la acumulación de autos sea una solución viable a la vista de la diferente clase de proceso por el que se tramitan los litigios conectados en este caso. El silencio legal respecto de otras modalidades de propiedad industrial, siempre administradas por la OEPM, no impide aplicar la misma solución, ya que como queda dicho es justamente la solución prevista en general para la prejudicialidad civil (art. 43 LEC) y su consideración explícita para el caso de nulidad de marcas solo se explica por la mayor dificultad de ese caso, ya que la prejudicialidad no solo se produce entre procesos civiles, sino también entre estos y procedimientos administrativos tramitados por la OEPM y a la inversa (cfr. art. 61 bis LM).

Otro efecto de esta naturaleza es la tutela anticipada de la cosa juzgada negativa por medio de la litispendencia, esto es, la circunstancia de que la impugnación de la resolución de la OEPM involucre a las mismas partes (o sus sucesores) de un proceso de impugnación anterior, concierna al mismo título de propiedad industrial y se funde en la misma causa de pedir. En este caso, el ámbito de aplicación, presupuestos y alcance de la situación de litispendencia son *mutatis mutandis* los que expondré en las líneas dedicadas más abajo al tratamiento de la cosa juzgada (v. *infra* 7.8 b.) y se producirá desde la presentación de la interposición del recurso, si es admitida a trámite la demanda, como se reconoce, en un texto anterior a la incorporación de la impugnación en vía civil de las resoluciones de la OEPM, en relación con los conflictos sobre nulidad y caducidad de marcas y puede extenderse sin dificultad a las demás modalidades de propiedad industrial y causas de la invalidación de la resolución administrativa impugnada (cfr. art. 61 bis.4 LM).

Por su parte, la tutela anticipada de la cosa juzgada positiva se instrumenta por medio del instituto de la prejudicialidad, y de hecho constituye uno de los supuestos comprendidos en el grupo de casos de conexión de causas tratados en el párrafo primero de esta sección.

7.4. Publicidad

Ninguna de las normas de la LEC relativas al proceso de impugnación de una resolución definitiva de la OEPM ha previsto la anotación de la admisión a trámite de la interposición o de la demanda de impugnación en el registro de la modalidad de propiedad industrial de que se trate, entre los administrados por la Oficina, ni en diarios públicos y en particular en el BOPI. Esta es una consecuencia, probablemente no querida, de la traslación solo parcial de las normas del recurso contencioso-administrativo a la LEC. Como es sabido, cuando la impugnación de las resoluciones de la OEPM se articulaba por medio del recurso contencioso-administrativo, el LAJ podía ordenar (y todavía podría si no se hubiere dado el salto al orden civil de la jurisdicción) a la OEPM que difundiera la interposición del recurso mediante su publicación en el BOPI, sea a instancia del recurrente, sea de oficio (art. 47.1 LJCA). Por ello, el silencio que ahora guarda la LEC al respecto, en un precepto que remeda la fase inicial del recurso contencioso-administrativo pero no la reproduce en todos sus aspectos, excluye a la formalización de la impugnación y presentación de la demanda de impugnación del acceso automático al registro correspondiente al título de propiedad industrial de que se trate y de su publicación en el BOPI. Por otra parte, no parece especialmente probable que se pueda construir un caso sólido de tutela cautelar con la sola interposición de la impugnación, antes de que se deduzca una demanda que no existe obligación de formalizar.

Las cosas no mejoran mucho si se atiende al tratamiento de esta cuestión en las leyes reguladoras de las distintas modalidades de propiedad industrial gestionadas por la OEPM. En efecto, el acceso al registro de las demandas en asuntos relativos a títulos de propiedad industrial solo es objeto de una disposición aplicable a todos ellos, como es la que en relación con procesos por infracción incluye, como objeto de medida cautelar, la práctica de las anotaciones registrales que procedan para asegurar la efectividad del fallo que estime la acción (art. 128.1 d) LP en relación con las disposiciones adicionales primera LM y LDI). Por su lado, la anotación de las demandas dirigidas a dejar sin efecto los registros de títulos de propiedad industrial tiene un tratamiento desigual: la LP nada dice al respecto, con la excepción, si se quiere, de la previsión de que el juez o tribunal libre oficio a la OEPM para que la solicitud de limitación de las reivindicaciones de la

patente en el ámbito de un proceso de nulidad sea anotada preventivamente, parece que sin necesidad de que así lo solicite el titular (art. 120.6 LP); la LDI prevé la anotación de las demandas de nulidad y caducidad de diseños industriales, que se practicará por virtud de mandamiento judicial librado a instancia de parte (arts. 69.1 y 72.2 LDI); la LM, en fin, solo prevé en rigor que ingresen en el Registro de Marcas las solicitudes de nulidad y caducidad administrativa y las demandas reconventionales de nulidad o caducidad (art. 69 ter.1 LM y art. 52.3 n) RLM). Así las cosas, queda sin regulación la publicidad de una buena parte de supuestos de impugnación de resoluciones sobre reconocimiento y mantenimiento de títulos de propiedad industrial, como la anotación preventiva de la interposición del recurso o la presentación de la demanda de impugnación contra por ejemplo la resolución de la Oficina por la que desestima la oposición a la concesión de una patente, contra la concesión de una marca, contra la decisión de rehabilitar un diseño industrial caducado, contra la denegación de un certificado complementario de protección o contra la inadmisión del depósito de la traducción de una patente.

Esta es una situación insatisfactoria dado el riesgo en que pone a los terceros de tomar decisiones sin pleno conocimiento de causa. Aún más, es una situación nueva por comparación con lo que hasta el 14 de enero de 2023 resultaba de aplicar la LJCA, sin que ninguna razón avale un cambio que deja como única salida solicitar la anotación preventiva como medida cautelar, lo que tampoco es una solución satisfactoria. Esa vía solo parece viable una vez presentada la demanda, y no simplemente interpuesto el recurso, que solo con la presentación de la demanda, que no asegura la mera interposición del recurso, se produce la situación jurídica cautelable; por otro lado, parece desproporcionada ya que es evidente que, como acabo de exponer, para el legislador no es preciso poner en marcha el expediente de medidas cautelares para que se anoten demandas de efecto y significado próximos a la de impugnación de los acuerdos de la OEPM. A partir de este dato, el silencio legal al que vengo haciendo referencia puede no ser un obstáculo insalvable para la anotación de la demanda de impugnación. Por una parte, la OEPM tiene noticia de la impugnación de su resolución mediante la reclamación del expediente que sigue a la admisión de su interposición y ulteriormente de la admisión de la demanda mediante su traslado y emplazamiento para contestar; por otra parte, la presentación de las demandas de impugnación cabe entre las genéricas «interposiciones de demandas» cuya anotación se prevé sin más especificación en el Registro de Patentes (art. 72.2 k) RLP) o entre las todavía más genéricas «otras menciones» que la OEPM puede anotar en el Registro de Marcas y en el Registro de Diseños Industriales (art. 52.4 RLM y art. 50.2 o) RLDI), lo que, visto el tratamiento que merecen supuestos próximos (como es el caso de las acciones de nulidad) y visto que tanto la interposición como la demanda de impugnación carecen de efectos sustantivos sobre el título concernido, autoriza a los tribunales a ordenar a la OEPM que deje constancia registral de interposición y demanda.

7.5. Contestación a la demanda

a. Actuaciones procesales previas a la presentación de la contestación a la demanda

Admitida la demanda, el LAJ acordará su traslado a la parte demandada y su emplazamiento para contestar la demanda según las reglas del juicio verbal común (art. 438.1 LEC), aunque con alguna especialidad y algún silencio de interés. En efecto, procede que el LAJ emplace a los interesados que se hubieran personado como demandados, con traslado de la demanda (incluida su documentación) y entrega del expediente administrativo o de su copia, para que presenten su contestación dentro del plazo de veinte días (art. 447 bis 6.^a y 13.^a inciso primero LEC), esto es,

dentro de un plazo cuya duración duplica la general de diez días del juicio verbal, pero está lejos de los dos meses que se aplican a las acciones de nulidad o caducidad que se sustancian según los cauces del proceso ordinario. Y procede, asimismo, que el LAJ emplazase a la OEPM para contestar a la demanda. Aquí conviene distinguir dos supuestos, como son el emplazamiento de la OEPM cuando no se haya remitido el expediente previamente (art. 447 bis 7.^a y 13.^a inciso segundo LEC) y cuando se haya remitido con anterioridad.

El emplazamiento a la OEPM para contestar la demanda solo se contempla en el régimen especial aplicable a la tramitación de estas impugnaciones cuando la demanda se hubiera formulado sin haberse remitido antes el expediente y por tanto sin que la OEPM se hubiera personado ya en el proceso (art. 447 bis 7.^a, 12.^a II y 13.^a inciso segundo LEC). Para este caso se indica que el emplazamiento debe apercibir a la OEPM de que su contestación será inadmitida si no se adjunta el expediente, y se advierten dos omisiones: por un lado, no se prevé el traslado de la demanda, pero así deberá hacerse con arreglo a los trámites del juicio verbal común (art. 440.1 I LEC) y en la forma prevista para los emplazamientos de los Organismos autónomos, por lo que el emplazamiento se entenderá directamente con el Abogado del Estado en la sede oficial de la respectiva Abogacía del Estado (art. 11.1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas); por otro lado, el plazo de que la OEPM dispone para contestar la demanda es también de veinte días (art. 447 bis 13.^a LEC).

Este supuesto se puede complicar si la remisión del expediente por la OEPM se produce cuando ha empezado a correr, pero todavía no ha terminado, el plazo para formalizar la demanda. Del modo en que está implícito en lo antes dicho, el emplazamiento de la OEPM no ha merecido ninguna consideración especial en el caso de que haya remitido el expediente y deba por ello tenerse por personada (art. 447 bis 7.^a LEC), por lo que su tratamiento queda sujeto a las reglas del juicio verbal, con la consecuencia de que, admitida la demanda, el LAJ deberá emplazar a la OEPM, entendiéndose al efecto según he dicho con el Abogado del Estado, para contestar la demanda por veinte días con traslado de la propia demanda y su documentación (art. 438.1 I LEC).

b. *Forma y contenido*

Ninguna regla especial gobierna la elaboración, contenido, forma, presentación, admisión y traslado de la contestación a la demanda en relación con las que rigen el juicio verbal común. Al respecto, no obstante, seguramente convenga advertir de dos extremos que quizá puedan tener alguna relevancia en la práctica. Se trata, en primer término, de que la contestación a la demanda debe pronunciarse sobre la pertinencia de celebrar vista (art. 438.4 I LEC), que cabe suponer en los casos en que se hayan propuesto informes periciales como prueba. Y, en segundo término, de que no existe ninguna disposición que expresamente excluya que en este trámite la contestación a la demanda por los interesados personados como demandados contenga una reconvencción, en el bien entendido de que las condiciones exigidas para que sea admisible (art. 438.2 LEC) frustran de hecho esta posibilidad: ni el cauce procesal será normalmente el adecuado si de una demanda reconvenccional de infracción se trata (puesto que solo podría serlo si la demanda reconvenccional únicamente interesa una compensación de daños y perjuicios de valor igual o inferior a seis mil euros), ni la Audiencia Provincial tiene competencia para conocer en primera instancia de ninguna de las acciones que hipotéticamente podrían deducirse por medio de reconvencción (arts. 249.1 4.º y 2, 250.2, 438.2 II LEC).

7.6. Prueba

Con la demanda y contestación a la demanda habrán de acompañarse las pruebas o proponerse aquellas de que el recurrente pretenda valerse en el proceso y que en su caso deban practicarse en la vista. Y ello, sin tasa ni modificación de las fuentes de prueba y sin especialidades sobre la forma y tiempo de aportación, proposición y práctica por comparación con lo previsto al respecto en las reglas que rigen estos extremos en el juicio verbal (art. 443.3 LEC en relación con art. 429 LEC) y en los procesos declarativos comunes (art. 445 LEC en relación con el silencio que al respecto guarda el art. 447 bis LEC).

En particular, la prueba de que puede valerse el demandante en el proceso de impugnación no se limita a la que hubiera aportado previamente en el procedimiento administrativo al que pone fin la resolución de la OEPM recurrida, del modo en que se sigue de la condición de primera instancia que tiene el recurso del que conoce la Audiencia Provincial y de la inexistencia en el procedimiento administrativo de una carga de exhaustividad en la aportación de la prueba que apoye las alegaciones hechas en su curso y especialmente en la fase de recurso de alzada (arg. *ex* arts. 115 y 118 LPAC). Dicho en otras palabras: la demanda a la que deben acompañarse los documentos, dictámenes periciales, certificaciones, etc. en que se apoyen las pretensiones del recurrente (art. 265.1 LEC) es en este caso la que deduce la acción de impugnación, y no el escrito mediante el que se formulan alegaciones en el procedimiento administrativo ni el recurso de alzada, o de reposición, cuya resolución se impugna. Por otra parte, las únicas especialidades que respecto de lo allí dispuesto se conocen son las previstas acerca de su práctica para todo juicio verbal (arts. 440.1 II y III y 443.4 LEC), de donde se sigue que los únicos límites a los que está sometida la admisión de la prueba son su pertinencia y utilidad y su proposición tempestiva.

Asimismo, el recurrente podrá aportar y proponer con su demanda o en la propia vista si hubiere razón que justifique su aportación y proposición tardías cualquier prueba admisible en un juicio declarativo, con arreglo a lo previsto en los Capítulos V y VI del Título I del Libro II de la LEC, incluidos especialmente las pruebas cuyo interés o relevancia solo se ponga de manifiesto a consecuencia de las alegaciones hechas por el demandado en su contestación a la demanda (arts. 265.3 y 338 LEC). Otro tanto vale *mutatis mutandis* para la aportación y proposición de prueba por la parte demandada y su práctica en el juicio verbal. Quiere ello decir, por tanto, que el salto de jurisdicción ha privado al demandante de la general posibilidad de aportar los documentos dirigidos a desvirtuar alegaciones de hechos realizadas en las contestaciones a la demanda que tenía reconocida en el recurso contencioso-administrativo (art. 56.4 LJCA). Y quiere decir, por otra parte y como es evidente, que la OEPM no goza de ninguna clase de privilegio en relación con la prueba de los aspectos técnicos involucrados en la impugnación, de especial importancia por regla general en asuntos de patentes, modelos de utilidad y certificados complementarios de protección, en los que, desde la perspectiva considerada, está en juego su concesión o revocación o la limitación de sus reivindicaciones. En consecuencia, los extremos fácticos y técnicos de la argumentación desenvuelta en la contestación a la demanda de la OEPM deben ser probados en cuanto haya contradicción entre las partes (art. 443.3 I *in fine* LEC), a cuyo efecto debe admitirse, por coherencia sistemática, que los informes técnicos elaborados por la Oficina para apoyar su posición deben admitirse y tratarse como prueba pericial y que su autor podrá ser en todo caso llamado a declarar sobre su contenido (arg. *ex* art. 120.7 LP de aplicación a marcas y diseños industriales por virtud de las disposiciones adicionales primera de sus leyes respectivas).

7.7. Vista y otras actuaciones

Contestada la demanda y en su caso formuladas las alegaciones complementarias que se revelen oportunas a la luz del expediente tardíamente aportado, así como manifestada la posición de la parte demandada sobre la celebración de vista en su contestación y, en los tres días siguientes al traslado de la contestación a la demanda, por la parte demandante acerca de la pertinencia de su celebración, el LAJ deberá citar a las partes a una vista si, al menos, lo solicita una de las partes o si, en ausencia de petición de parte, el tribunal considera oportuna su celebración (art. 438.4 LEC). La preparación, incluida la citación para la vista, y el desarrollo de la vista se amoldarán a las previsiones generales establecidas para el juicio verbal común (arts. 440.1, 442, 443 y 445 LEC).

7.8. Sentencia

El proceso de impugnación de las decisiones definitivas de la OEPM en materia de propiedad industrial finaliza, de forma natural, mediante sentencia firme dictada sobre el fondo del asunto. La sentencia se rige por las disposiciones que ordenan el juicio verbal común. No faltan, sin embargo, extremos cuyo tratamiento se separa del régimen general.

a. *Contenido y parte dispositiva*

El contenido de la sentencia y de modo particular la determinación de los remedios y medidas que, junto con la proclamación de estimación de la demanda y la anulación de la resolución impugnada, el tribunal puede acordar en la parte dispositiva de la sentencia son objeto de un tratamiento especial, establecido de forma indirecta por la regulación de otros aspectos de la impugnación.

A falta de norma que establezca otra cosa (como sucede en el ámbito del recurso contencioso-administrativo: art. 33.2 LJCA), el principio de justicia rogada, de forma coherente con sus implicaciones sobre el ámbito del enjuiciamiento (*v. supra* [3.5]), constriñe la fundamentación fáctica y jurídica de la estimación o desestimación de la demanda (arts. 209 4.ª y 216 LEC). Por su parte, el carácter exhaustivo de la determinación legal de las pretensiones que se pueden formular con la demanda (art. 447 bis 10.ª LEC) se proyecta sobre los remedios y medidas que la sentencia puede acordar y en particular los limita a aquellos que, pedidos por las partes o implícitos en los pedidos por ellas y especialmente por la demandante, sean de la clase prevista legalmente. Siendo esto así, la sentencia estimatoria de la impugnación habrá de declarar, en primer término, que la resolución recurrida es contraria a Derecho, y en ese caso habrá de anularla, aunque no se haya solicitado, puesto que la anulación del acto impugnado está implícita en la solicitud de que se declare que la resolución impugnada contraviene el ordenamiento jurídico, y a la inversa. En segundo término y no propiamente en lugar de la resolución dejada sin efecto (puesto que no existe en este ámbito efecto devolutivo, ni puede la Audiencia Provincial asumir funciones de la Administración), sino como disposición judicial autónoma que encarna la tutela satisfactoria de derechos e intereses legítimos a que se dirige este proceso, bien habrá de reconocer la situación jurídica individualizada en que debe encontrarse el recurrente de resultas de su solicitud de registro y en este sentido podrá acordar la concesión del registro

solicitado⁵³, declarar el derecho del actor a que le sea concedido el registro solicitado⁵⁴ u ordenar a la Oficina que practique ese registro⁵⁵, bien habrá de restaurar la situación jurídica individualizada anterior a la resolución de concesión de un título de propiedad industrial declarada contraria a Derecho y anulada, en cuyo caso podrá acordar y ordenar la cancelación del registro⁵⁶, denegar la concesión⁵⁷, se prevé la procedencia de la denegación⁵⁸ o acordar la improcedencia de su concesión⁵⁹, sin que con frecuencia se explicita en los fallos de este segundo grupo que el registro correspondiente debe cancelarse porque, aunque deseable, esa es en última instancia una consecuencia natural de la denegación del registro⁶⁰ o lo que es lo mismo de la anulación de la resolución que mantuvo su concesión⁶¹, etc.

En este sentido, la sentencia tiene, en unos casos, eficacia constitutiva, como sucede con el reconocimiento de la procedencia de conceder la modalidad de propiedad industrial solicitada y administrativamente denegada por la resolución impugnada, y en otros eficacia declarativa, como sucede con la anulación, basada en causas absolutas o relativas, o de la caducidad de la marca⁶² objeto de la resolución que hubiere desestimado la petición correspondiente, la revocación de la patente que hubiere sido objeto de una oposición desestimada en vía administrativa, etc. Y, por otra parte, la eficacia de esas disposiciones tiene siempre alcance subjetivo (entre partes), si la sentencia que pone fin al proceso de impugnación determina la obtención o el mantenimiento del título de propiedad industrial, y carácter objetivo (frente a todos), en cambio, si el resultado del proceso es el contrario (como por ejemplo sucede si la sentencia confirma la revocación de la patente acordada en el procedimiento administrativo de oposición).

Para lo que no sea bastante el pronunciamiento del fallo por sí solo, será preciso que, en vía de ejecución (voluntaria) de la sentencia, la OEPM adopte las disposiciones prácticas oportunas; me refiero, claro está, a medidas como la práctica de los asientos pertinentes en el registro de la modalidad de propiedad industrial concernida, la publicación de las reseñas correspondientes en el BOPI y la realización de las comunicaciones que sean procedentes a los terceros que ostenten derechos sobre el título de propiedad industrial del caso, aunque en rigor no es imprescindible donde se revele como consecuencia necesaria del fallo.

b. Cosa juzgada

También es objeto de alguna consideración especial la cosa juzgada material de la sentencia que, una vez firme, resuelve en el orden civil la impugnación de las resoluciones dictadas por la OEPM sobre propiedad industrial. Esta sentencia posee el efecto excluyente característico de la cosa juzgada negativa y el efecto vinculante propio de la cosa juzgada positiva (art. 222.1 y 4 LEC).

⁵³ *Ad ex.* STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso (secc. 2.ª) núm. 57/2022 de 4 de febrero.

⁵⁴ *Ad ex.* STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso (secc. 2.ª) núm. 781/2022 de 23 de diciembre.

⁵⁵ *Ad ex.* STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso (secc. 2.ª) núm. 62 /2022 de 8 de febrero.

⁵⁶ *Ad ex.* STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso (secc. 2.ª) núm. 217/2015 de 18 de marzo.

⁵⁷ *Ad ex.* STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso (secc. 2.ª) núm. 778/2022 de 23 de diciembre.

⁵⁸ *Ad ex.* STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso (secc. 2.ª) núm. 620/2017 de 13 de septiembre.

⁵⁹ *Ad ex.* STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso (secc. 2.ª) núm. 780/2022 de 23 de diciembre.

⁶⁰ *Ad ex.* STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso (secc. 2.ª) núm. 54/2022 de 3 de febrero.

⁶¹ STS, Sala de lo Contencioso, núm. 2195/2016 de 11 de octubre.

⁶² Da cuenta del debate y posiciones clásicas sobre este extremo, FERNÁNDEZ NOVOA (1984: 451).

Pero su alcance debe ser más extenso y sus presupuestos más estrechos, cuando menos en relación con los puntos que se tratan a continuación.

En primer término, el efecto de cosa juzgada material no debe quedar limitado, particularmente en su faceta negativa, a ulteriores procesos que se tramiten ante órganos de la jurisdicción del orden civil, sino que debe extenderse también a los procedimientos administrativos posteriores cuyo objeto último pueda ser idéntico al que lo fue del proceso de impugnación en el orden civil anterior. Esta situación puede producirse en el escenario de la llamada nulidad y caducidad administrativa de marcas y nombres comerciales, esto es, en los casos en que su nulidad y caducidad se promueva mediante la solicitud directa a la OEPM, a la que competen su tramitación y resolución (arts. 51.1 y 52.1 LM). De regular este extremo se encarga el art. 61 de la LM, cuyo apartado tercero establece, en esencia, que la sentencia firme que resuelva, pronunciándose sobre el fondo, la impugnación en el orden civil (aunque la LM sigue refiriéndose a recurso contencioso-administrativo) de una resolución de la OEPM en materia de nulidad de marcas determina que quien hubiera sido parte del proceso de impugnación, como recurrente-demandante o recurrido-demandado, no pueda solicitar directamente ante la OEPM ni promover mediante una demanda reconvenional la nulidad de una marca sobre la base de la misma causa (lo que por cierto deroga la preclusión del art. 400.2 LEC).

Adviértase que esta previsión no se refiere a la caducidad, a pesar de que su régimen de control administrativo y judicial coincide en lo esencial con el de la nulidad. Esta omisión está justificada donde la situación de hecho que en un momento se revela insuficiente para constituir la causa de caducidad invocada puede, sin embargo, mudar con el tiempo. Me refiero, por ejemplo, a que la marca que todavía no se había dejado de usar de forma efectiva, vulgarizado o adquirido carácter engañoso cuando se planteó la solicitud de caducidad por vía directa ante la OEPM puede hallarse más adelante en una de esas situaciones y así verse afectada por una causa de caducidad que no deja de ser la misma que se debatió anteriormente. Pero parece más bien que se trata de un olvido, puesto que, si esta fuera la lógica de la omisión de la caducidad en este contexto (y me parece que debiera serlo), también debería haberse omitido en el precepto (art. 61.1 LM) que atribuye ese efecto negativo a la resolución firme de la OEPM sobre nulidad y aquí sí caducidad de la marca (firme en el sentido de que gana firmeza en el propio procedimiento administrativo por no haberse recurrido en vía administrativa por medio de un recurso de alzada o en el orden civil, pues si fuera recurrida se aplica el art. 61.3 LM).

En segundo lugar, y al hilo de lo que queda dicho para la caducidad, la identidad de la causa de nulidad exigida para que la sentencia firme que ponga fin a la vía de recurso en el orden civil tenga el efecto de cosa juzgada material negativa debe ser interpretada prudentemente. Por una parte, a ese presupuesto solo parece que tenga sentido reconocerle su máxima amplitud, a saber: aquella que comprende no solo la causa alegada como categoría (por ejemplo, la falta de carácter distintivo), sino también cualesquiera circunstancias de hecho en que pudiera haberse fundado la causa-categoría invocada y concurrieran ya en el momento de formulación del recurso contra la resolución de la OEPM sobre nulidad que sea impugnada en el orden civil (lo que en los casos de nulidad de la marca y nombres comerciales sucede por regla general, pues su enjuiciamiento en principio se hace a la vista de la situación de hecho existente en la fecha de solicitud de la marca o nombre comercial o de su prioridad, con la excepción del caso del art. 51.3 LM), en los casos de nulidad relativa y más en particular en los que la petición directa o la reconvenición de nulidad se base en la preexistencia de un derecho anterior con el que es incompatible aquel otro cuya declaración de nulidad se pretende posteriormente (cfr. art. 52.4 LM). En otro caso, parece

más ajustado a las exigencias sistemáticas y finalistas a que responde su consideración como causas de nulidad absoluta exigir que la identidad de la causa que opera como presupuesto de la cosa juzgada material tenga carácter estricto y en consecuencia entenderse producida la cosa juzgada solo cuando la causa invocada en el proceso de impugnación es de la misma categoría y además se funda en los mismos hecho o razones fácticas. O lo que desde la perspectiva inversa es lo mismo: no se ha de entender producida si la categoría de causa de nulidad invocada es la misma (por ejemplo, la contrariedad del signo con la ley o el carácter descriptivo del signo) pero no la circunstancia de hecho en que consiste (por ejemplo, la ley a la que se dijo que era contrario el signo cuyo registro se pretendió anular, e incluso el precepto de la ley que se dijo infringido, o la razón en que se funda su carácter descriptivo).

Esta faceta negativa del efecto de cosa juzgada material no se produce en los asuntos de patentes, modelos de utilidad y diseños industriales. Y ello, en primer término, porque la declaración de nulidad de estos títulos de propiedad industrial solo compete, en todas sus fases e instancias, a órganos jurisdiccionales del orden civil, y no solo a la OEPM en vía administrativa; en segundo término, porque la incorporación al orden civil de la impugnación de las resoluciones definitivas de la OEPM sobre oposición a la concesión de patentes, modelos de utilidad y diseños industriales deja sin supuesto base la extensión del efecto de cosa juzgada negativa de las sentencias de los tribunales del orden contencioso-administrativo a los asuntos de nulidad, únicamente tramitados y decididos por órganos del orden jurisdiccional civil (art. 103.5 LP y art. 70 LDI), pues ese efecto resulta del propio régimen común (art. 222 LEC), en el bien entendido de que en este contexto la exigencia de identidad de causa, a la vista del carácter público de la acción de nulidad, debiera limitarse a la alegada y no comprender la alegable pero no alegada⁶³; en tercer término, porque el control administrativo de la concesión de patentes, modelos de utilidad y diseños industriales se encauza por la vía de oposición, cuya resolución por la OEPM es impugnabile en el orden civil con arreglo a lo expuesto en este trabajo, lo que en teoría podría propiciar que en este contexto se produjera una situación similar a la que se produce en relación con la petición de nulidad de marca dirigida a la OEPM, pero en la práctica parece muy improbable que se produzca en condiciones normales, puesto que el tiempo de tramitación del proceso de impugnación en el orden civil excederá del plazo para interponer la oposición a la concesión en vía administrativa, de modo que cuando la sentencia de impugnación en el orden civil devenga firme el plazo para oponerse a la concesión de estos títulos habrá expirado.

c. *Publicidad*

La publicación de la sentencia que finalice el proceso de impugnación de las resoluciones definitivas de la OEPM no ha tenido una consideración particular, a pesar de que no faltan normas que de forma expresa disponen que sentencias no muy alejadas de las que deciden la impugnación sean inscritas en el registro correspondiente (cfr. art. 61.1 ter LM, arts. 69.2 y 72.2 LDI). Ahora bien, el silencio en este contexto es poco perturbador y, en una lectura quizás algo ingenua, bien podría considerarse fruto de la austeridad del legislador, que solo regula lo que

⁶³ Según expuse en MASSAGUER (2020: 306-308). Comparte la necesidad de relajar la apreciación de este presupuesto, pero no se desliga de la exigencia de justificación del desconocimiento de los nuevos hechos o de la imposibilidad de obtener los medios de los que se desprende, AAP Barcelona, secc. 15.ª, núm. 78/2021 de 28 de abril.

necesita ser regulado. Y ello, porque los efectos registrales de la sentencia que estime la impugnación, bien forman parte de las medidas precisas para asegurar el pleno restablecimiento de la situación jurídica afectada por la resolución anulada que pueden solicitarse con la demanda y en su caso deben acordarse en el fallo que la estime (art. 447 bis 10.ª *in fine* LEC), bien forman parte de los efectos inherentes a la declaración de ineficacia de la resolución de la OEPM, que pueden especificarse en el fallo aun sin necesidad de que se hayan pedido en el suplico de la demanda y que incluso si el fallo guarda silencio pueden considerarse actuaciones debidas por la OEPM en el marco de la ejecución ordinaria de la sentencia, bien son actuaciones de depuración de los asientos que han perdido sus presupuestos y deben igualmente considerarse parte de la ejecución de la sentencia, como son precisamente las anotaciones que se hubieren practicado para dar cuenta registral de la pendencia del proceso de impugnación.

d. *Vías de recurso*

Las sentencias de las Audiencias Provinciales que en el orden civil resuelven la impugnación de resoluciones dictadas por la OEPM en materia de propiedad industrial pueden ser objeto, por una parte, de recurso extraordinario por infracción procesal, cuya sustanciación se atribuye, como Salas de lo Civil, a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ (art. 468 de la LEC), que con la conocida falsa interinidad se sustancian por el TS (disposición final 16.ª LEC), así como también pueden ser objeto de recurso de casación ante la Sala Primera del TS (art. 477.4 LEC).

No existe ninguna regla específica de admisibilidad del recurso de casación y es claro que se trata de una sentencia que no ha sido dictada por las Audiencias Provinciales en segunda instancia (art. 477.2 LEC). De ahí se puede deducir, por una parte, que las sentencias que se dicten en estos procesos de impugnación acceden a casación por razón de la materia, aun cuando no se hallen en uno de los casos previstos legalmente hasta ahora. Por otra parte, esta misma circunstancia franquea el acceso al recurso extraordinario por infracción procesal y en particular determina por sí que se cumpla el criterio de que, mientras se mantenga la situación transitoria en que se encuentra esta materia, solo son recurribles por infracción procesal las sentencias susceptibles de acceder a la casación⁶⁴. Este resultado, con todo, no deja de cuestionable, no tanto por el hecho de que introduzca una vía de acceso a la casación por razón de la materia, que ya se conoce en otros asuntos, sino por el tratamiento desigual de asuntos idénticos: por ejemplo, la nulidad reconvenional de una marca solo llegará a casación si el asunto tiene interés casacional, pero exactamente la misma nulidad llegará en todos los casos a casación si se plantea por la llamada vía directa o administrativa, cuya impugnación se plantea y sustancia con arreglo al proceso que aquí se considera.

7.9. Otras formas de terminación

Causas de terminación anticipada del proceso de impugnación son las que se prevén con carácter general. Entre ellas presentan interés la litispendencia, de la que ya se ha tratado antes (*v. supra* [7.3 c.]); las transacciones que incluyan la renuncia o el desistimiento de la impugnación (que si

⁶⁴ *Vid.* Apto. III de los Criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, adoptados por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Junta General de 12 de diciembre de 2000.

conciernen al recurrente no plantean ningún problema por razón de la eventual indisponibilidad de la materia, pues no se traslada a la disposición de la acción); el allanamiento (que en cuanto concierne a la OEPM cabe en principio descartar, aunque debe reconocerse la posibilidad de un cambio de criterio que resultará admisible si es autorizado por la Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado previo informe de la OEPM [art. 7.1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas]); la carencia sobrevenida del objeto del recurso (por ejemplo, por renuncia a la solicitud cuya denegación fue confirmada en la alzada administrativa por la resolución contra la que se dirige el proceso en el orden civil o a la marca que fue declarada nula en vía administrativa).

A estas causas de terminación anticipada comunes se suma alguna otra propia de este proceso, como es la falta de presentación de la demanda en plazo por quien con anterioridad presentó el oportuno escrito de interposición (art. 447 bis 11.ª LEC) o la conclusión de un convenio arbitral, allí donde la controversia sea arbitrable, tras haberse iniciado el proceso de impugnación en el orden civil.

8. Arbitraje

Cierra el régimen de la impugnación de las resoluciones de la OEPM que ponen fin a la vía administrativa en asuntos de propiedad industrial el reconocimiento parcial de su arbitrabilidad⁶⁵. Es cierto que no existe disposición que en rigor la admita de forma expresa. Pero a mi juicio ese reconocimiento se desprende de la admisión de la arbitrabilidad de algunas cuestiones de fondo que se dirimen en los procedimientos administrativos cuyas resoluciones constituyen el objeto de la impugnación, constreñida por ello a las mismas modalidades de propiedad industrial y cuestiones para las que se admite el arbitraje como alternativa a la resolución administrativa.

En efecto, el sometimiento a arbitraje de las controversias suscitadas sobre las resoluciones definitivas de la OEPM en esta materia solo es admisible en relación con marcas, nombres comerciales y diseños industriales. Y ello, no porque esta vía de resolución de disputas sea conforme a la naturaleza, estructura o función, a la esencia de estas modalidades, sino porque solo en relación con ellas se plantean conflictos de carácter privado o fundamentalmente privado o, desde la perspectiva inversa, solo en relación con ellas el sentido de los laudos no comprometer intereses generales, lo que sitúa el fondo del asunto en el ámbito de lo disponible de las partes y por ello de lo arbitrable. De hecho este es el tratamiento positivo que recibe esta cuestión.

Por una parte, se reconoce la validez de someter a arbitraje los conflictos registrales en materia de marcas y en particular los conflictos relacionados con el acceso o permanencia en el Registro de Marcas de signos de esta clase a los que se reproche estar afectados por prohibiciones de registro relativas y en particular por causas de denegación de la inscripción y de nulidad fundadas en la preexistencia de marcas y nombres comerciales con los que no presente doble identidad, de marcas y nombres comerciales que gocen de renombre y de derechos de la personalidad y de

⁶⁵ Sobre la arbitrabilidad de los conflictos en materia de propiedad industrial, incluidos los que presentan aspectos jurídico-administrativos, MASSAGUER (2020: 247-251), y específicamente sobre los últimos aspectos PÉREZ GONZÁLEZ (2003: 446-450).

propiedad intelectual del art. 9 de la LM (art. 28.1 y 2 LM), que en particular se pueden presentar tanto en relación con recursos planteados por el solicitante de resultados de la denegación de su solicitud como en relación con recursos en asuntos de nulidad administrativa, tanto si se declara como si no. En este mismo sentido, se advertirá el silencio legal sobre la arbitrabilidad de las controversias sobre la caducidad de las marcas, lo que encuentra explicación en que en todos los casos comprometen intereses generales, seguramente con la excepción de la caducidad por falta de uso de la marca, en cuyo caso solo el interés del instante de la caducidad determina que esta cuestión sea enjuiciada y de lo que se resuelva mediante laudo ningún efecto perjudicial depara a los terceros, por lo que nada debe impedir someter a arbitraje la impugnación de la decisión de la OEPM en un asunto de esta clase.

Por otra parte, la validez del sometimiento a arbitraje de los conflictos registrales del tipo de los indicados para marcas también se reconoce en relación con los diseños industriales cuando se planteen en el ámbito de la oposición a su concesión, esto es, de la impugnación de la resolución de la OEPM que decide la alzada contra la confirmación del registro o su revocación siempre que la cuestión debatida sea si el objeto de un derecho anterior de tercero priva o no de novedad o singularidad al diseño que se trata de proteger y en particular si lo hace un diseño, una marca o una obra protegida por medio de derecho de autor que se hayan hecho accesibles con anterioridad a la solicitud del caso o a su fecha de prioridad (art. 42.1 LDI). En cambio, precisamente por la ineludible afectación de intereses generales que resulta en última instancia de su vigencia y por la irrelevancia que tiene la preexistencia de derechos de terceros como requisito de patentabilidad no se puede trasladar ni adaptar a las patentes la ventana de arbitrabilidad que se reconoce en materia de marcas y diseños industriales.

En los casos en que se reconoce la arbitrabilidad de las resoluciones de la OEPM impugnables en vía civil, el convenio arbitral está sujeto a las condiciones previstas para el convenio arbitral sobre las controversias producidas en vía administrativa (art. 28.3 LM y art. 42.1 y 2 LDI) y asimismo deberá ser notificado a la OEPM para practicar la anotación correspondiente en el expediente, si la solicitud de marca no se concedió, o en el Registro de Marcas en otro caso (art. 28.4 LM y art. 42.3 LDI).

Como sucede con carácter general, el convenio arbitral veda a las partes acudir a los órganos jurisdiccionales para solventar la disputa y a estos conocer del asunto correspondiente siempre que y solo si, una vez promovido el recurso en el orden civil, su competencia sea cuestionada por medio de declinatoria, que en este contexto se desempeña como instrumento para imponer la observancia de lo pactado acerca del sistema de resolución de disputas (art. 11 LA en relación con art. 63.1 I LEC)⁶⁶. En este caso, la declinatoria ha de plantearse por el trámite ordinario (art. 64.1 LEC), no sin alguna especialidad, como es singularmente el caso del día en que comienza el cómputo para su presentación que a mi juicio y adaptado al caso lo previsto respecto de la sumisión tácita del demandado (art. 56 2.º LEC) debe ser el día siguiente a la notificación del emplazamiento de los interesados para que se personen como demandados (*v. supra* [7.2 b.]), y no al traslado de la demanda con emplazamiento para su contestación.

Pactado el convenio arbitral tras el inicio del proceso de impugnación en el orden civil, se tendrá al recurrente por desistido de su recurso (art. 28.5 LM y art. 42.4 LDI).

⁶⁶ *Vid.* SCHUMAN (2022: 164-168).

9. Bibliografía

ÁVILA, Alfredo, «Extensión de la excepción de cosa juzgada», en BERCOVITZ, Alberto (dir.), *Comentarios a la Ley de Marcas, Aranzadi, Cizur Menor, 2003*, pp. 841 ss.

BAYLOS, Hermenegildo, *Tratado de Derecho industrial*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1978.

CANTOS, Marta, «La reforma de la LOPJ en materia de los Juzgados de lo Mercantil: consecuencias en el ámbito de la Propiedad Industrial y el Derecho de la Competencia», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 97, 2022, pp. 45 ss.

CHIEN, C. V., «Patent Amicus Briefs: What the Courts' Friends Can Teach Us About the Patent», *IC Irvine Law review*, vol. 1, núm. 2, 2011, pp. 395 ss.

CORBAL SAN ADRIÁN, Mercedes, «Recientes modificaciones sustanciales en el sistema marcario español», *Atribución_competencia_OEPM-1.pdf* (ga-p.com), 2023, pp. 1 ss.

FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, *Fundamentos de Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1984.

GARCÍA CRUCES, José Antonio/CURTO, Mercedes, «La nulidad de la patente», en BERCOVITZ, Alberto (dir.), *La nueva Ley de Patentes*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 435 ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo.*, T. II, 16.ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022.

GARCÍA, José Manuel, «La incidencia registral de la impugnación en juicio verbal del art. 328 de la Ley Hipotecaria», en VALLS, José Francisco/PARDO, Celestino, *Recursos contra las resoluciones por las que se suspende o deniega la inscripción de derechos en los registros*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 155 ss.

GÓMEZ GÁLLIGO, Javier, «Recursos contra la calificación registral», en DEL REY, Sebastián/ESPEJO, Manuel (dirs.), *Tratado de Derecho registral inmobiliario*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1541 ss.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, «Artículo 13. Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados», CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.), 2.ª ed., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor, Aranzadi – Thomson Reuters, 2011, pp. 259 y ss.

HERNÁNDEZ GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, Antonio, «Disposición transitoria 4.ª», en PAZ-ARES, Cándido *et al.* (dirs.), *Comentarios del Código civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2202 ss.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo. General y Económico*, 4.ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022.

LOBATO, Manuel, *Comentario a la Ley 17/2001 de Marcas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ SANTOS, Antonio, *Jurisdicción y registros públicos. El proceso para la impugnación de la calificación negativa*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

MASSAGUER, José, *Acciones y procesos de infracción de derechos de propiedad industrial*, 2ª ed., Civitas, 2020.

ORTELLS, Manuel, «Los medios de impugnación: concepto y fundamento», en ORTELLS, Manuel (dir. y coord.), *Derecho Procesal Civil*, 16.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

OTERO, José Manuel, *El diseño industrial según la Ley de 7 de julio de 2003*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

PELLISÉ, David, «Procedimiento de concesión, oposiciones y recursos», en BERCOVITZ, Alberto (dir.), *La nueva Ley de Patentes*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 195 ss.

PÉREZ GONZÁLEZ, Amelia, «Artículo 27. Revisión de actos en vía administrativa» y «Artículo 28. Arbitraje», en BERCOVITZ, Alberto (dir.), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 431 ss., y págs. 445 y ss., respectivamente.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *1.700 dudas sobre la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014.

SCHUMANN, Guillermo, *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2022.

TESO GAMELLA, María del Pilar, «Artículo 31», en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo (coord.), *Comentarios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 187 ss.

10. Tabla de sentencias citadas

Sala y Fecha	Fuente	Magistrado Ponente	Partes
STC 158/2005 de 20 de junio	BOE-T-2005-12519	Pablo Pérez Tremps	PLAZAS DE PERSONAL LABORAL FIJO DE NUEVO INGRESO EN EL IMSERSO
STC 76/2013 de 8 de abril	BOE-A-2013-4896	Andrés Ollero Tassara	REVISIÓN DEL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANA DE VIDERE
STS, Sala Primera, núm. 241/1980 de 3 de octubre	ECLI:ES:TS:1980:161	José María Gómez de la Bárcena	PERSONAS
STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 7661/2000 de 1 de febrero de 2005	ECLI:ES:TS:2005:485	Emilio Frías Ponce	PONENCIA DE VALORES DEL MUNICIPIO DE CARTAGENA
STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 1412/2008 de 16 de marzo de 2012	ECLI:ES:TS:2012:4984	Mariano de Oro-Pulido y López	PLAN TERRITORIAL ESPECIAL DE ORDENACIÓN TURÍSTICA DE TENERIFE
STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 2625/2010 de 12 de julio de 2012	ECLI:ES:TS:2012:4984	Eduardo Calvo Rojas	ESTUDIO DE DETALLE

STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 2809/2012 de 27 de mayo de 2013	ECLI:ES:TS:2013:2714	Pedro José Yagüe Gil	CENTRO COMERCIAL.ES
STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 3875/2012 de 12 de diciembre de 2014	ECLI:ES:TS:2014:5793	José Juan Suay Rincón	AYUNTAMIENTO DE MADRID C. COMUNIDAD DE MADRID
STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 3635/2013 de 13 de julio de 2015	ECLI:ES:TS:2015:3315	Cesar Tolosa Tribiño	POUM DE SANTA CRISTINA D'AROGIRONA
STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 2268/2015 de 16 de febrero de 2016	ECLI:ES:TS:2016:520	María Isabel Perelló Doménech	QUINIELISTA.ES!
STS, Sala de lo Contencioso, núm. 2195/2016 de 11 de octubre	ECLI:ES:TS:2016:4474	María Isabel Perelló Doménech	CUADERNOS
STS, Sala de lo Contencioso, núm. 158/2018 de 5 de febrero	ECLI:ES:TS:2018:253	Eduardo Espin Templado	GP MANUFACTURAS DE ACERO, S.A. C. MINISTERIO DE FOMENTO
STS, Sala de lo Contencioso, núm. 1606/2019 de 20 de noviembre	ECLI:ES:TS:2019:3766	Octavio Juan Herrero Pina	FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE LA RECUPERACIÓN Y EL RECICLAJE C. AYUNTAMIENTO DE SEVILLA
STS, Sala de lo Contencioso, núm. 1726/2020 de 14 de diciembre	ECLI:ES:TS:2020:4356	María Isabel Perelló Doménech	PRINCIPADO DE ASTURIAS C. INSTITUTO PARA LA REESTRUCTURACIÓN DE LA MINERÍA DEL CARBÓN Y DESARROLLO ALTERNATIVO DE LAS COMARCAS MINERAS
STS, Sala de lo Contencioso, núm. 672/2021 de 12 de mayo	ECLI:ES:TS:2021:1787	Pablo Maria Lucas Murillo De La Cueva	DON ALEXANDER C. JUNTA ELECTORAL CENTRAL
STS, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 734/2021 de 25 de mayo	ECLI:ES:TS: 2021:2153	José Luis Requero Ibáñez	PROLONGACIÓN DE SERVICIO ACTIVO
STS, Sala de lo Contencioso, núm. 1037/2022, de 19 de julio	ECLI:ES:TS:2022:3030	César Tolosa Tribiño	GAR-GON 99, S.L. C. JURADO PROVINCIAL DE EXPROPIACIÓN DE ALICANTE

STS, Sala de lo Contencioso, núm. 1504/2022, de 16 de noviembre	ECLI:ES:TS:2022:4338	Inés Huerta Garicano	DÑA. ÁNGELA Y D. JACINTO C. MINISTERIO DEL INTERIOR
STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (secc. 2.ª) núm. 217/2015 de 18 de marzo	ECLI:ES:TSJM:2015:4643	José Daniel Sanz Heredero	ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS C. OEPM
STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (secc. 2.ª) núm. 620/2017 de 13 de septiembre	ECLI:ES:TSJM:2017:1025 2	Natalia de la Iglesia Vicente	ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS C. OEPM
STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso (secc. 2.ª) núm. 408/2019 de 29 de mayo	ECLI:ES:TSJM:2019:3885	Maria Soledad Gamo Serrano	CAVE
STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (secc. 2.ª) núm. 54/2022 de 3 de febrero	ECLI:ES:TSJM:2022:1393	María de la Soledad Gamo Serrano	DEUSTO ONLINE
STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (secc. 2.ª) núm. 57/2022 de 4 de febrero	ECLI:ES:TSJM:2022:1157	Álvaro Domínguez Calvo	SCHWEIZER KAPITAL
STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (secc. 2.ª) núm. 62/2022 de 8 de febrero	ECLI:ES:TSJM:2022:1757	Juan Francisco López de Hontanar Sánchez	PLATOS TRADICIONALES
STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (secc. 2.ª) núm. 750/2022 de 22 de diciembre	ECLI:ES:TSJM:2022:1566 2	Juan Francisco López de Hontanar Sánchez	SNACK IN
STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (secc. 2.ª) núm. 778/2022 de 23 de diciembre	ECLI:ES:TSJM:2022:1566 6	José Daniel Sanz Heredero	ACS ADVOCATS
STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (secc. 2.ª) núm. 780/2022 de 23 de diciembre	ECLI:ES:TSJM:2022:1553 8	María de la Soledad Gamo Serrano	LOS SÚPER 9
STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (sec. 2.ª) núm. 781/2022 de 23 de diciembre	ECLI:ES:TSJM:2022:1565 8	María de la Soledad Gamo Serrano	RAGNAR

ATS de 22 de enero de 2019	ECLI:ES:TS:2019:2525A	Antonio Salas Carceller	CUESTIÓN DE COMPETENCIA TERRITORIAL
AAP Barcelona, secc. 15. ^a , núm. 78/2021 de 28 de abril	ECLI:ES:APB:2021:2605A	Jose Maria Ribelles Arellano	TWO-WAY MEDIA LTD c. TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U

Luis María Miranda Serrano
Universidad de Córdoba

-

Sumario

-

La Directiva (UE) 2019/2161 regula por vez primera en la Unión Europea las reseñas de consumidores y usuarios, con referencia a toda expresión sobre un bien o servicio dirigida al público, ya se trate de las más elaboradas críticas positivas o negativas, de los escuetos «me gusta» o «recomienda» o de las valoraciones a través de puntuaciones, estrellas u otros indicadores. Dicha regulación se ha incorporado al ordenamiento español a través del Real Decreto-Ley 24/2021, que con tal fin ha modificado la Ley de Competencia Desleal y el Texto Refundido de Consumidores. Este trabajo analiza las principales medidas que conforman esta nueva disciplina legal: 1) una obligación de información a cargo de los empresarios que facilitan el acceso de la clientela a reseñas y valoraciones, cuya infracción se considera una omisión engañosa, y 2) la tipificación de dos prácticas sobre reseñas reputadas per se desleales. Además, se estudian algunas cuestiones relativas a reseñas no reguladas por la referida Directiva, como las llamadas cláusulas mordaza o de no descrédito. Lo anterior se completa con una valoración de esta intervención legislativa y con la formulación de unas consideraciones finales sobre la materia.

Abstract

-

Directive (EU) 2019/2161 regulates for the first time at European Union the consumer and user reviews, with reference any expression about a good or service addressed to the public, whether they are the more elaborate positive or negative ratings, the simple "likes" or "recommends" or the ratings in the form of points, stars or other indicators. This regulation has been incorporated into Spanish law through of Royal Decree-Law 24/2021, which has amended the Unfair Competition Act and the Consolidated Text of Consumers. This paper analyses the main measures that make up this new legal discipline: 1) an information obligation on the part of businessmen who provide customers with access to reviews and ratings, the infringement of which is considered a misleading omission, and 2) of the classification of two practices on reviews considered per se unfair. In addition, a study is made of some issues on reviews not regulated by the aforementioned Directive, such as the so-called gag or non-disparagement clauses. The above is completed with an assessment of this legislative intervention and with the formulation of some final considerations on the matter.

Title: *Unfair practices regarding online reviews of goods and services*

-

Palabras clave: reseñas y valoraciones online de consumidores y usuarios, reseñas falsas y engañosas, prácticas desleales con consumidores, Directiva 2019/2161, Ley de Competencia Desleal, cláusulas mordaza o de no descrédito

Keywords: *online reviews and ratings from consumers and users, fake and misleading reviews, unfair business-to-consumer practices, Directive 2019/2161, Unfair Competition Act, gag or non-disparagement clauses*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.04

2.2023

Recepción
01/02/2023

-

Aceptación
12/04/2023

-

Índice

-

1. Consideraciones preliminares, propósito y plan

- 1.1. Las reseñas de bienes y servicios: su influencia en la toma de decisiones de los consumidores y función procompetitiva
- 1.2. Disfunciones o irregularidades del sistema de reseñas de bienes y servicios
- 1.3. Respuesta del regulador frente a las disfunciones o irregularidades descritas: presentación
- 1.4. Propósito perseguido y plan a seguir: análisis de las nuevas normas sobre reseñas introducidas por la Directiva (UE) 2019/2161 (y de alguna cuestión más)

2. El contexto normativo en el que se inserta la nueva regulación de las prácticas desleales sobre reseñas de bienes y servicios

- 2.1. La Ley de Competencia Desleal
- 2.2. El Texto Refundido de Consumidores y Usuarios

3. La normativa reguladora de la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios

- 3.1. Consideraciones introductorias, noción de reseña y de sitio de reseñas y ámbito de aplicación personal o subjetivo de esta normativa
 - a. Noción de reseña y de sitios de reseñas
 - b. Ámbito de aplicación personal o subjetivo de estas disposiciones
- 3.2. La obligación de informar sobre la garantía de autenticidad de las reseñas y la consideración de su incumplimiento como práctica engañosa por omisión
- 3.3. La tipificación de dos prácticas sobre reseñas reputadas *per se* desleales
 - a. La afirmación de que las reseñas proceden de consumidores reales sin tomar medidas razonables y proporcionadas para comprobarlo
 - b. La adición de reseñas falsas o la distorsión de reseñas existentes con el fin de promocionar bienes y servicios

4. Otras cuestiones sobre reseñas de bienes y servicios no abordadas por la Directiva (UE) 2019/2161: las cláusulas mordaza o de no descrédito


- 4.1. Problemática, surgimiento y reacción legislativa frente a las cláusulas mordaza o de no descrédito: el derecho a la libertad de expresión de los consumidores y sus límites
- 4.2. Enjuiciamiento de estas estipulaciones a través del Derecho de obligaciones y contratos
- 4.3. Enjuiciamiento de estas cláusulas mediante el Derecho de la competencia desleal

5. A modo de epílogo: valoración de esta regulación y de su incorporación al ordenamiento español

- 5.1. Juicio global positivo de esta regulación pero crítico con algunos de sus extremos
- 5.2. Incorporación de esta normativa al ordenamiento español: persistencia de la desafortunada fragmentación del Derecho de la competencia desleal

6. Bibliografía

-

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

1. Consideraciones preliminares, propósito y plan*

1.1. Las reseñas de bienes y servicios: su influencia en la toma de decisiones de los consumidores y función procompetitiva

No parece necesario insistir demasiado en la relevancia que revisten las reseñas de bienes y servicios en el tráfico mercantil contemporáneo, especialmente en el desarrollado en el entorno digital o electrónico (*e-commerce*). Así lo confirma la amplísima difusión que en las últimas décadas han experimentado los *sitios de reseñas*, que abarcan los mercados en línea, los motores de búsqueda, las herramientas comparativas, las redes sociales y los espacios web especializados en la valoración de viajes y otras prestaciones empresariales. Además, un considerable número de estudios realizados por consultoras de marketing y grupos de investigación independientes, así como por autoridades oficiales tales como, por ejemplo, la Oficina Federal de Cárteles alemana (el *Bundeskartellamt*), ponen de manifiesto la importante influencia de las reseñas en las decisiones de mercado de los consumidores y usuarios¹.

Efectivamente, la experiencia demuestra que es frecuente consultarlas antes de contratar, con vistas a conocer qué opiniones merecen a otras personas los bienes y servicios ofertados. Una práctica que se ha intensificado notablemente tras la pandemia del Covid-19, cuya irrupción obligó a un relevante número de consumidores a realizar buena parte de sus compras a través de Internet, para lo cual se apoyaron en las reseñas de bienes y servicios disponibles en la red². De modo que en no pocos casos la decisión negocial que finalmente se adopta está influenciada por ellas. Esto explica la existencia de una *communis opinio* favorable a entender que las reseñas inciden en los comportamientos económicos de los clientes, incitándoles a contratar cuando son positivas, o a no hacerlo si poseen carácter negativo³.

* Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba. Correo de contacto: lmiranda@uco.es. Este trabajo se inserta en los siguientes Proyectos de investigación: 1) Proyecto PID2020-117872RB-100, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España (IP: L. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ); 2) Proyecto P20_00002, financiado por la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía (IP: L. MIRANDA SERRANO); y 3) Proyecto 1380525-R, financiado por la Universidad de Córdoba (IP: L. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ).

¹ V. *ad ex.*, el informe del *Bundeskartellamt* sobre medidas (de Derecho de consumo) a adoptar en materia de reseñas, donde se concluye que un porcentaje muy elevado de consumidores se guía por ellas al adoptar sus decisiones de compra, sobre todo cuando se trata de bienes y servicios nuevos ofertados por proveedores poco conocidos (BUNDESKARTELLAMT, *Verbraucherrechtlicher Handlungsbedarf bei Nutzerbewertungen*, Schriftenreihe «Wettbewerb und Verbraucher- schutz in der digitalen Wirtschaft», Bonn, 2020, especialmente, pp. 6 y 7, en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_8.pdf?__blob=publicationFile&v=4; consulta: 3 enero 2023). Esta conclusión es confirmada por otros estudios elaborados por investigadores en relación con sectores económicos concretos; *ad ex.*: YE, Q. *et al.*, «The impact of online user reviews on hotel room sales», *International Journal of Hospitality Management*, 28, 2009, pp. 180 y ss., en <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0278431908000546> (consulta: 2 de febrero 2022); PARK, S. y NICOLAU, J. L. «Asymmetric effects of online consumer reviews», *Annals of Tourism Research*, 2015, 50, pp. 67 y ss., en <https://core.ac.uk/download/pdf/32325955.pdf> (consulta: 2 febrero 2023).

² Entre otros: MCCLUSKEY, M., «Inside the war on fake consumer reviews», en <https://time.com/6192933/fake-reviews-regulation/> (consulta: 9 enero 2023); LATINI, S., «Perché le aziende devono prestare attenzione alle recensioni dei clienti?», en <https://www.ipsoa.it/magazine/perche-aziende-devono-prestare-attenzione-recensioni-clienti> (consulta: 9 enero 2023).

³ En este sentido, *ad ex.*, DUROVIC, M. y KNIPEKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more: the regulation of online reviews», *Law, Innovation and Technology*, vol. 14, n. 1, pp. 138 y ss., disponible en <https://doi.org/10.1080/17579961.2022.2047523> (consulta: 2 febrero 2023); VON HELVERSEN, B. *et al.*, «Influence of consumer reviews on online purchasing decisions in older and younger adults», *Decision Support Systems*, vol. 113, 2018, en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167923618300861> (consulta: 8 enero 2023),

Al mismo tiempo, las reseñas se presentan como un instrumento de marketing fundamental para lo que ha dado en conocerse como el *empoderamiento de los consumidores y usuarios*, al permitir a quienes han participado en el mercado en condición consumidora formular quejas públicas acerca de las experiencias poco satisfactorias que han vivido al adquirir ciertos bienes o contratar determinados servicios⁴. En este sentido, cabe imputarles un papel destacado en el llamado cambio de paradigma del marketing y del comportamiento del consumidor en la era digital⁵. Sobre todo, porque gracias a ellas se hace posible la comunicación boca-boca (*word of mouth*), considerada hoy como una de las mayores influencias en el comportamiento de mercado de los consumidores y usuarios en Internet⁶.

Como es natural, a consecuencia de la referida función de empoderamiento, las reseñas influyen sobre los empresarios y profesionales para que se esmeren en ofrecer al mercado bienes y servicios de calidad. Por ello no es erróneo imputarles una función *procompetitiva*⁷. En otras palabras, podría decirse que mediante el sistema de reseñas y valoraciones de las prestaciones empresariales en manos de los consumidores y usuarios (conocido como *reputational feedback system*) se generan los incentivos necesarios para que los operadores económicos que lo utilizan se esfuercen en obtener la mejor reputación posible⁸. Y es que en la era digital adquiere plena

pp. 1 y ss.; PASRK, D. *et al.*, «The effect of on-line consumer reviews on consumer purchasing intention: the moderating role of involvement», *International Journal of Electronic Commerce*, vol. 11, 2007, pp. 125 y ss., en <https://doi.org/10.2753/IEC1086-4415110405> (consulta: 2 febrero 2023); FLAQUERT RIUTORT, J., «Los retos legales de las *fake reviews* en el ordenamiento jurídico español», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 56, 2021, pp. 1 y ss. (en la versión electrónica de la base de datos de Aranzadi); GONZÁLEZ PONS, E., «Marketing digital, reseñas falsas de consumidores y competencia desleal», en MADRID PARRA y ALVARADO HERRERA (Dirs.), *Derecho digital y nuevas tecnologías*, Ed. Aranzadi, 2022, pp. 541 y ss.; MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal de los sitios de reseñas y de las reseñas en línea de consumidores», *Revista Lex Mercatoria*, vol. 22, 2022, pp. 61 y ss., en <https://revistas.innovacionumh.es/index.php/lexmercatoria> (consulta: 2 febrero 2023); RUBIO GIL, A., JIMÉNEZ BARANDILLA, I. y MERCADO, C., «Reputación corporativa online en la hotelería: el caso Tripadvisor», *Esic Market Economics and Business Journal*, vol. 48, núm. 3, 2017, p. 598, disponible para consulta en la dirección web <https://revistasinvestigacion.esic.edu/esicmarket/index.php/esicm/article/view/227> (consulta: 2 febrero 2023); MELLINAS, J. *et al.*, «El control de irregularidades y Tripadvisor», *Revista Turismo y Desarrollo*, núm. 18, 2015, en https://www.researchgate.net/publication/279973979_El_control_de_las_irregularidades_y_TripAdvisor (consulta: 15 diciembre 2022); WINNER, M., «La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: el Derecho europeo», en <https://almacendederecho.org/la-regulacion-juridica-de-los-contratos-celebrados-a-traves-de-plataformas-el-derecho-europeo> (consulta: 17 de diciembre de 2022); CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales contra los consumidores en el mercado digital. A propósito de las novedades introducidas por la Directiva (UE) 2019/2161», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 327, 2023, pp. 23 y ss.

⁴ A esta función de empoderamiento se refirió la Comisión en su Comunicación sobre Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa: Bruselas, 25 de mayo de 2016 COM(2016) 288 final; también al respecto: SCHLOTTCHAUER, L., *Cambios en el comportamiento del consumidor y el rol de los review-sites*, Universidad de San Andrés, 2014, p. 26, en <https://repositorio.udesa.edu.ar> (consulta: 7 enero 2023); VENTRE, I., «El empoderamiento de los consumidores a través de las redes sociales», en <https://egade.tec.mx/es/egade-ideas/opinion/el-empoderamiento-de-los-consumidores-traves-del-uso-de-las-redes-sociales> (consulta: 7 enero 2023), entre otros.

⁵ *Ad ex.*, entre otros muchos: CEJMER, Z., «The shift of the marketing paradigm and its implications for brand-consumer communication», en GARCÍA MEDINA, I. (Coord.), *Diálogos bilaterales entre investigadores de la Glasgow Caledonian University (Reino Unido) y la Universidad de Alicante (España)*, Colección Mundo Digital, Alicante, 2017, pp. 69 y ss.; TORRES MONTESINOS, M.M. *et al.*, «Cambio de paradigma en el marketing de destinos turísticos», en *CULTUR. Revista de Cultura e Turismo*, núm. 2, junio de 2013, pp. 4 y ss.; GONZÁLEZ, M.B., «Las comunicaciones en el nuevo paradigma de marketing», *Icono 14*, volumen 15 (2), pp. 1 y ss.

⁶ VIERA MURILLO, L.E. y MORENO-GAVILANES, K.A., «Comunicación de boca en boca como factor de influencia interpersonal del consumidor: un análisis de revisión sistemática», *Digital Publisher CEIT*, vol. 5, n. 6, 2002, pp. 47 y ss., en <https://doi.org/10.33386/593dp.2020.6-1.379> (consulta: 2 febrero 2023).

⁷ MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 63.

⁸ SCHLOTTCHAUER, L., *Cambios en el comportamiento del consumidor...*, *cit.*, pp. 24 y 25.

vigencia y actualidad la conocida aseveración plautina según la cual «si puedo preservar la reputación, será suficiente riqueza», al existir un estrecho vínculo entre reputación y eficiencia empresarial⁹. Ahora bien, para que la incidencia que las reseñas ejercen sobre las decisiones de mercado de los consumidores y usuarios pueda ser protegida por el ordenamiento jurídico es necesario que sean fiables. Así acontece cuando no presentan disfunciones o irregularidades, al incumplir las exigencias derivadas del principio de veracidad. De ahí la conveniencia de prestar atención a este asunto.

1.2. Disfunciones o irregularidades del sistema de reseñas de bienes y servicios

Las anomalías de las reseñas online de bienes y servicios se han ido agudizando a medida que la actividad comercial ha ido ganando terreno e importancia en Internet. Al respecto, 2013 se presenta como una fecha de especial interés. En dicho año, el Fiscal General Eric T. Schneiderman dio a conocer en los Estados Unidos, a través de una nota de prensa, que 19 empresas habían alcanzado un acuerdo con un doble contenido: 1º) poner fin a sus prácticas consistentes en publicar reseñas falsas de bienes y servicios en Internet, y 2º) abonar en concepto de sanción económica una cuantía superior a 350000 dólares. Este acuerdo fue resultado de la llamada *Operation Clean Turf*, una investigación de un año de duración que puso de manifiesto cómo un grupo de empresas había inundado Internet con reseñas falsas en sitios web tales como *Yelp*, *Google Local* y *CitySearch*¹⁰. En el curso de la investigación, la Fiscalía General descubrió que muchas de estas empresas utilizaban técnicas para ocultar su identidad, como la creación de perfiles falsos mediante diferentes direcciones de IP, así como el pago de entre 1 y 10 dólares por reseña a personas de lugares tan lejanos como Filipinas, Bangladesh o Europa del Este¹¹. También en 2013 la autoridad australiana encargada de la competencia y el consumo (la *Australian Consumer and Competition Commission*) publicó una Guía para las empresas y plataformas de reseñas online, que contenía recomendaciones basadas en tres principios rectores: 1º) exigir transparencia en cuanto a las relaciones comerciales entre las plataformas de reseñas, las empresas reseñadas y/o los reseñadores; 2º) prohibir la publicación de reseñas falsas; y 3º) advertir de que la eliminación o edición selectiva de reseñas negativas puede provocar engaño en los consumidores¹². Igualmente, 2013 reviste un significado especial para la Unión Europea,

⁹ ZARRO, M., «Online unfair commercial practices: a european overview», *The Italian Law Journal*, vol. 7, núm. 1, 2021, p. 213, en <https://www.theitalianlawjournal.it/zarro/> (consulta: 2 febrero 2023).

¹⁰ OFFICE OF ATTORNEY GENERAL, «A.G. Schneiderman announces agreement with 19 companies to stop writing fake online reviews and pay more than \$350,000 in fines», en <https://ag.ny.gov/press-release/2013/ag-schneiderman-announces-groundbreaking-1025-million-dollar-settlement-profit> (consulta: 30 enero 2023); también al respecto: RUSHE, D., «Fake online reviews crackdown in New York sees 19 companies fined», *The Guardian*, 24 September 2013, en <https://www.theguardian.com/world/2013/sep/23/new-york-fake-online-reviews-yoghurt> y MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Fake reviews on online platforms: perspectives from the US, UK and EU legislations», *SN Soc Sci*, 1, 181, 2021, disponible en <https://link.springer.com/article/10.1007/s43545-021-00193-8>, p 19. Señala el último autor que, aunque el caso *Lifestyle Lift* (al que se refiere en pp. 18 y 19) fue el primer intento de sancionar prácticas de *astroturfing* online en los EE.UU., la investigación *Clean Turf* fue, en rigor, la primera operación a gran escala contra las reseñas falsas en contextos digitales.

¹¹ *Ibidem*; en concreto, las empresas implicadas buscaban colaboradores a través de páginas web de anuncios por palabras. «Hola (...) Necesitamos a alguien que publique una o dos reseñas al día en páginas como *Yelp*, *Google reviews*, *Citysearch* o similares», decían dichos anuncios. Y añadían: «Nosotros proveeremos el texto/reseña. Tienes que ser capaz de publicarlos sin llamar la atención», indicaba uno de estos anuncios (traducción propia).

¹² Más información en HUN, K. M., «Gaming the system: Fake online reviews v. consumer law», *Computer Law & Security Review*, vol. 31, 2015, pp. 10 y 11, disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364914001824> (consulta: 2 febrero 2023). La guía, denominada *Online reviews — a guide for business & review platforms* (de 3 diciembre 2013) está accesible en <https://www.accc.gov.au/publications/online-reviews-a-guide-for-business-review-platforms> (consulta: 2 febrero 2023).

pues fue en dicho año cuando la Comisión se refirió por vez primera a la problemática de las reseñas online de bienes y servicios, como así lo corrobora su «Primer Informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE»¹³. Por último, fue también en 2013 cuando se publicó en Francia la norma NF Z-74-501 para la gestión de reseñas online, que propició la elaboración de la norma ISO 20488:2018 de ámbito internacional¹⁴.

Dentro de las reseñas que presentan disfunciones o irregularidades, hay quienes diferencian las *falsas* de las *engañosas*¹⁵. Desde este punto de vista, se consideran integrantes del segundo grupo (*misleading reviews*) las reseñas *incentivadas*, realizadas por sujetos a los que se les confieren como contrapartida determinadas ventajas o recompensas de carácter patrimonial. Las primeras (*fake reviews*), por su parte, se definen como aquellas que no expresan las opiniones genuinas de los consumidores y usuarios¹⁶, o, si se prefiere, que son generadas sin la existencia de experiencias previas de consumo por parte de quienes las emiten¹⁷. Esta distinción, sin embargo, no me convence. Las reseñas engañosas no pueden limitarse únicamente a las incentivadas. De hecho, cabe hablar de reseñas incentivadas que no merecen el calificativo de engañosas, como serían todas aquellas que, pese a ser emitidas como consecuencia de la concesión de un incentivo (descuento en el precio, recompensa económica, etc.), son publicadas informando debidamente de esta circunstancia a la clientela. En rigor, no existe diferencia alguna entre las nociones de falsedad y engaño desde un punto de vista etimológico. El término falsedad proviene del verbo latín *fallere* que significa precisamente engaño, que no es otra cosa que actuar de manera contraria a la verdad. Se explica así que, en mi opinión, sea procedente hablar de forma indistinta de reseñas falsas y engañosas con referencia a todas aquellas que presentan las disfunciones o irregularidades a las que aquí me referiré. Como ha declarado el regulador de la competencia británico (la *Competition and Markets Authority*: CMA), estas reseñas anómalas pueden revestir dos modalidades, en la medida en que su contenido puede ser tanto negativo (encaminado a desprestigiar profesionalmente al destinatario) como positivo (dirigido a mejorar de modo artificial la posición en el mercado de quien la recibe)¹⁸.

En cuanto a su procedencia, la Comisión Europea ha puesto de manifiesto que las reseñas irregulares pueden provenir de cuatro fuentes distintas: 1ª) los consumidores y usuarios, que las elaboran de forma intencionada, en beneficio propio, o por error, al tener expectativas poco realistas acerca los bienes o servicios reseñados; 2ª) los operadores de servicios como, por ejemplo, hoteles o tiendas, que para contrarrestar las reseñas negativas actúan directamente, mediante información engañosa, o indirectamente, a través de agencias de reputación o asociando las reseñas falsas a incentivos tales como descuentos, vales o regalos; 3ª) los operadores de sitios de reseñas, mediante la eliminación sistemática de reseñas negativas o su sesgada manipulación; y, por último, 4ª) los servicios de reputación electrónica o digital, que

¹³ COM/2013/0139 final, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:52013DC0139>

¹⁴ A ambas normas me refiero *infra*, en el epígrafe 1.3.

¹⁵ VALANT, J., «Online consumer reviews. The case of misleading or fake reviews», p. 1, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/571301/EPRS_BRI\(2015\)571301_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/571301/EPRS_BRI(2015)571301_EN.pdf) (consulta: 30 enero 2023); MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 66.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ SALMINEN, J. *et al.*, «Creating and detecting fake reviews of online products», *Journal of Retailing and Consumer Services*, vol. 64, 2022, p. 2, en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969698921003374> (consulta: 2 febrero 2023).

¹⁸ VALANT, J., «Online consumer reviews...», *cit.*, p. 5; CARILLO, S., *Le recensioni online nell'industria della ristorazione: la creazione di un Dizionario di content analysis e l'applicazione a un caso aziendale*, Università de Pisa, 2017, en <https://etd.adm.unipi.it/t/etd-01302018-114209/> (consulta: 10 enero 2023), p. 24.

colaboran con las empresas ayudándolas a gestionar su reputación en línea¹⁹. De forma más simplificada, pero atendiendo también a sus fuentes de procedencia, se habla de tres tipos de reseñas: 1^a) las provenientes de personas incentivadas que cobran por ello; 2^a) las que derivan de robots que las realizan de forma automática; y 3^a) las efectuadas por personas que a través de ellas comparten sus experiencias reales de consumo. Como es natural, sólo las terceras son fiables por responder al principio de veracidad. Las dos primeras no, al poseer evidentes irregularidades²⁰. En todo caso, de esta clasificación se infiere que una reseña anómala puede ser creada manualmente, mediante un escrito humano, o automáticamente, a través de un robot o programa informático. En este sentido, se ha de tener en cuenta que los importantes avances logrados en la generación de lenguaje natural ofrecen grandes posibilidades para la producción a gran escala de reseñas falsas. De hecho, la tecnología puede haber alcanzado ya plenamente el objetivo de hacer casi imposible que un lector humano detecte si un texto determinado está escrito por una persona real o no. Por otra parte, las plataformas electrónicas se presentan como un canal de distribución privilegiado para la difusión a gran escala de reseñas irregulares²¹.

Sólo si las reseñas no presentan disfunciones, los consumidores y usuarios pueden confiar en ellas y, por tanto, en la integridad del sistema²². Sin embargo, la práctica pone de manifiesto que las cosas no siempre transcurren como deberían y que en no pocas ocasiones el sistema de reseñas se ve aquejado de numerosas irregularidades²³. La experiencia habla por sí misma. En ocasiones, son los propios empresarios o profesionales quienes, aparentando actuar como consumidores o usuarios, emiten reseñas con vistas a menoscabar el crédito y la reputación comercial de otros competidores. En otros supuestos, el engaño proviene de sujetos que, habiendo encontrado una atractiva oportunidad de negocio en este campo, ofrecen —a cambio de un precio— valoraciones positivas a las empresas que se las demandan, que obtienen con ello (artificialmente) una mejor posición en el mercado²⁴. Y tampoco faltan situaciones en las que las anomalías de las reseñas obedecen a que provienen de trabajadores o clientes despechados, o de consumidores y usuarios a los que se les prometen determinadas recompensas, como viajes, cenas o estancias de hotel gratuitas, a cambio de emitir comentarios positivos²⁵.

¹⁹ VALANT, J., «Online consumer reviews...», *cit.*, p. 5.

²⁰ V. esta clasificación en COMUNIDAD DE MADRID, «Reseñas online. Cuidado con las reseñas falsas», disponible en <https://www.comunidad.madrid/servicios/consumo/resenas-online-cuidado-resenas-falsas> (consulta: 3 enero 2023).

²¹ SALMINEN, J. *et al.*, «Creating and detecting fake reviews...», *cit.*, p. 2.

²² En expresión de WINNER, M., «La regulación jurídica...», *cit. supra*.

²³ Sirvan de ejemplo los dos estudios siguientes: 1) El realizado en 2019 en España por la OCU, que analizó casi 6500000 reseñas relativas a 47000 productos comercializados por Amazon en España, Italia y Francia, así como hoteles de TripAdvisor y Booking, llegando a la siguiente conclusión: el 8,38% de los productos tenían una valoración alterada; en cuanto a TripAdvisor, ese porcentaje alcanzaba al 6,20%; y respecto a Booking, al 2,10% (MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 64 y ss.). 2) El efectuado en 2013 en Francia por la DGCCRF, que detectó un 45% de anomalías en las reseñas examinadas (POUILLARD, N., «L'avis consommateur: un atout pour votre réputation et vos ventes?», v. en <https://www.appvizer.fr/magazine/marketing/gestion-feedback/avis-consommateur> (consulta: 2 enero 2023).

²⁴ V. *ad ex.*, el relato de hechos que realiza MAKAROV, A., «Me pagan por hacer reviews falsas: así es el negocio que pone en duda la fiabilidad de las puntuaciones online», en <https://www.xataka.com/especiales/me-pagan-hacer-reviews-falsas-asi-negocio-que-pone-duda-fiabilidad-puntuaciones-online> (consulta: 19 diciembre 2022).

²⁵ *Ad ex.*, MALDONADO MOLINA, J., Las reseñas online de los consumidores: régimen aplicable», disponible en <https://www.hispanicolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/las-resenas-online-de-los-consumidores-regimen-aplicable/> (consulta: 19 diciembre 2022); DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, pp. 131 y ss.; MCCLUSKEY, M., «Inside the war on fake...», *cit. supra*; MORA ASTABURUAGA, A. y PRADO SEOAONE, J. A., «Sistemas de reputación online (Reputational Feedback Systems), opiniones falsas y

De estas malas prácticas en materia de reseñas se hace eco la norma ISO 20488:2018 a la que más adelante me referiré con mayor detenimiento²⁶. En concreto, en ella se identifican las siguientes irregularidades en este ámbito: 1ª) falsas reseñas positivas escritas por los propios empresarios o profesionales con la intención de engañar a los consumidores y usuarios; 2ª) falsas reseñas negativas emitidas por los competidores de un empresario o profesional con la finalidad de alejar a los consumidores de la empresa o el establecimiento del que provienen los bienes o servicios reseñados; 3ª) ofrecimiento por parte de empresas gestoras de reputación en línea de servicios a otras empresas de comercio electrónico para mejorar sus reseñas en la red; 4ª) consumidores que se valen de su condición de críticos públicos para obtener condiciones de contratación más favorables u otro tipo de beneficios por parte de empresarios o profesionales que actúan en Internet; 5ª) falta de confianza sobre la veracidad de las reseñas y dudas acerca de si las empresas seleccionan sólo las mejores reseñas y eliminan las negativas; y, por último, 6ª) empresarios o profesionales que solicitan a consumidores que escriban reseñas positivas o los penalizan por emitir las con contenidos negativos²⁷.

Igualmente se refiere a esta cuestión la Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (en lo sucesivo, Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales o, simplemente, Guía)²⁸. Como en ella se afirma, los comportamientos desleales que tienen lugar en este ámbito obedecen a que los operadores económicos «utilizan diferentes técnicas para aumentar el número de reseñas positivas de sus productos en las plataformas o para reducir o restar importancia al número de reseñas negativas»²⁹. En concreto —añade la Guía—, algunos de estos operadores «organizan la publicación de reseñas positivas falsas mediante, por ejemplo, la participación de empresas especializadas que contratan a consumidores reales a través de redes sociales u otros medios. A continuación, estos consumidores compran los productos de los respectivos comerciantes en plataformas en línea y dejan calificaciones de cinco estrellas a cambio de beneficios específicos». Otros, por su parte, «incentivan a los consumidores para probar sus productos a cambio de publicar sus reseñas (reseñas patrocinadas) sin desvelar el patrocinio»³⁰.

En una dirección muy similar se pronuncia el *Bundeskartellamt* en su informe relativo a la «Necesidad de adoptar medidas a través de la legislación de consumidores en relación con las reseñas de los usuarios» (*Verbraucherrechtlicher Handlungsbedarf bei Nutzerbewertungen*)³¹. Entre otras consideraciones de interés sobre la materia, la autoridad alemana de la competencia pone de manifiesto en este documento cómo algunos empresarios y profesionales intentan aumentar el número de sus reseñas positivas, para lo cual pagan a proveedores que reclutan usuarios para

competencia desleal», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 16, 2018, pp. 160 y ss.; WIPPER, A. y GOFFIN, M., «Fake-Bewertungen vor dem Aus?», en <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/uwg-unlauterer-wettbewerb-novelle-online-shopping-portale-betreiber-transparenz-verbraucherschutz-fake-bewertungen/> (consulta: 7 enero 2023).

²⁶ *Infra*, epígrafe 1.3.

²⁷ El texto de esta norma ISO puede consultarse en <https://www.iso.org/obp/ui/fr/#iso:std:iso:20488:ed-1:v1:fr>, o en <https://cdn.standards.iteh.ai/samples/68193/47ddb2b99c84434f838c7f7eaca1cb4e/ISO-20488-2018.pdf>

²⁸ DOUE, C 526/1, de 29 de diciembre 2021.

²⁹ Apartado 4.2.4. de la Guía.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Cit. supra*.

que las realicen³². Y algo similar hace la autoridad francesa en materia de competencia y consumo (la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*: DGCCRF), que ha detectado un considerable número de prácticas irregulares en este ámbito. Entre otras, cabe mencionar aquí la eliminación (total o parcial) de las reseñas negativas en favor de las positivas. O la publicación inmediata de las reseñas positivas con el subsiguiente aplazamiento de la publicación de las negativas, lo que hace que la mayor parte de las reseñas positivas aparezcan siempre entre las más recientes. Y tampoco han faltado los casos en los que ha quedado claramente demostrado que las reseñas publicadas eran falsas, en no pocas ocasiones por haber sido adquiridas a proveedores especializados en la venta de reseñas³³.

A la vista de las consideraciones precedentes, no sorprende que el negocio de la compraventa de reseñas se haya convertido en un mercado independiente al de los propios bienes y servicios reseñados³⁴. De hecho, quien quiera adquirir reseñas positivas para su negocio sólo tiene que insertar en un buscador la expresión «compra de reseñas». Inmediatamente, el motor de búsqueda ofrecerá como resultados varias empresas que ofrecen sus servicios para diferentes plataformas. Algunas de estas empresas se defienden de las críticas que reciben con el argumento de que sólo se valen de consumidores con experiencias reales de consumo. Sin embargo, las empresas que llevan ya algún tiempo tratando de luchar contra las reseñas falsas en Internet ponen en tela de juicio que ésa sea la manera de actuar de dichos operadores digitales³⁵.

³² BUNDESKARTELLAMT, *Verbraucherrechtlicher Handlungsbedarf...*, cit., p. 7; también al respecto, entre otros: BECKER, C., «Entscheidungshilfe Nutzerbewertung: Lösungsvorschläge zum Schutz vor Fake-Bewertungen», en <https://online.ruw.de/suche/pdf/wrp/wrp-12-2020-i-04d59e957db20b946292e45b448f9138.pdf> (consulta: 3 enero 2023); ZENKE, I., HEYMANN, T. y HOCH, H., «Sektorunter-suchung Nutzerbewertungen des Bundeskartellamtes: das Fauchen des zahnlosen Tigers», disponible en <https://www.bbh-blog.de/alle-themen/wettbewerbs-und-kartellrecht/sectoruntersuchung-nutzerbewertungen-des-bundeskartellamtes-das-fauchen-des-zahnlosen-tigers/> (consulta: 3 enero 2023).

³³ DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES, «Avis en ligne: Attention aux faux commentaires!», en <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/faux-avis-consommateurs-sur-internet> (fecha de consulta: 30 enero 2023).

³⁴ En este sentido, demandando que el control de este mercado quede en manos del Derecho de la competencia: Mark PATTERSON en *Antitrust Summer*: v. DE LA CALLE RESTREPO, J.M., «Entre la libre competencia y la protección del consumidor», en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/entre-la-libre-competencia-y-la-proteccion-al-consumidor (consulta: 16 diciembre 2022).

³⁵ Así, LINDENFELD, D., «Wie sehr kann man online-rezensionen noch trauen?», en <https://www.msn.com/de/finanzen/top-stories/wie-sehr-kann-man-online-rezensionen-noch-trauen/ar-AA12WFO6?ocid=FinanceShimLayer> (consulta: 4 enero 2023). En relación con este asunto, Sherry HE y Brett HOLLENBECK (de la *Anderson School of Management* de la UCLA) y Davide PROSERPIO (de la *Marshall School of Business* de la Universidad del Sur de California) en su estudio «The Market for Fake Reviews», publicado en *INFORMS Marketing Science*, ponen de manifiesto que pudieron corroborar la existencia de grandes y activos mercados *online* de reseñas falsas. Según este estudio, dichos mercados funcionan así: Los vendedores publican en grupos privados online para promocionar sus productos. Seguidamente, pagan a los clientes para que compren determinados productos y dejen reseñas positivas. Su investigación se centró en *Amazon* por tratarse del mercado más grande y desarrollado. Para ello recopilaban datos con la finalidad de constatar qué vendedores de productos compraban reseñas falsas y cuándo lo hacían. Descubrieron que cierta manipulación de las reseñas tenía un efecto causal sobre las ventas. Y que después de que las empresas dejaran de comprar reseñas falsas, la valoración media de sus productos descendía (al tiempo que la proporción de reseñas de una estrella tendía a aumentar). Observaron también que en torno a la mitad de las reseñas falsas fueron finalmente eliminadas, pero que las eliminaciones se efectuaron con un retraso medio de más de 100 días, lo que permitió a los vendedores beneficiarse a corto plazo de dichas reseñas. Además, el informe insiste en que casi ninguno de los vendedores que compraron reseñas falsas lo hicieron para marcas conocidas, lo que es coherente con otras investigaciones que han demostrado que las reseñas *online* son más eficaces para las marcas más pequeñas y poco conocidas: SMITH, A., «Study examines the impact of fake online reviews on sales», en <https://www.eurekaalert.org/news-releases/964346> (consulta: 4 enero 2023); TOTTY, M., «To

1.3. Respuesta del regulador frente a las disfunciones o irregularidades descritas: presentación

Ante situaciones como las referidas, cabe preguntarse si nuestra Ley de Competencia Desleal de 1991 (en adelante, LCD)⁵⁶, ampliamente reformada en 2009⁵⁷ para incorporar las exigencias de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores⁵⁸, cuenta con instrumentos jurídicos adecuados para hacer frente a estas malas prácticas en materia de reseñas. A mi juicio, esta pregunta merece una respuesta indubitadamente afirmativa a la vista de la idoneidad de sus normas reguladoras de los *actos de engaño* para accionar jurídicamente contra este tipo de conductas distorsionadoras del derecho de los consumidores y usuarios a elegir libremente los bienes y servicios que desean contratar. De hecho, la prohibición de dichos actos persigue especialmente la protección de la *libertad de saber* de quienes contratan bienes y servicios en el mercado, es decir, que sepan realmente qué es lo que están contratando en cada caso, lo que puede no acontecer cuando las reseñas consultadas presentan irregularidades como las descritas⁵⁹.

A favor de esta respuesta afirmativa cabe invocar la Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE⁴⁰. De hecho, en este documento la Comisión ponía ya claramente de manifiesto en 2016 cómo determinadas prácticas sobre reseñas merecían considerarse desleales (ex Directiva 2005/29/CE) por su carácter engañoso; a saber: 1ª) la eliminación de reseñas por parte de las plataformas sin informar a la clientela de que sólo presentan una selección; 2ª) el ofrecimiento al autor de la reseña de una contraprestación si no se indica que en ese caso la reseña es incentivada; 3ª) el veto de ciertos empresarios a consumidores o a plataformas para que no publiquen reseñas relativas a sus prestaciones empresariales; 4ª) el hacer creer a la clientela que las reseñas provienen de consumidores y usuarios reales sin garantizar que efectivamente así es; 5ª) la publicación de reseñas falsas por el propio empresario o por terceros a los que contrata con ese fin; y, por último, 6ª) no revelar la relación existente entre el empresario sobre cuyas prestaciones versan las reseñas y el operador digital que actúa como mecanismo de reputación en línea⁴¹.

En el Derecho comparado, esa misma respuesta es confirmada, por ejemplo, por la experiencia alemana. En ella, los problemas derivados de las reseñas falsas se han venido resolviendo

spot fake online reviews, target the reviewers», en <https://anderson-review.ucla.edu/to-spot-fake-online-reviews-target-the-reviewers/> (consulta: 4 enero 2023).

⁵⁶ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: BOE núm. 10, de 11 enero 1991.

⁵⁷ 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 diciembre 2009.

⁵⁸ 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, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo: DOUE de 11 de junio de 2005, L 149/22.

⁵⁹ Conformes, *ad ex.*, entre nosotros, GONZÁLEZ PONS, E., «Marketing digital...», *cit.*, pp. 549 y 550, y, a propósito de la Directiva 2005/29/CE y el Derecho italiano, respectivamente: NARCISO, M., «The regulation of online reviews in European Consumer Law», *European Review of Private Law*, vol. 27, 3, 2019, pp. 557 y ss., disponible en <https://doi.org/10.54648/erpl2019028> (consulta: 2 febrero 2023) y BLASCO, B., «Unfair commercial practices, spam, and fake online reviews, The italian perspective and comparatives profiles», *Comparative Law Review*, 24, 2018, pp. 148 y ss. disponible en <https://apcz.umk.pl/CLR/article/view/CLR.2018.004> (consulta: 3 febrero 2023).

⁴⁰ COM(2016) 320 final, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52016SC0163>

⁴¹ Apartado 5.2.8 de la Guía, cuya rúbrica es «Herramientas de valoración de los usuarios».

directamente a través del § 5a de la Ley contra la competencia desleal (*Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb: UWG*), relativo al engaño por omisión (*Irreführung durch Unterlassen*). En concreto, los tribunales germanos han considerado que existe una práctica engañosa por omisión cuando los empresarios no indican de modo expreso la presencia en sus sitios de reseñas de valoraciones incentivadas⁴², o llevan a cabo procesos de filtración dirigidos a publicar únicamente las reseñas positivas⁴³. Y algo similar puede afirmarse del Derecho francés. Su autoridad en materia de competencia y consumo (la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes: DGCCRF*) se ha valido de la figura de las prácticas engañosas para prohibir la publicación de reseñas positivas falsas⁴⁴.

Pese a lo expuesto, nuestro Derecho (así como el resto de los ordenamientos de los Estados que conforman la Unión Europea) se ha visto recientemente reformado para incorporar una nueva disciplina legal relativa a esta materia. Es cierto que la decisión de elaborarla no ha partido *motu proprio* del legislador español, sino que le ha sido exigida desde Bruselas. En concreto, su origen hay que residenciarlo en la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (también conocida como «Directiva Ómnibus sobre Comercio Electrónico» o como «Segunda Directiva de Modernización»)⁴⁵. Esta Directiva es resultado del «Nuevo marco para los Consumidores» que fue presentado por la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo a través de su Comunicación de 11 de abril de 2018. Con él se pretendía dar un nuevo impulso a la política de protección de los consumidores de la Unión frente a los nuevos retos que plantean las políticas de consumo, así como garantizar un mercado único justo para los consumidores y las empresas⁴⁶. A su vez, esta Comunicación enlazaba con otra previa, intitulada «Una Estrategia para el Mercado Único Digital en Europa», fechada el 6 de mayo de 2015 y orientada a la elaboración de nuevas normas adecuadas para contribuir a un mercado único digital para Europa, propiciando la confianza de los consumidores y usuarios en el *e-commerce* transfronterizo⁴⁷.

Al margen de estas dos Comunicaciones directamente conectadas con la Directiva (UE) 2019/216, lo cierto es que (como ya adelanté) fue en 2013 cuando por vez primera la Unión Europea empezó a mostrar una cierta preocupación por la problemática de las reseñas de bienes y servicios. Así lo refleja el «Primer Informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE». En él, la Comisión puso de manifiesto que «los sitios web que alojan opiniones de los usuarios han sido en diversas ocasiones objeto de críticas por lo que respecta a las opiniones que parecen ser imparciales y de los consumidores, pero en realidad son publicidad encubierta»⁴⁸. Esta preocupación por las reseñas se acrecentó en 2014, como se infiere de la publicación en dicho año por la Comisión Europea del «Estudio sobre las Reseñas en línea de los Consumidores en el sector Hotelero»

⁴² WIPPER, A. y GOFFIN, M., «Fake-Bewertungen...», *cit. supra*.

⁴³ DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, pp. 141 y ss.

⁴⁴ BRUNELET, «Publication de faux avis: première condamnation par la DGCCRF», disponible en <https://www.relationclientmag.fr/Thematique/customer-marketing-1251/veille-tribune-2152/Breves/Tribune-Publication-faux-avis-premiere-condamnation-DGCCRF-365448.htm> (consulta: 8 enero 2022).

⁴⁵ DOUE núm. 328, de 18 de diciembre 2019.

⁴⁶ Bruselas, 11 de abril de 2018, COM(2018) 183 final.

⁴⁷ Bruselas, 6 de mayo de 2015, COM(2015) 192 final.

⁴⁸ COM/2013/0139 final.

(*Study on Online Consumer Reviews in the Hotel Sector*)⁴⁹. En este documento, el Ejecutivo europeo aludió expresamente al reto de encontrar un cierto equilibrio entre un sistema eficaz de recogida de reseñas de los usuarios y un mecanismo de control efectivo que evitase los abusos que venían cometiéndose en este campo⁵⁰. Varios años después, la preocupación por este asunto se hizo también presente en la Comunicación de 2016 sobre «Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa». No en vano, en este nuevo texto la Comisión fue clara al expresar que «la evaluación y calificación en línea de los productos y servicios ayuda y empodera a los consumidores, siempre que sea fiable y esté exenta de todo sesgo o manipulación», añadiendo que «las reseñas y comentarios falsos causan una pérdida de confianza que puede minar el modelo de negocio de la propia plataforma y llegar a generar una desconfianza generalizada»⁵¹.

Como se desprende de su propio nombre, la Directiva (UE) 2019/2161 trata principalmente de mejorar y modernizar las normas que protegen a los consumidores y usuarios en la Unión Europea. Con tal fin, pone muy especialmente la atención en la regulación de las nuevas técnicas de comercialización y marketing que han encontrado desarrollo en el mercado digital. Entre ellas, se encuentran precisamente las que aquí interesan, esto es, las reseñas online de bienes y servicios, para las que dicta algunas reglas que conforman el principal objeto de estudio de este trabajo. Es verdad que esta Directiva no ha sido la primera reacción jurídica en el ámbito de la Unión Europea dirigida a luchar contra las reseñas que no respetan el principio de veracidad. En 2012, la Federación Alemana de Organizaciones de Consumidores (*Verbraucherzentrale Bundesverband: VZBV*) publicó algunas recomendaciones para los sitios de reseñas y elaboró un documento dirigido a ayudar a los consumidores y usuarios a reconocer las reseñas falsas y engañosas. Un año después, en 2013, la Asociación Francesa de Normalización (*Association française de Normalisation: AFNOR*) publicó una norma *opt-in* para la gestión de las reseñas online (la NF Z-74-501), destinada a hacer más fiable la recopilación y el tratamiento de las reseñas de bienes y servicios en Internet⁵². Al mismo tiempo, la legislación gala sobre consumidores reputó práctica comercial fraudulenta (sancionable económicamente) el uso indebido de la referida norma AFNOR⁵³. Y en 2016 el legislador francés terminó promulgando

⁴⁹ En <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7d0b5993-7a88-43ef-bfb5-7997101db6d5>

⁵⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Study on Online Consumer Reviews in the Hotel Sector*, p. 7.

⁵¹ COM/2016/0288 final.

⁵² Sobre la norma NF Z74-501, que fue derogada por la norma ISO 20488:2018 (a la que hago expresa referencia seguidamente en el texto) v., *ad ex.*, FROCHOT, D., «Faux avis de consommateurs: à propos de la norme Afnor Z74-501», en <https://www.les-infostrateges.com/actu/faux-avis-de-consommateurs-a-propos-de-la-norme-afnor-z74-501> (consulta: 30 de junio de 2023). Aunque esta norma NF Z74-501 definía los principios y requisitos para gestionar las reseñas de los consumidores y usuarios en Internet y prohibía expresamente la compra de reseñas, lo cierto es que, dado su carácter voluntario, tras su aprobación, no pocos profesionales continuaron recurriendo a malas prácticas en la materia, lo que motivó que estas conductas fueran denunciadas ante la Asamblea Nacional: ASSEMBLÉE NATIONALE FRANÇAISE, «Question 7945 de M. Benjamin Dirx relatif aux Avis sur internet et e-réputation», en <https://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-7945QE.htm> (consulta: 30 enero 2023).

⁵³ VALANT, J., «Online consumer reviews...», *cit.*, p. 6. Actualmente el Centro de protección de consumidores de Francia pone de manifiesto que un profesional puede exhibir en su sitio web la certificación "norma AFNOR" NF.ISO 20488, lo que ha de interpretarse en el sentido de que cumple los requisitos y recomendaciones de la Asociación Francesa de Normalización (AFNOR) relativa a la gestión de reseñas. De modo que este proceder puede constituir una garantía de confianza. Ahora bien, al mismo tiempo que señala lo anterior, advierte de la conveniencia de comprobar siempre en la página web de la AFNOR que el profesional de que se trate figura en la lista de profesionales certificados: CENTRE EUROPÉEN DES CONSOMMATEURS. FRANCE, «Les avis sur Internet: comment leur faire confiance?», en <https://www.europe-consommateurs.eu/achats-internet/les-avis-en-ligne.html> (consulta: 30 enero 2023).

una regulación de las reseñas online de bienes y servicios contenida en los artículos L.111-7 y siguientes del *Code de la Consommation* y normas que los desarrollan⁵⁴.

Por otra parte, la Organización Internacional de Normalización (*International Organization for Standardization*: ISO), con sede en Ginebra, comenzó a trabajar en 2014 sobre esta materia⁵⁵. Sus esfuerzos dieron como resultado la norma ISO: 20488:2018, inspirada en la norma gala NF Z-74-501 e intitulada (en su versión francesa) *Avis en ligne de consommateurs: Principes et exigences portant sur les processus de collecte, modération et publication des avis*. Se trata de una norma aplicable a cualquier organización que publique reseñas de consumidores en línea, incluidos los proveedores de bienes y servicios que recogen reseñas de sus propios clientes, de terceros que operan en nombre del proveedor o de terceros independientes. De su propia denominación se infiere que proporciona recomendaciones y requisitos en relación con los principios y métodos que deben aplicar los gestores de reseñas online al recopilarlas, moderarlas y publicarlas⁵⁶. Como se afirma en su introducción, «dado que las reseñas en línea influyen cada vez más en las decisiones de compra de los clientes, es esencial que tanto consumidores como proveedores gestionen los sitios de manera eficaz para aumentar la confianza de los usuarios en la calidad, integridad, exactitud y transparencia de las reseñas»⁵⁷.

Al margen de estas reacciones jurídicas en materia de reseñas, y centrando la atención en la Directiva (UE) 2019/2161, interesa especialmente dejar constancia de que su incorporación a nuestro ordenamiento ha tenido lugar a través del Libro Sexto del Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre, aprobado *in extemis* por el Gobierno español para no incumplir el plazo límite de transposición de la norma comunitaria fijado el 28 de noviembre de 2021⁵⁸. Con este Real Decreto-Ley se introducen varias modificaciones en los articulados tanto de la LCD como del Texto Refundido de Consumidores⁵⁹ (en lo sucesivo, TRLGDCU)⁶⁰. Como podrá comprobarse,

⁵⁴ Sobre esta normativa, previa a la Directiva (UE) 2019/2161, v., ad ex., MARIQUE, E. y TROWEL A., «La régulation des fake news et avis factices sur les plateformes», *Revue Internationale de Droit Économique*, 2019, 3, t. XXXIII, pp. 394 y ss., en <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2019-3-page-383.htm> (consulta: 2 febrero 2023). El texto del *Code de la Consommation* francés está disponible para consulta en https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069565/

⁵⁵ VALANT, J., «Online consumer reviews...», *cit.*, p. 6.

⁵⁶ En <https://www.iso.org/obp/ui/fr/#iso:std:iso:20488:ed-1:v1:fr> (consulta: 30 enero 2023).

⁵⁷ Ahora bien —añade esta norma ISO—, «tanto los consumidores como los proveedores han denunciado problemas relacionados con las reseñas en línea», constituyendo dichos problemas «la base de los principios de este documento, que ha sido concebido para resolverlos» (traducción propia).

⁵⁸ Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes: BOE núm. 263, de 3 de noviembre de 2021.

⁵⁹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

⁶⁰ Sobre el Real Decreto-Ley 24/2021, en lo que aquí interesa: GARCÍA VIDAL, A., «Nuevas prácticas comerciales prohibidas», en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Nuevas_practicas_comerciales_prohibidas.pdf (consulta: 19 diciembre 2022); BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S., «Mayor transparencia en las transacciones realizadas a través de mercados en línea: novedades en el Real Decreto-ley 24/2021», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 40, 2021, *passim.*, en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2897>; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Modernización de las normas sobre propiedad intelectual y protección de los consumidores en el entorno digital mediante el Real Decreto-ley 24/2021», *La Ley Unión Europea*, núm. 98, 2021, *passim*; TAPIA HERMIDA, A.J.,

buena parte del presente trabajo está destinado a su estudio⁶¹, aunque también merecerán atención otras cuestiones no abordadas ni por la Directiva (UE) 2019/2161 ni por el Real Decreto-Ley 24/2021, como las denominadas cláusulas mordaza, de no descrédito o antirreseñas⁶².

Por último, ha de tenerse en cuenta que, junto a las respuestas ofrecidas por el regulador a la problemática de las reseñas anómalas (entre las que sobresale la Directiva UE 2019/2161), tampoco han faltado propuestas académicas sobre la materia. En este sentido, es de destacar la realizada por el *Research Group on the Law of Digital Services* y plasmada en el artículo 8 de su *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*⁶³. Más tarde, este documento fue retomado por el *European Law Institute*, dando lugar a las *Model Rules on Online Platforms*, que dedican a esta materia sus artículos 5 a 7⁶⁴. Las diferencias entre el artículo 8 del *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms* y los artículos 5 a 7 de las referidas *Model Rules* son escasas, limitándose estos últimos preceptos a aclarar y desarrollar lo dispuesto en el primero.

La opción elegida en el artículo 8 del *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms* para paliar las disfunciones que aquejan al sistema de reseñas se sustenta en las siguientes medidas: 1ª) El apartado 2 del referido artículo 8 exige al sistema de reseñas online que respete los criterios de la diligencia profesional (la *professional diligence*), lo que evoca la cláusula general de la deslealtad de la Directiva 2005/29/CE. 2ª) El apartado 3 de esa misma norma establece la presunción de que dichos criterios de actuación profesionalmente diligente son respetados cuando el sistema de reseñas cumple los estándares nacionales que, a su vez, se acomodan a los estándares europeos, o, en su caso, cuando se cumplen los estándares que aparecen fijados en su apartado 4, donde se dispone lo que sigue: «a) Si el operador de la plataforma afirma que las reseñas proceden de clientes reales, deberá tomar medidas razonables y proporcionadas para verificar que las opiniones se basan en una transacción confirmada. b) Si se ha solicitado una reseña a cambio de algún beneficio, deberá indicarse. c) Si se rechaza una reseña, su autor debe ser informado sin demora indebida sobre el rechazo y los motivos a los que obedece. d) Las reseñas deben publicarse sin demora injustificada. e) El orden de presentación por defecto de las reseñas no debe inducir a error. Los usuarios de la plataforma deben poder ver las reseñas en orden cronológico. f) Si el sistema de evaluación de la reputación excluye las reseñas más antiguas, deberá indicarse a los usuarios de la plataforma. El período de exclusión debe ser razonable, pero no inferior a 12 meses. g) Si las reseñas son expresadas en una calificación global, deberá indicarse el número total de reseñas en que se basa la calificación. h) El operador de la plataforma debe proporcionar un mecanismo de reclamación gratuito que permita a un usuario de la plataforma presentar una notificación motivada si tiene dudas sobre la autenticidad de una reseña»⁶⁵. 3ª) Por último, el apartado 5 del artículo 8, inspirado en el artículo 20 del Reglamento de protección de datos, termina reconociendo un derecho a la portabilidad de las reseñas y valoraciones, tanto a favor de los consumidores y usuarios como de

«Síntesis de la reforma en 2021 de la normativa de consumo por los Reales Decretos Ley 7 y 24 en materia de transparencia, ejercicio de sus derechos por el consumidor y responsabilidad civil y administrativa», *Diario La Ley*, núm. 9991, 2022, *passim*.

⁶¹ *Infra*, epígrafes 3 y 5.

⁶² *Infra*, epígrafe 4.

⁶³ Publicado en *Journal of European Consumer and Market Law*, 4/2016, pp. 164 y ss., y disponible en https://www.academia.edu/29297239/Research_Group_on_the_Law_of_Digital_ServicesDiscussion_Draft_of_a_Directive_online_Intermediary_Platforms_EuCML_2016_164-169 (consulta: 20 febrero 2022).

⁶⁴ https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf (consulta: 20 febrero 2022).

⁶⁵ Traducción propia.

los proveedores, ejercitable en el momento en que expire el contrato celebrado entre ellos y la plataforma. Por otra parte, entre los aspectos novedosos que presentan las *Model Rules* cabe destacar: 1º) la alusión expresa que realizan al cumplimiento de estándares internacionales para que se presuma cumplido el criterio de la diligencia profesional, mencionando expresamente la norma ISO 20488:2018 (artículo 5); y 2º) la regla relativa a que, cuando el operador de la plataforma afirma que las reseñas se basan en una efectiva transacción, ha de garantizar que la reseña procede de alguno de los sujetos que la llevaron a cabo (artículo 6).

1.4. Propósito perseguido y plan a seguir: análisis de las nuevas normas sobre reseñas introducidas por la Directiva (UE) 2019/2161 (y de alguna cuestión más)

El propósito de este trabajo estriba en analizar la nueva disciplina legal de la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios que ha sido incorporada a nuestro Derecho (LCD y TRLGDCU) por exigencias de la Directiva (UE) 2019/2161 y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 28 de mayo de 2022. Aunque, como acabo de señalar, también se abrirá un hueco al estudio de otros extremos sobre reseñas a los que no han prestado atención ni el legislador comunitario ni el nacional. Me refiero, en particular, a las conocidas como cláusulas mordaza, de no descrédito o antirreseñas que, dada su proliferación en la práctica contractual estadounidense, cuentan con una regulación al otro lado del Atlántico dirigida a mitigar sus efectos sobre los consumidores y el mercado en general.

Para la consecución de este propósito, el plan propuesto es básicamente el que sigue: 1º) En primer lugar, se aludirá brevemente al contexto normativo en el que se inserta la reforma, lo que requerirá realizar algunas consideraciones generales acerca de la LCD y el TRLGDCU. Especial interés habrá de prestarse a la relación que el legislador español ha establecido entre ambos cuerpos legislativos en materia de deslealtad. Se trata, como habrá ocasión de comprobar, de una conexión de doble recorrido, en el sentido de que se advierte tanto del lado del TRLGDCU como del de la LCD [*infra*, 2]. 2º) Seguidamente, se centrará la atención en las principales medidas que conforman la nueva disciplina legal de la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios. Como se verá, éstas consisten, por un lado, en una obligación de información a cargo de los empresarios y profesionales que facilitan el acceso de la clientela a sus reseñas (cuyo incumplimiento se considera una omisión engañosa) y, por otro, en la tipificación de dos prácticas sobre reseñas consideradas *per se* desleales [*infra*, 3]. 3º) A continuación, se abordarán otras cuestiones relativas a esta materia que no han sido reguladas ni por la Directiva (UE) 2019/2161 ni por el legislador español. Me refiero, en concreto, a las anunciadas cláusulas mordaza, de no descrédito o antirreseñas, que suscitan la problemática de su licitud o ilicitud con arreglo tanto al Derecho de obligaciones y contratos como a la normativa represora de la deslealtad concurrencial [*infra*, 4]. 4º) Por último —y a modo de epílogo—, se llevará a cabo una valoración global y crítica de esta intervención legislativa en materia de reseñas y de cómo se ha llevado a cabo su incorporación a nuestro ordenamiento, lo que ha supuesto un paso al frente en la opción por la fragmentación o dispersión normativa del Derecho de la competencia desleal por la que viene decantándose el legislador español desde hace ya algunos años, especialmente a partir de la gran reforma de 2009 exigida por la Directiva 2005/29/CE [*infra*, 5].

La relevancia del asunto objeto de análisis no debe menospreciarse. De hecho, a los pocos meses de que entrase en vigor la normativa sobre reseñas en nuestro ordenamiento (lo que aconteció el 28 de mayo de 2022), los medios de comunicación se hicieron eco de que uno de los principales operadores económicos del mercado digital, como es *Amazon*, estaba decidido a interponer, contra la página de compraventa de reseñas *Agencia Reviews*, la primera demanda en nuestro país

con fundamento en las nuevas normas sobre reseñas que el referido Real Decreto-Ley 24/2021 había incorporado a la LCD y al TRLGDCU⁶⁶. Además, en enero de 2022, la Comisión Europea y las autoridades de los Estados miembros encargadas de la protección de los consumidores y usuarios hicieron públicos, a través de una nota de prensa, los resultados de una amplia investigación desarrollada mediante el cribado de un número considerable de sitios de reseñas en Internet. Los resultados obtenidos reflejan por sí mismos que nos encontramos ante un problema de cierta magnitud que es necesario afrontar para tratar de paliarlo en lo posible. En efecto, bajo la coordinación de la Comisión, las autoridades de 26 Estados miembros, Islandia y Noruega analizaron 223 sitios de reseñas online, con la finalidad de detectar reseñas falsas y engañosas. La conclusión a la que llegaron fue clara: casi dos tercios de los sitios web analizados (tiendas en línea, lugares de reserva, motores de búsqueda y servicios de comparación, principalmente) suscitaban dudas sobre la fiabilidad de las reseñas publicadas⁶⁷.

En concreto, en 144 de los 223 sitios web examinados, las autoridades no pudieron confirmar que los empresarios y/o profesionales habían hecho todo lo que estaba en sus manos para garantizar la autenticidad de las reseñas, esto es, que provenían de consumidores que realmente habían adquirido los bienes o contratado los servicios reseñados. En 104 de los 223 sitios web analizados, no se informaba a los consumidores de cómo se recopilaban y procesaban las reseñas. De hecho, sólo 84 sitios web ponían esta información a disposición de los consumidores y usuarios, mientras que el resto lo mencionaba en letra pequeña y dentro de las condiciones legales. Además, 118 sitios web no contenían información sobre cómo se evitaban las reseñas falsas y 176 no mencionaban que las reseñas incentivadas (por ejemplo, a través de recompensas monetarias) estaban prohibidas por sus propios reglamentos internos o, en caso contrario, debían ser marcadas como incentivadas. Como reza en el propio título de la nota de prensa, la conclusión que se alcanzó fue que al menos el 55% de los sitios web examinados podían estar conculcando la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, que exige proporcionar a los consumidores y usuarios información veraz que les permita elegir con verdadero conocimiento de causa⁶⁸.

Los resultados de este estudio no sorprenden ya que, aunque algunos sitios de reseñas utilizan métodos que les permiten detectar abusos e irregularidades —mediante la combinación de medidas de control o filtrado tanto manuales como automáticas—, muchos de ellos aún no aprovechan las posibilidades técnicas de comprobación y cribado de reseñas que existen en la actualidad⁶⁹. De ahí que esté justificada una intervención legislativa en la materia como la llevada

⁶⁶ *Ad ex*: GASCÓN, M., «Amazon presenta la primera denuncia en España contra una web de reseñas falsas», disponible en <https://www.20minutos.es/tecnologia/actualidad/amazon-presenta-la-primer-denuncia-en-espana-contra-una-web-de-resenas-falsas-5070150/> (consulta: 19 diciembre 2022); MEHTA, D., «Amazon anuncia nuevas acciones legales para proteger a los consumidores de las reseñas falsas», accesible en <https://www.aboutamazon.es/noticias/innovacion/amazon-anuncia-nuevas-acciones-legales-para-proteger-a-los-consumidores-de-las-resenas-falsas> (consulta: 19 diciembre 2022); SEARA, F., "No hay sitio para las reseñas falsas en Amazon: la plataforma toma medidas contras las páginas de compraventa de reseñas», en <https://www.marketingdirecto.com/anunciantes-general/anunciantes/amazon-se-enfrenta-a-las-paginas-de-compraventa-de-resenas> (consulta: 19 diciembre 2022).

⁶⁷ EUROPEAN COMMISSION, «Press release: Protecting consumers from misleading reviews: 55% of screened websites violate EU law», 20 January, 2022, Brussels, en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_394 (consulta: 2 febrero 2023).

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ BUNDESKARTELLAMT, *Verbraucherrechtlicher Handlungsbedarf...*, cit., pp. 5 y 6.

a cabo por la Directiva UE 2019/2161. Y de ahí también que el estudio de esta novedosa normativa no esté privado de relevancia e interés.

2. El contexto normativo en el que se inserta la nueva regulación de las prácticas desleales sobre reseñas de bienes y servicios

2.1. La Ley de Competencia Desleal

Según acabo de señalar, el contexto legal en el que se insertan las nuevas normas que aquí se abordan está constituido por la LCD y el TRLGDCU. En cuanto a la LCD, se trata, como se sabe, de un texto de 1991 que periclitó el llamado *modelo corporativo o profesional* de la deslealtad concurrencial, según el cual la competencia desleal se concebía como un asunto concerniente sólo a los empresarios y profesionales, de modo que eran ellos los únicos legitimados para determinar qué comportamientos habían de reputarse desleales. Con la LCD, en efecto, se dio paso a un nuevo modelo, el *social o institucional*, en el que pasa a ocupar un lugar destacado la protección del derecho de los consumidores y usuarios a decidir libremente (con *libertad de saber y de querer*) los bienes y servicios que desean contratar⁷⁰.

Para comprender bien este cambio de modelo podemos poner como ejemplo la regulación de los *actos de comparación y de denigración*. En el modelo corporativo, anterior a la LCD, tales actos no estaban permitidos, ya que la clase empresarial no toleraba que pudiesen compararse públicamente sus productos y servicios, ni que un empresario menospreciara las prestaciones empresariales de un competidor. En cambio, bajo el nuevo modelo social o institucional que ve la luz en 1991, dichos actos se toleran, al considerarse beneficiosos para los consumidores y usuarios, en la medida en que les ayudan a tomar decisiones de mercado con mejor conocimiento de causa. Bien es cierto que su admisión está condicionada al cumplimiento de determinadas exigencias. En el caso de los actos de comparación, se requiere que los productos o servicios comparados sean altamente sustituibles entre sí y que las circunstancias sobre las que verse la comparación sean esenciales, pertinentes y verificables (artículo 10 LCD)⁷¹. En cuanto a los actos de denigración, se exige que las manifestaciones sobre las que verse el menosprecio sean exactas, verdaderas y pertinentes (siendo excluidas —por impertinentes— las relativas a la nacionalidad, las creencias, la ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias de carácter personal) [artículo 9 LCD]⁷².

Es sabido que la LCD se modificó en 2009 para incorporar los mandatos de la Directiva 2005/29/CE. Dicha reforma alteró de modo considerable la estructura de la ley, que quedó bastante desfigurada. En este sentido, se ha afirmado —con razón— que el juicio «altamente positivo sin reservas» de que se hace acreedora la LCD desde su promulgación en 1991, «palidece,

⁷⁰ Así, haciéndose eco del magnífico estudio del Profesor Aurelio MENÉNDEZ publicado monográficamente con el título *La competencia desleal* (Ed., Civitas, Madrid, 1988) v. FONT GALÁN, J.I. y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, *passim*; también al respecto: MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., «La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial», en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 64 y ss.

⁷¹ *Ad ex.*, más información en GÓMEZ LOZANO, M.M., «Comentario del Artículo 10. Actos de comparación», en BERCOVITZ, A., GALÁN CORONA, E., QUINTANA CARLO, I. y GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dirs.) *Comentarios a la ley de competencia desleal*, 2011, Ed. Aranzadi (colección Grandes Tratados), 2011, pp. 241 y ss.

⁷² Entre otros, ÁVILA DE LA TORRE, A., «Actos de denigración y actos de comparación» en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (Coord.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1303 y ss.; LARA GONZÁLEZ, R., *La denigración en el Derecho de la competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 2007, *passim*.

sin embargo, si se atiende a los cambios incorporados a su texto por la mayoría de sus reformas»; en especial, a partir de la llevada a cabo en 2009⁷³. Pese a todo, no puede desconocerse que dicha modificación legislativa supuso un reforzamiento de la protección de los consumidores y usuarios a través de la disciplina de la competencia desleal⁷⁴. Bien entendido que, con anterioridad a ella, nuestra LCD cumplía, al menos en lo esencial, las exigencias derivadas de la Directiva 2005/29/CE. De hecho, así lo sostuvo y argumentó el Reino de España en el procedimiento que la Comisión Europea incoó contra él por haber incumplido el deber de incorporar dicha Directiva al ordenamiento interno en el plazo legalmente establecido⁷⁵.

Aquí interesa sobre todo poner de manifiesto cómo la nueva regulación incorporada a la LCD en 2009 introduce una *cláusula general de actos de competencia desleal contrarios a los intereses de los consumidores*. De conformidad con ella, se considera desleal el comportamiento de un empresario contrario a la diligencia profesional «que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio», definiéndose dicho comportamiento como toda decisión por la cual un sujeto opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con la selección de una oferta, la contratación de un bien o servicio, el pago del precio, etc. Junto a esto, se dispone también que entra dentro del concepto de distorsión significativa del comportamiento económico del consumidor medio, «utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una *decisión con pleno conocimiento de causa*, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado» (artículo 4.1 *in fine* LCD)⁷⁶. A los fines que nos ocupan,

⁷³ MASSAGUER FUENTES, J., «Treinta años de Ley de Competencia Desleal», *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, núm. 55, 2021, p. 72, trabajo que se encuentra disponible para consulta en la siguiente dirección electrónica: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/7434/documento/art03.pdf?id=12262&forceDownload=true> (consulta: 2 febrero 2023).

⁷⁴ En concreto, conllevó el tránsito de «un modelo social acabado, que determinaba una protección de los consumidores y usuarios en el mismo nivel y a través de los mismos instrumentos que la de los operadores económicos» a un renovado régimen jurídico dotado de un «mayor protagonismo de las normas que persiguen como finalidad específica la protección de los intereses económicos de los consumidores»: MARTÍN ARESTI, P., «Artículo 27. Otras prácticas engañosas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi, 2011, p. 746. Sobre el calado de la reforma de 2009, entre otros: MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Ed. Civitas, Madrid, 2006, *passim*; GARCÍA PÉREZ, R., «Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales», *Gaceta Jurídica*, núm. 242, mayo de 2006, pp. 60 y ss.; GARCÍA VIDAL, A., «La reforma de la Ley de Competencia Desleal por la Ley 29/2009», accesible en <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-reforma-de-la-lcd-por-la-ley-29-2009/> (consulta: 27 diciembre 2022); DE FÉLIX PARRONDO, E., «Principales modificaciones de la Ley de Competencia desleal», accesible en <https://studylib.es/doc/7454479> (consulta: 28 diciembre 2022); TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2010, *passim*; RUIZ PERIS, J.I., (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, *passim*.

⁷⁵ STJUE de 23 de abril de 2009, asunto C-321/08 *Comisión c. Reino de España*: ECLI: EU:C:2009:265, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008C10321>

⁷⁶ Cursiva propia; más información, *ad ex*, en GÓMEZ SEGADÉ, J.A., «La nueva cláusula general en la LCD», en GÓMEZ SEGADÉ y GARCÍA VIDAL (Dir.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 331 y ss.; GARCÍA PÉREZ, R., «La reforma contra el Derecho de la competencia desleal: ¿hacia el Derecho de la lealtad?», en GÓMEZ SEGADÉ y GARCÍA VIDAL (Dir.), *El Derecho mercantil en el umbral...*, *cit.*, pp. 323 y ss.; RUIZ PERIS, J.I., «Panorámica de la reforma en materia de competencia desleal», en GÓMEZ SEGADÉ y GARCÍA VIDAL (Dir.), *El Derecho mercantil en el umbral...*, *cit.*, pp. 379 y ss.; PUJOL, P., «La buena fe en la competencia desleal», en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-21/1860-la-buena-fe-en-la-ley-de-competencia-desleal-0-5418047397786796> (consulta: 28 diciembre 2022); ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., «El modelo de conducta en la nueva cláusula general de la Ley de Competencia Desleal. Una crítica leve», *Derecho de los Negocios*, núm. 240, 2010, pp. 5 y ss.; MIRANDA SERRANO, L. M. y PANIAGUA ZURERA, M., «La protección ...», *cit.*, pp. 72 y ss.

quiero poner especial énfasis en esta última definición legal de distorsión significativa del comportamiento económico del consumidor. Sobre todo, porque describe bastante bien lo que, emulando la técnica del Derecho penal, podríamos designar como el bien jurídico protegido por la disciplina legal de la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios. Éste no es otro que *el derecho del consumidor a decidir con pleno conocimiento de causa qué bienes o servicios desea contratar*. En concreto, la nueva regulación de la deslealtad de las reseñas conecta directamente con las *prácticas engañosas*, que tratan de salvaguardar la *libertad de saber* de los consumidores y usuarios. De ahí su estrecha conexión con los vicios del consentimiento negocial que tutelan esa misma libertad de saber, como ocurre con el *error* y el *dolo*⁷⁷.

Además de la cláusula general de la deslealtad frente a los consumidores, se ha de tener también en cuenta el artículo 19 LCD. En él se dispone: 1º) Por un lado, que, junto a lo establecido en los artículos 19 y 20 TRLGDCU, «únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley», con referencia a la cláusula general (artículo 4), las prácticas engañosas por acción (artículo 5) y omisión (artículo 7) y las prácticas agresivas (artículo 8). 2º) Por otro lado, que «las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son *en todo caso y en cualquier circunstancia*, prácticas comerciales desleales con los consumidores»⁷⁸. Al abordar (como aquí se hace) el contexto normativo de la novedosa regulación de las reseñas de bienes y servicios incorporada a nuestro ordenamiento por la Directiva (UE) 2019/2161, interesa realizar una referencia expresa a las normas de la LCD a las que me acabo de referir por ser precisamente en su seno (en concreto, en el artículo 27 LCD) donde el legislador introduce las dos prácticas reputadas *per se* desleales por la aludida Directiva. Más adelante se comprobará la veracidad de esta afirmación⁷⁹.

2.2. El Texto Refundido de Consumidores y Usuarios

Además de la LCD, hemos de mencionar el TRLGDCU de 2007. Especialmente aquí interesa poner de manifiesto la relación que el legislador español ha establecido entre él y la LCD. A mi juicio, se trata de una conexión doble, en el sentido de que se advierte tanto del lado del TRLGDCU como del de la LCD. En concreto, del lado del TRLGDCU, cobra especial relevancia su artículo 47 que, bajo la rúbrica «infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios», reputa infracción en este ámbito «(e)l uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios» (artículo 47.1, letra m TRLGDCU)⁸⁰. Del lado de la LCD, merece ser destacado su

⁷⁷ Como se pone de manifiesto en MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J., «La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos», *Diario La Ley*, núm. 8464, 2015, *passim*; también de interés: CASADO NAVARRO, A., «Consecuencias negociales de las prácticas desleales con consumidores: soluciones de Derecho comparado y recientes desarrollos normativos en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, marzo de 2022, pp. 116 y ss., disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/6680> (consulta: 16 enero 2023); IDEM, *Consecuencias negociales de las prácticas desleales contra los consumidores. Relaciones entre el Derecho contractual de consumo y el Derecho de la competencia desleal*, Ed. Marcial Pons, 2023, *passim* (en especial, pp. 117 y ss., y pp. 130 y ss.); DE ELIZALDE IBARBIA, F., «La Directiva 2019/2161 de modernización del Derecho de consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales», *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2021, pp. 52 y ss., disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/734-3554-1-PB-4.pdf> (consulta: 3 enero 2023).

⁷⁸ Cursiva propia.

⁷⁹ *Infra*, epígrafe 3.

⁸⁰ De *metanorma* califica esta disposición CARRASCO PERERA, A., «Más allá de la venta a pérdida: las prácticas comerciales desleales en el Derecho sancionador de consumo», p. 2, en <https://www.ga-p.com/publicaciones/mas-alla-de-la-venta-a-perdida-las-practicas-comerciales-desleales-en-el-derecho-sancionador-de-consumo/> (consulta: 22 diciembre 2022).

artículo 15, relativo a la infracción o violación de normas, tanto en su apartado 1 (sobre violación de normas sin finalidad concurrencial) como en el 2 (referente a la infracción de normas concurrenciales).

A la vista de estos dos preceptos, cabe concluir (en lo que aquí interesa) lo siguiente: 1º) Que la comisión de una práctica desleal contraria a los intereses de los consumidores y usuarios (como alguna de las conductas sobre reseñas de bienes y servicios incorporadas a nuestro Derecho a instancias de la Directiva UE 2019/2161) se considera una infracción de consumo a la que ha de imponérsele su correspondiente sanción administrativa (artículo 47.1 letra m TRLGDCU). 2º) Que la infracción de ciertos deberes que el TRLGDCU impone a los empresarios en favor de los consumidores puede merecer la consideración de práctica desleal, bien por aplicación del artículo 15.1 LCD, en cuyo caso han de cumplirse la totalidad de las exigencias establecidas por esta norma, o del artículo 15.2 LCD, en cuyo supuesto el deber en cuestión ha de merecer la consideración de norma concurrencial y su mera infracción se considera *per se* merecedora del reproche de deslealtad.

Por ahora me limito a apuntar estas ideas. Más adelante volveré sobre ellas. En concreto, al valorar el modo en el que el legislador español ha incorporado a nuestro ordenamiento las normas relativas a las prácticas comerciales desleales en materia de reseñas provenientes de la Directiva (UE) 2019/2161⁸¹. Aunque, junto a lo expuesto, se ha tener también en cuenta el artículo 19.1 TRLGDCU, según el cual las prácticas comerciales contrarias a los intereses de los consumidores y usuarios están reguladas en la LCD, en el TRLGDCU y en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM)⁸². Como se comprueba con facilidad, este último precepto pone muy bien de manifiesto la disgregación normativa que afecta al Derecho español de la competencia desleal, cuyas reglas no sólo se contienen en la LCD (que es, sin duda, el texto principal), sino también en el TRLGDCU y en la LOCM.

3. La normativa reguladora de la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios

3.1. Consideraciones introductorias, noción de reseña y de sitio de reseñas y ámbito de aplicación personal o subjetivo de esta normativa

Como apunté más arriba, la nueva regulación sobre la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios tiene un doble contenido. Por un lado, impone al empresario que facilita el acceso de la clientela a sus reseñas la obligación de informar acerca de si garantiza o no que las mismas provienen de consumidores y usuarios reales, considerándose la infracción de dicha obligación como una práctica engañosa por omisión (*infra*, 3.2). Por otro lado, reputa *per se* desleales dos conductas sobre reseñas contrarias a las exigencias de la buena fe y perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores y la siempre necesaria transparencia del mercado (*infra*, 3.3). A continuación, me ocupo de ambos asuntos, anunciados por los Considerandos 47 y 49 de la Directiva (UE) 2019/2161. Aunque previamente a ello realizaré unas precisiones terminológicas acerca de lo que ha de entenderse por *reseña* y por *sitios de reseñas* a los efectos que aquí interesan (*infra*, a). Además, dichas consideraciones irán seguidas de otras relativas al

⁸¹ *Infra*, epígrafe 5.

⁸² Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista: BOE núm. 15, de 17 de enero 1996.

ámbito de aplicación personal o subjetivo de las nuevas disposiciones incorporadas a la LCD y al TRLGDCU a requerimiento de la Directiva (UE) 2019/ 2161 (*infra, b*).

a. *Noción de reseña y de sitios de reseñas*

1º.- *Reseña*: Según el Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, por reseña se entiende, en su cuarta acepción, «una nota que se toma de los rasgos distintivos de algo o de alguien para su identificación»⁸³. Ahora bien, en el ámbito comercial se habla de reseña (*review, avis, bewertung* o *recensione*) con referencia a la valoración, opinión o crítica que se hace de un bien o servicio. Ésta puede expresarse tanto de forma escrita (en documento papel o electrónico) como multimedia (a través de vídeos o audios) y puede consistir en una valoración más completa y desarrollada o en una simple puntuación⁸⁴. La amplitud con la que ha de concebirse este término ha sido puesta de manifiesto por la Comisión Europea. En su opinión, el vocablo reseña abarca cualesquiera prácticas relacionadas con las calificaciones de bienes y servicios por parte de la clientela. Así lo recoge la Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales, tras destacar la importancia que actualmente revisten las reseñas en las decisiones de compra de los consumidores y usuarios⁸⁵. También la mejor doctrina propugna una noción amplia de reseña. A su juicio, este término «comprende toda expresión de una opinión dirigida al público acerca de un producto o servicio, cualquiera que sea su grado de elaboración», lo que lleva a insertar dentro de él «desde los sencillos y escuetos *me gusta* o *recomienda*, frecuentemente empleados en las redes sociales (que seguramente son el caso arquetípico de las *aprobaciones* a las que en este contexto se refieren la LCD y la Directiva UE 2019/2161), hasta las críticas (positivas o negativas) más o menos formales en su tono y estructura, pero siempre más elaboradas que la sola aprobación que expresan las aprobaciones»⁸⁶. No hay duda, por tanto, de que encajan dentro de la noción (amplia) de reseña las valoraciones de bienes y servicios efectuadas mediante puntuaciones (por ejemplo, de 0 a 5 o de 0 a 10 puntos) o a través de estrellas, corazones u otros indicadores, que posibilitan a los consumidores y usuarios expresar sus opiniones usando escalas visuales con alguno de estos elementos⁸⁷. Y lo mismo puede afirmarse de los llamados *vídeos unboxig*, bastante frecuentes en la red, que muestran a personas extrayendo productos de sus cajas o embalajes y expresando sus primeras opiniones sobre ellos. Si los empresarios o profesionales publican este tipo de vídeos en sus sitios web, redes sociales o plataformas de vídeo, todo apunta a que habrán de considerarse reseñas online y, por tanto, sujetas a las exigencias que se contienen en su normativa reguladora⁸⁸.

⁸³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, edición del Tricentenario (actualizada a 2022), en <https://dle.rae.es/> (consulta: 29 diciembre 2022).

⁸⁴ CALVIÑO, F., «¿Qué es una reseña y cómo benefician a tu *e-commerce*?», disponible en <https://www.shopify.com/es/blog/15375945-por-que-los-duenos-de-tiendas-virtuales-deben-aprovechar-las-resenas-en-linea> (consulta: 2 enero 2023).

⁸⁵ Apartado 4.2.4 de la *Guía*.

⁸⁶ MASSAGUER FUENTES, J., «La reforma de la Ley de Competencia Desleal de 2021: Una reforma menor, coyuntural y continuista del tratamiento de las prácticas comerciales desleales con los consumidores», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 324, 2022, p. 23 (de la versión digital en la base de datos de Aranzadi); también en la misma dirección, *ad ex*, MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal ...», *cit.*, p. 66; DUROVIC, M. y KNIPEKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 130.

⁸⁷ NEVEU, S., «Avis Client. Introduction», en <https://www.wizville.com/ressources/lexique/avis-client-sollicite/> (consulta: 2 enero 2023); CLEMENT, «Avis consommateur: améliorez votre image et votre visibilité!», en <https://www.guest-suite.com/blog/avis-consommateurs> (consulta: 2 enero 2023); DUROVIC, M. y KNIPEKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 130.

⁸⁸ CENTRE EUROPÉEN DES CONSOMMATEURS. FRANCE, «Les avis sur Internet...», *cit. supra*.

En el Derecho español no existe una definición legal de reseña. No ocurre así, sin embargo, en otros ordenamientos de nuestro entorno. Éste es el caso, por ejemplo, del Derecho francés. En él, el Decreto núm. 2017-1436, de 29 de septiembre de 2017, relativo a las obligaciones de información sobre las reseñas en línea de consumidores, define la reseña online en su artículo 1 como «la expresión de la opinión de un consumidor sobre su experiencia de consumo mediante cualquier elemento de valoración, ya sea cualitativo o cuantitativo». A renglón seguido, esta norma establece que existe experiencia de consumo a pesar de que el consumidor no haya adquirido el bien o el servicio sobre el cual emite una reseña («l'expérience de consommation s'entend que le consommateur ait ou non acheté le bien ou le service pour lequel il dépose un avis»)⁸⁹. De modo que, aunque un usuario no se haya alojado en un hotel, está facultado para emitir una reseña sobre dicho establecimiento⁹⁰. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que dicho sujeto hubiese realizado una reserva que, sin embargo, el establecimiento no llegó a ejecutar por falta de diligencia de su personal. En este supuesto, aunque dicha persona no llegó a pernoctar en el hotel, está legitimada —con toda razón— para emitir una reseña, expresando que el establecimiento con el que contactó no es formal o serio en lo que atañe a las reservas y relatando, si lo desea, su experiencia personal al respecto (que merece la consideración de experiencia de consumo en toda regla). Por otra parte, también cuenta con una definición de reseña la norma ISO 20488:2018 a la que más arriba me referí. En ella se establece que el término reseña abarca «las informaciones registradas y hechas públicas por un consumidor (considerado como autor de la reseña) sobre un producto o servicio específico ofrecido o vendido por un proveedor». Además, esta norma ofrece una definición del autor de la reseña, refiriéndose con estos términos al «consumidor que escribe una reseña para publicarla en el sitio de reseña»⁹¹.

Junto a lo anterior, es importante poner de manifiesto que, según se infiere de la normativa comunitaria reguladora de las reseñas, éstas no son definidas por los medios a través de los cuales se difunden. De ahí que no hayan de considerarse vinculadas inexorablemente a los servicios de la sociedad de la información⁹². En este sentido, tan reseña es la opinión de un usuario sobre un servicio hotelero expresada en un libro de reseñas (en formato papel) puesto a disposición de la clientela en dicho establecimiento, como la realizada por ese mismo usuario pero a través de la red, utilizando para ello alguno de los muchos sitios de reseñas que ofrece el entorno digital. Esta idea es confirmada por la Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales, donde se pone de manifiesto que la Directiva 2005/29/CE posee un extenso ámbito de aplicación, al alcanzar a «la totalidad de las transacciones entre empresas y consumidores, tanto en línea como fuera de ella». A lo que seguidamente se añade que se trata de una Directiva «neutra desde el punto de vista tecnológico», dada su aplicación con independencia del medio, canal o dispositivo empleado para la comisión de las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores⁹³. No obstante, aquí hablamos de *reseñas online* por ser el ámbito digital o electrónico (*e-commerce*) aquél en el que las reseñas y valoraciones de bienes y servicios han

⁸⁹ Traducción propia; según esta normativa, quedan fuera el concepto de reseña las opiniones de expertos, las recomendaciones de otras evaluaciones que hacen los propios usuarios y el apadrinamiento de un usuario por otro.

⁹⁰ CENTRE EUROPÉEN DES CONSOMMATEURS. FRANCE, «Les avis sur Internet...», *cit. supra*.

⁹¹ Traducción propia; señala la utilidad de la noción de reseña de la norma ISO, dada la ausencia de una definición de este término en el ámbito de la Unión Europea: NARCISO, M., «The unreliability of online review mechanisms», *Journal of Consumer Policy*, 45, 2022, p. 361, en <https://doi.org/10.1007/s10603-022-09514-7> (consulta: 2 febrero 2023).

⁹² MASSAGUER FUENTES, J., «La reforma...», *cit.*, p. 23 (de la versión digital).

⁹³ Apartado 4.2.4 de la *Guía*.

alcanzado una mayor difusión, muy superior a la lograda fuera de él. De hecho, esta idea es muy probablemente la que ha llevado al legislador francés a ofrecer una noción legal de *reseña en línea* como la anteriormente aludida. Y lo mismo puede decirse del redactor de la norma internacional ISO 20488:2018 que, como he tenido oportunidad de matizar *supra*, restringe también su ámbito de aplicación a las *reseñas online*.

Dentro de las clasificaciones de reseñas existentes suele diferenciarse entre: 1º) las reseñas *solicitadas*, en las que las empresas invitan a los consumidores y usuarios a que emitan sus opiniones mediante, por ejemplo, la cumplimentación de cuestionarios de satisfacción; y 2º) las reseñas *espontáneas*, en las que los consumidores y usuarios expresan *motu proprio* sus opiniones acerca de determinados bienes o servicios, generalmente en plataformas gratuitas destinadas a almacenar valoraciones de clientes⁹⁴. Además, como mencioné más arriba, también se habla de reseñas *incentivadas*, con referencia a aquellas que son emitidas a cambio de una determinada contraprestación, tales como un descuento en el precio del bien o servicio, un regalo o cualquier otra ventaja de carácter patrimonial. Ciertamente no existe consenso en cuanto a su valoración. Mientras que para algunos autores son negativas y deben prohibirse, otros, en cambio, las consideran positivas, sobre la base de que los incentivos han demostrado ser útiles para aumentar la disposición de los consumidores y usuarios a emitir reseñas (en esta dirección se apunta, a modo de ejemplo, cómo *AirBnB* ofreció un vale de 25 \$ a cambio de reseñas y observó un aumento del 6,4% en el volumen de las emitidas). No obstante, la doctrina favorable a este tipo de reseñas condiciona su admisión al cumplimiento de ciertos requisitos: 1º) que los incentivos no superen el 5% del valor de la transacción, y 2º) que las reseñas sean publicadas con información relativa a que han sido emitidas a cambio de un incentivo (lo que, en opinión de estos autores, podría hacerse, por ejemplo, colocando junto a cada una de ellas un icono con forma de dólar)⁹⁵. Por último, debe quedar constancia de que las reseñas relevantes para la disciplina de la deslealtad concurrencial (*ex* Directiva 2005/29/CE y LCD) son únicamente las que expresan opiniones o valoraciones de consumidores y usuarios. Así acontece no sólo cuando sus autores son consumidores y usuarios reales. También cuando se trata de terceros que dan a entender, erróneamente, que emiten las reseñas actuando en condición consumidora, sin ser realmente así⁹⁶. Ahora bien, en el segundo supuesto referido, si los sujetos que se hacen pasar por consumidores o usuarios son en verdad empresarios o profesionales, estarían cometiendo una práctica desleal de las tipificadas en el artículo 27.5 LCD, que considera desleal por engañosa la conducta consistente en «presentarse de forma fraudulenta como un consumidor o usuario».

2º.- *Sitios de reseñas*: La expresión sitio de reseñas (*review sites, sites d'avis, bewertungsportale, siti di recension*) ha de interpretarse también de forma extensiva. Con ella ha de entenderse que se alude a «cualquier sitio web que aloje reseñas de clientes, sea o no éste su objetivo principal, y sea cual sea la forma en que se articule, ya sea un sitio web, una plataforma, una aplicación o incluso una red social»⁹⁷. Como se aprecia, esta definición se refiere al sitio de reseñas online. Ello obedece a la relevancia cuantitativa y cualitativa que poseen estos lugares en el entorno digital. Pero cabe admitir sin problemas otros sitios de reseñas extraños a dicho ámbito⁹⁸. No se olvide,

⁹⁴ NEVEU, S., «Avis Client...», *cit. supra*; la norma ISO20488:2018 contiene una definición de *reseña solicitada* y de *reseña espontánea*.

⁹⁵ DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, pp. 153 y 154.

⁹⁶ MASSAGUER FUENTES, J., «La reforma...», *cit.*, p. 23.

⁹⁷ MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 66 y 67.

⁹⁸ Como sería el caso, por ejemplo, de un libro o cuaderno de valoraciones puesto a disposición de la clientela en un determinado establecimiento.

en el sentido que acabo de señalar al abordar la noción de reseña, que las reseñas reguladas en la normativa comunitaria no han de considerarse vinculadas inexorablemente a los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico (*e-commerce*). En todo caso, dada la importancia de las reseñas en el entorno digital, la Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales se refiere expresamente a los sitios de reseñas online, enumerando como tales los mercados en línea, los motores de búsqueda, las herramientas comparativas, las redes sociales y los espacios web especializados en la valoración de viajes⁹⁹.

Se suelen diferenciar dos categorías principales de sitios de reseñas: 1^a) los que se presentan como *sistemas abiertos*, a los que pueden acceder y publicar reseñas los consumidores y usuarios sin necesidad de estar vinculados a experiencias previas de consumo; y 2^a) los que se configuran como *sistemas cerrados*, en los que solo los adquirentes de bienes o contratantes de servicios están facultados para formular las oportunas reseñas acerca de cuáles han sido sus experiencias de mercado¹⁰⁰. En rigor, los *sistemas abiertos* suelen ser puros portales de reseñas en los que no se lleva a cabo ninguna transacción, lo que dificulta la verificación de que el reseñador haya tenido una experiencia previa de consumo acerca del bien o servicio reseñado (por ejemplo, *TripAdvisor*). En cambio, los *sistemas cerrados* suelen ser mercados en línea en los que el proceso de verificación es más sencillo, ya que la transacción efectuada y su correspondiente reseña tienen lugar en el mismo foro (por ejemplo, *AirBnB*). En los casos en que el proveedor digital no exige regularmente una verificación para emitir una reseña, se considera que el sistema es *abierto*¹⁰¹.

Existen, no obstante, otras clasificaciones. Por ejemplo, el documento del organismo británico *Consumer Focus* clasifica los sitios de reseñas del modo siguiente: 1º) Sitios cuyo objetivo fundamental consiste en vender, pero que también incluyen una función de reseña, por lo que la reseña online forma parte del proceso de compra (por ejemplo, *Amazon*). 2º) Sitios que ofrecen enlaces o incorporan plataformas de opinión de terceros (como *Expedia*). 3º) sitios cuyo objetivo principal es ofrecer reseñas de consumidores y usuarios sobre bienes o servicios en lugar de venderlos (por ejemplo, *TripAdvisor*). 4º) Plataformas cuya principal finalidad estriba en proporcionar asesoramiento e información en foros de opinión y debate (por ejemplo, *Money Saving Expert*). 5º) Sitios bilaterales en los que las personas compran y venden entre sí, basados en reseñas de persona a persona en las que vendedor y comprador interactúan emitiendo comentarios (por ejemplo, *eBay*). 6º) Sitios de servicios de terceros de segunda generación en los que únicamente los compradores están facultados para publicar reseñas (por ejemplo, *Reevo*).

⁹⁹ Apartado 4.2.4 de la Guía; entre los sitios de reseñas más conocidos cabe mencionar, por ejemplo, *Google* (líder entre todos los motores de búsqueda), *Amazon* (líder mundial en el comercio electrónico), *Yelp* (plataforma que ayuda a los usuarios a encontrar negocios locales), *Better Business Bureau* (organización sin fines lucrativos orientada a mejorar la confianza entre empresarios y consumidores), *Páginas amarillas* (directorío de Internet en línea que ayuda a los clientes a encontrar negocios en su área), *Facebook* (plataforma de redes sociales en la que los usuarios pueden crear perfiles, subir fotos y vídeos, enviar mensajes y mantener contacto con familiares o amigos), *TripAdvisor* (sitio web de viajes por todos conocido), *Angie* (sitio web de listados y reseñas de servicios), *Foursquare* (aplicación móvil de búsqueda y descubrimiento local) y *Manta* (directorío y motor de búsqueda de servicios para pequeñas empresas en línea). Esta Información se encuentra en <https://gigonway.com/gestion-de-sitios-de-revision-de-clientes/> (consulta: 28 diciembre 2022); también al respecto: ORTEGA, C., «Sitios de reseñas de clientes», en <https://www.questionpro.com/blog/es/sitios-de-resenas-de-clientes/> (consulta: 29 diciembre 2022).

¹⁰⁰ VALANT, J., «Online consumer reviews...», *cit.*, p. 3; MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 66 y 67.

¹⁰¹ DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive–bad advice even more...», *cit.*, p. 130.

7º) Finalmente, las redes sociales y los blogs, que generalmente no proporcionan reseñas de consumidores, pero sí pueden servir de vehículos de publicidad de ciertos bienes o servicios¹⁰².

También se habla de sitios de reseñas organizados por operadores diversos de los vendedores de los bienes o los prestadores de los servicios sobre los que versan las reseñas, y de otros cuya organización corre a cargo de los mismos sujetos que venden los bienes o prestan los servicios reseñados. En el primer grupo se suele garantizar un grado de imparcialidad de las reseñas considerablemente mayor que en el segundo (a él pertenecen, por ejemplo, *Trustpilot*, *Feedback Company*, *eKomi* o *Data Comunicación*¹⁰³)¹⁰⁴. La menor imparcialidad (y fiabilidad) predicible del segundo grupo obedece a que normalmente en estos otros sitios de reseñas no suelen utilizarse las medidas internas de control o cribado dirigidas a la detección de prácticas irregulares¹⁰⁵.

b. Ámbito de aplicación personal o subjetivo de estas disposiciones

Una vez realizadas las precisiones terminológicas precedentes, conviene efectuar ciertas consideraciones acerca del *ámbito de aplicación personal o subjetivo* de estas nuevas disposiciones. Para tal fin, procede diferenciar entre quienes actúan en el mercado como *empresarios y profesionales* (*infra*, 1º) y quienes lo hacen como *consumidores y usuarios* (*infra*, 2º).

1º.- *Empresarios y profesionales*: Si los sujetos que realizan las prácticas sobre reseñas reguladas por la Directiva (UE) 2019/2161 tienen la condición de empresarios o profesionales (esto es, actúan en el marco de una actividad comercial, industrial o profesional)¹⁰⁶, no parecen existir dudas acerca de que les alcanzan las obligaciones o prohibiciones previstas en esta normativa, con independencia de que su actuación se realice con la finalidad de promocionar sus propios bienes o servicios o se dirija a la promoción de prestaciones empresariales ajenas¹⁰⁷.

En concreto, las plataformas electrónicas que realicen un *papel activo* podrán ser declaradas responsables de las prácticas comerciales desleales de forma conjunta con los autores de las reseñas. En este sentido, habrá de entenderse que asumen dicho papel activo cuando, por ejemplo, imponen reglas de comportamiento a sus usuarios, u optimizan las búsquedas o sus sistemas de reputación en línea¹⁰⁸. Por el contrario, quedarán eximidas de responsabilidad las plataformas digitales que se limiten a desarrollar una actividad meramente *técnica y pasiva*, sin tener conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada, y sin haber participado en la elaboración del contenido de los datos transmitidos. Así resulta de aplicar a esta materia el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE sobre los servicios de la sociedad de la

¹⁰² VALANT, J., «Online consumer reviews...», *cit.*, p. 3.

¹⁰³ *Ad ex.*, más información en AXINTE, M., «33 plataformas de puntuaciones de vendedor y reseñas de productos de Google», en <https://www.datafeedwatch.es/blog/plataformas-de-puntuaciones-google-shopping> (consulta: 30 diciembre 2022).

¹⁰⁴ MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 66 y 67.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ La Directiva 2005/29/CE habla de *comerciante* al que define en su artículo 2.b) como «cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste». En rigor, es más adecuado utilizar los términos *empresario y profesional*.

¹⁰⁷ Apartado 4.2.4. de la *Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales*.

¹⁰⁸ CUENA CASAS, M., «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 315 y ss., en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5612> (consulta: 3 enero 2023).

información y el comercio electrónico, que conecta directamente con el Considerando 42 de su Exposición de Motivos¹⁰⁹.

Según dispone el Considerando 42: «Las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada».

En apoyo de la solución apuntada, cabe citar en el plano jurisprudencial la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, *Google France y Google*)¹¹⁰. En ella, este órgano jurisdiccional declara que «del cuadragésimo segundo Considerando de la Directiva 2000/31 [se deduce] que las exenciones de responsabilidad establecidas en dicha Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza *meramente técnica, automática y pasiva*, lo que implica que el prestador *no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada*»¹¹¹. Por consiguiente (continúa el Alto Tribunal europeo), «para comprobar si la responsabilidad del prestador del servicio de referenciación podría verse limitada con arreglo al artículo 14 de la Directiva 2000/31, es necesario examinar si el papel desempeñado por el prestador es neutro (...), lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena». Lo anterior lleva al Tribunal de Justicia a concluir que «el artículo 14 de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que la norma que establece se aplica al prestador de un servicio de referenciación en Internet *cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados*. Si no desempeña un papel de este tipo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, *a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible*»¹¹².

La apuntada obligación de retirar los datos, tan pronto sea posible, tras tener conocimiento de su ilicitud, conecta directamente con establecido en el Considerando 46 de la Directiva 2000/31, donde se afirma que « para beneficiarse de una limitación de responsabilidad, el prestador de un servicio de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento de datos habrá de actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas».

En nuestro país, la doctrina jurisprudencial expuesta es seguida, por ejemplo, por la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2019. En ella, el Ato Tribunal español, tras citar y reproducir varios párrafos de la sentencia del caso *Google France y Google* a la que acabo de referirme, declara expresamente que «para determinar si la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza *meramente técnica, automática y pasiva*, es

¹⁰⁹ DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000.

¹¹⁰ En <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0236>

¹¹¹ Cursiva propia.

¹¹² *Ibidem*.

necesario establecer que la empresa que explota este dominio ni tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada»¹¹³. En particular, en lo que atañe al conocimiento efectivo, nuestra jurisprudencia entiende que éste existe cuando el proveedor de servicios de la sociedad de la información puede inferir, de las circunstancias concretas del caso y de la propia información de la que dispone, que una determinada conducta es ilícita, por ser ello patente y evidente. En concreto, para el Tribunal Supremo es conocimiento efectivo «aquél que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate»¹¹⁴.

Como indica la sentencia del asunto *Google France y Google* del Alto Tribunal Europeo, cuando las plataformas posean conocimiento efectivo de la ilicitud no serán, sin embargo, responsables si retiran las reseñas con rapidez o impiden que se pueda acceder a ellas. Ahora bien, si no actúan de este modo, se entiende que incumplen su deber de diligencia, siendo responsables de los daños y perjuicios causados en concepto de culpa por omisión. En apoyo de esta solución cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 2022, relativa a la responsabilidad del titular de una cuenta de *Facebook* por los comentarios publicados por terceros¹¹⁵. Aunque el control de los comentarios por un titular de este tipo de cuentas es diverso y superior al que corresponde a un sitio de reseñas, parece procedente trasladar la solución dada a este asunto al ámbito de las reseñas. En concreto, en esta sentencia el Alto Tribunal declara la responsabilidad de dicho titular «porque permitió que los comentarios publicados por los terceros en su perfil público (...) permanecieran en él, en vez de eliminarlos, que es lo que debía haber hecho al tener no solo un cabal y completo conocimiento de su contenido, manifiestamente atentatorio contra el honor de los recurridos, sino también un poder de control y decisión sobre su perfil que le legitimaba, igual que había hecho con otros, para borrarlos».

Por último, se ha de tener en cuenta que la jurisprudencia alemana ha sostenido que el privilegio de la responsabilidad prevalece incluso cuando el proveedor procesa las declaraciones de los usuarios estadísticamente o aplica filtros de palabras y examina manualmente las reseñas para garantizar el cumplimiento de sus condiciones generales. Ahora bien, aunque se aceptase esta interpretación, ha de admitirse que la mayor parte de las plataformas realizan actividades que exceden de las referidas, como —por ejemplo— efectuar valoraciones medias basadas en cálculos complejos y presentar dichas valoraciones del modo más fácil posible. Y se estará de acuerdo en la dificultad que entraña argumentar que dichas actividades poseen «naturaleza meramente técnica, automática y pasiva»¹¹⁶.

2º.- *Consumidores y usuarios*: Cuando los sujetos actúan en condición consumidora, esto es, al margen de una actividad empresarial o profesional¹¹⁷, con vistas a facilitar información sobre sus

¹¹³ STS 2105/2019 (Sala 3ª), de 27 de junio de 2019. Magistrado Ponente: Excmo. Sr D. Diego CÓRDOBA; en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a19630bf29a864dc48771ee14c022853a1bb>

¹¹⁴ STS 297/2016 (Sala 1ª), de 5 de mayo de 2016. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA; en <https://vlex.es/vid/638418345>

¹¹⁵ STS 747/2022 (Sala 1ª), de 3 de noviembre de 2022. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio GARCÍA MARTÍNEZ; en <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/5698d0da6ebf88d1a0a8778d75e36f0d>

¹¹⁶ DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 147.

¹¹⁷ O, si se prefiere (y más fielmente al modo en que definió en sentido negativo al consumidor la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984: LGDCU), sin finalidad de integrar el bien adquirido o el servicio contratado en procesos de mercado de carácter industrial, comercial o profesional. Al respecto, v. las

experiencias de mercado relativas a la adquisición de ciertos bienes o a la contratación de determinados servicios, quedan fuera del campo de aplicación de estas disposiciones. Ciertamente con una salvedad: que, a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, pueda entenderse que dichos sujetos *actúan en nombre o por cuenta de un empresario o profesional* (lo que acontecería, por ejemplo, en el caso de los denominados líderes de opinión o *influencers*, siempre que se considere que sus actuaciones son realizadas en nombre o por cuenta de empresarios o profesionales)¹¹⁸. Este criterio, formulado por la Comisión Europea en la Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales, no parece encajar del todo bien con la interpretación que un sector de la doctrina mercantilista realiza del ámbito de aplicación personal o subjetivo de nuestra LCD, según la cual ésta resulta aplicable a los consumidores aun cuando no actúen en nombre o por cuenta de ningún empresario o profesional.

Esta interpretación doctrinal cuenta, en cierto sentido, con refrendo jurisprudencial. Al respecto, cabría citar —por ejemplo— la sentencia del Tribunal Supremo 720/2010, de 22 de noviembre¹¹⁹. En ella se discutía el carácter desleal o no de la crítica a una empresa de alquiler de embarcaciones de recreo realizada por un patrón de yate y publicada en varias webs especializadas¹²⁰. A juicio del Alto Tribunal, en dicha crítica (que no era sino una reseña negativa en toda regla) cabía advertir finalidad concurrencial, entendida como «una incidencia, real o potencial, en el tráfico económico», pues «tanto su función objetiva como la voluntad del autor fue la de afectar a la empresa arrendadora, influyendo en potenciales clientes en beneficio de las empresas de la competencia en el sector»¹²¹. Es cierto que en este caso el autor de la crítica o reseña negativa,

consideraciones que realizo en «La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales», en MIRANDA SERRANO, L.M., VELA TORRES, P. y PRÍES PICARDO, A., *La contratación mercantil, disposiciones generales, protección de los consumidores*, tomo XXX del *Tratado de Derecho Mercantil*, Ed. Marcial Pons, 2006, pp. 179 y ss.; también: CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al artículo 3 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 102 y ss.

¹¹⁸ Apartados 4.2.4. y 4.2.6. de la *Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales*; conforme, *ad ex*: BLASCO, B., «Unfair commercial practices...», *cit.*, p. 152. Como se sabe, la figura del *influencer* no se caracteriza por su claridad. Podría asemejarse a un *medio de publicidad*, definido en la *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad* (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988; en adelante: LGP) como la persona que, de manera habitual y organizada, se dedica a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenta (artículo 8 LGP): OTERO COBOS, M.T., «El patrocinio publicitario con influencers: ¿publicidad encubierta?», en MADRID PARRA, AGUSTÍN, A. (Dir.), *Derecho Mercantil y Tecnología*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 812. Aunque también sería posible aproximarlo a la figura de la *agencia de publicidad*, definida por la LGP como la persona que se dedica de modo profesional y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante (artículo 8). En general, cabría atribuirle la condición de *colaborador empresarial*, en la medida en que difunde un mensaje publicitario dirigido a promocionar las prestaciones empresariales de un anunciante. Por ello las acciones legales que puedan interponerse sobre la base de la LCD habrán de dirigirse contra el anunciante y no contra el *influencer* (artículo 34.2 LCD), a no ser que éste haya actuado contraviniendo las indicaciones dadas por aquél (*arg. ex* artículo 34.2 LCD): TATO PLAZA, A., «Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales: influencers», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 311, 2019, pp. 71 y 72; CASADO NAVARRO, A., «Publicidad encubierta a través de influencers: normativa aplicable y régimen de responsabilidad», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 31, 2022, *passim*.

¹¹⁹ Sala 1ª. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús CORBAL FERNÁNDEZ; en <https://vlex.es/vid/-231505950> (comentada por IRÁCULIS ARREGUI, N., «Comentario a la STS de 22 de noviembre de 2010», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 86, 2011, pp. 1325 y ss.).

¹²⁰ Como recoge esta STS, dicha crítica comenzaba diciendo: ‘Mi opinión de que si queréis alquilar un velero en alguna ocasión no lo hagáis en Sitges con la empresa *Surcandomares*, yo tuve una mala experiencia con esta gente (...)»; y la finalizaba señalando: ‘El año pasado alquilé un velero en *Ronáutica* me salió algo más caro, pero esos sí que son unos profesionales. Espero que esa mala experiencia que pasé con esa gente evite que otro se encuentre en la misma situación, un saludo».

¹²¹ Esta decisión judicial contrasta con otra en sentido contrario dictada para un caso similar por el Tribunal Federal de Justicia alemán (*Bundesgerichtshof*: BGH), de la que da cuenta GARCÍA PÉREZ, R., «El ámbito objetivo de

en su condición de patrón de yate, participaba en el mercado ofreciendo sus servicios a través de Internet. Pero ¿y si el autor de la reseña hubiese sido un consumidor o usuario? Aunque se trata de una cuestión abierta, me inclino por responderla de forma negativa¹²². En realidad, mi opinión coincide con la expresada por la Comisión Europea en la Guía antes referida, según la cual esta normativa sólo alcanzaría a los consumidores y usuarios que, al elaborar reseñas de bienes y servicios, actuaran por cuenta de empresarios o profesionales.

He de explicarme: 1º) De conformidad con el modo en que un sector de la doctrina mercantilista interpreta el ámbito de aplicación subjetivo de la LCD, parecen quedar sujetos a esta normativa los comportamientos de mercado de los consumidores y usuarios, con el argumento de que así se infiere de la amplitud de términos con los que se delimita personalmente el ámbito de aplicación de la LCD. 2º) Como representativo de la interpretación doctrinal amplia a la que acabo de aludir cabría mencionar, *ad ex.*, al Profesor Alberto Bercovitz para quien no hay duda del sometimiento a la LCD de actuaciones de mercado realizadas por particulares. Éste sería el caso, por ejemplo —añade Bercovitz—, del acto por el que una persona no empresaria que ha heredado unas alfombras de un familiar fallecido hace pública la oferta de venta de dichas alfombras, engañando sobre su procedencia o calidad¹²³. 3º) Esta tesis no llega a convencerme. Es claro que la prohibición de actuar deslealmente alcanza a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, ya sea un empresario, un profesional e incluso una persona privada de la condición empresarial o profesional (como un consumidor). Pero para que a este último sujeto se le aplique la LCD, ha de tratarse de un particular que se inmiscuye en la acción de mercado de un empresario o profesional con el fin de promover o asegurar la difusión de sus prestaciones. 4º) En mi opinión, por tanto, la amplitud de los términos con los que aparece delimitado el ámbito de aplicación personal o subjetivo de la LCD no debe conducir a entender que la *profesionalidad* es una exigencia extraña a ella. Antes bien, dicho requisito está presente en su articulado, lo que ocurre es que no se proyecta sobre el sujeto agente del comportamiento desleal, sino sobre el propio comportamiento. 5º) Todo lo anterior me lleva a concluir que es irrelevante que el autor de la conducta desleal tenga o no la condición legal de empresario o profesional. Lo realmente relevante, a efectos de activar la LCD, es que la conducta por él realizada contribuya a asegurar o promover las prestaciones de un empresario o profesional o, si se prefiere, que se manifieste idónea para influir (de forma real o potencial) en las relaciones económicas del mercado. 6º) Pues bien, en lo que aquí especialmente interesa, la situación descrita (idoneidad —real o potencial— de la práctica para influir en las relaciones económicas del mercado) se entenderá acaecida cuando, a la vista de las circunstancias concurrentes, pueda entenderse que el consumidor o usuario que emite la reseña actúa en nombre o por cuenta de un

aplicación de la Ley de Competencia Desleal», *Derecho de los Negocios*, núm. 18, 2007, pp. 10 y ss. En concreto, la cuestión a la que se enfrentó el BGH, en sentencia de 20 de marzo de 1986, consistió (en lo que aquí interesa) en determinar si estaba o no sometida al ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal (*Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb: UWG*) la conducta consistente en la emisión, por parte de un crítico culinario, de una crítica negativa dirigida a un local de vinos, en la medida en que dicha crítica podía provocar que los lectores se inclinaban por acudir a otras vinaterías, en cuyo caso podría hablarse de un efecto promotor de prestaciones empresariales ajenas anudado a ella. Empero, a diferencia de lo sostenido por nuestro TS en la sentencia en el texto, el BGH no advirtió en este caso presencia de finalidad concurrencial en el comentario crítico, al considerar que la motivación del crítico culinario a la hora de redactarlo podía ser diferente de la necesaria para activar el campo de aplicación de la UWG.

¹²² Conforme, al parecer, GONZÁLEZ PONS, E., «Marketing digital...», *cit.*, p. 547,

¹²³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Artículo 3. Ámbito subjetivo», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 87 y 89; IDEM, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 420.

empresario o profesional, en el sentido apuntado por la Comisión Europea en la Guía antes referida¹²⁴.

3.2.La obligación de informar sobre la garantía de autenticidad de las reseñas y la consideración de su incumplimiento como práctica engañosa por omisión

La Directiva (UE) 2019/2161 fija la obligación de información a la que ahora me refiero en un nuevo apartado (el 6) que añade al artículo 7 (sobre omisiones engañosas) de la Directiva de prácticas comerciales desleales. Los destinatarios de esta nueva disposición son los empresarios que proporcionan acceso a las reseñas de los consumidores y usuarios, incluidos los que promocionan en su interfaz en línea las reseñas facilitadas por otros empresarios o profesionales, como una herramienta de valoración especializada¹²⁵. En concreto, el texto de este novedoso apartado 6 del artículo 7 Directiva 2005/29/CE es el que sigue: «Cuando un comerciante facilite el acceso a las reseñas de los consumidores sobre los productos, se considerará esencial la información acerca de si el comerciante garantiza que las reseñas publicadas pertenezcan (*sic*) a consumidores que hayan realmente utilizado o adquirido el producto».

No parece difícil interpretar el sentido de esta nueva norma a la vista del contexto en el que se inserta. Como se sabe, de conformidad con el artículo 7 de la Directiva de prácticas comerciales desleales, para que un comportamiento concurrencial encaje dentro de la noción de omisión engañosa, es necesario que la información omitida merezca considerarse *sustancial*. Razón por la cual se ha de colegir que el nuevo apartado 6 del referido artículo 7 no viene sino a establecer que, a juicio del legislador comunitario, se reputa *sustancial* la *información sobre la garantía de autenticidad* de las reseñas de productos y servicios. Dicho de otro modo: merece el reproche de deslealtad (*ex* apartado 6 del artículo 7 Directiva 2005/29/CE) la omisión de la información acerca de si se garantiza o no la veracidad del origen de las reseñas, esto es, que efectivamente provienen de consumidores reales que han utilizado o adquirido los bienes o servicios.

Esta norma de la Directiva (UE) 2019/2161 no se ha incorporado al articulado de la LCD, como habría sido lo deseable, sino al del TRLGDCU. Afirmando que habría sido lo deseable, aunque no lo esperable, porque procediendo de este modo el legislador español no ha hecho sino continuar por la senda por la que comenzó a transitar a partir de la incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2005/29/CE a través de la Ley 29/2009. Dicha senda, como se sabe, consistió básicamente en disgregar el Derecho de la competencia desleal, al insertar fuera de la LCD y, en concreto, dentro del TRLGDCU, las obligaciones de información que han de cumplir los empresarios en sus relaciones con los consumidores, así como el régimen sancionador correspondiente. Y esto es precisamente lo que hace de nuevo el legislador español de 2021, al incluir la obligación de información relativa a la garantía de autenticidad de las reseñas en el artículo 20 TRLGDCU¹²⁶. Bien es verdad, como se verá a continuación, que en dicho precepto del TRLGDCU se efectúa una remisión a la LCD (en concreto, a su artículo 7 sobre omisiones engañosas), para cumplir con ello las exigencias de la Directiva (UE) 2019/2161 que, como hemos precisado más arriba, configura esta práctica comercial como una omisión engañosa. Parece claro que, a través de esta remisión, el legislador español trata de salvar la fragmentación normativa

¹²⁴ En este sentido ya tuve oportunidad de expresarme en «Economía colaborativa y competencia desleal», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pp. 219 y 220, en <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/28427> (consulta: 3 enero 2023).

¹²⁵ Apartado 4.2.4. de la *Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales*.

¹²⁶ MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 77.

del régimen de la competencia desleal predicable de nuestro ordenamiento¹²⁷. En concreto, la imposición a los empresarios de la obligación de información a la que me refiero se ha llevado a cabo en el apartado 4 del artículo 20 TRLGDCU. En él se dispone expresamente lo siguiente: «Las prácticas comerciales en las que un empresario facilite el acceso a las reseñas de los consumidores y usuarios sobre bienes y servicios deberán contener información sobre el hecho de que el empresario garantice o no que dichas reseñas publicadas han sido efectuadas por consumidores y usuarios que han utilizado o adquirido realmente el bien o servicio. A tales efectos, el empresario deberá facilitar información clara a los consumidores y usuarios sobre la manera en que se procesan las reseñas».

A pesar de la lógica similitud apreciable entre la redacción de ambas normas [la comunitaria (artículo 7.6 Directiva 2005/29/CE) y la nacional (artículo 20.4 TRLGDCU)], si se efectúa una comparación entre ellas no es difícil detectar algunas diferencias. A ellas me refiero seguidamente, aunque he de precisar que la segunda tiene mayor trascendencia que la primera, que reviste un carácter puramente terminológico.

1ª.- *Primera diferencia*: Mientras que la norma europea se refiere solo a *consumidores* y a *reseñas de productos*, la interna, en cambio, alude a *consumidores y usuarios* y a *reseñas de bienes y servicios*. Es verdad que la omisión de los usuarios y de los servicios por parte de la Directiva (UE) 2019/2161 no obedece a un olvido o descuido del legislador comunitario. Antes bien, es fruto de una decisión consciente y deliberada. No otra cosa se infiere del artículo 3 de la referida Directiva que, al dotar de una nueva redacción al artículo 2 Directiva 2005/29/CE, ofrece una definición expresa de *producto*, de conformidad con la cual se entiende por él «cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, los servicios digitales y el contenido digital, así como los derechos y obligaciones». Pese a todo, el proceder del legislador europeo no llega a convencerme. La distinción entre bienes y servicios está tan asentada en el sistema jurídico continental que no me parece aceptable utilizar el vocablo *producto* para aludir con él a ambas modalidades de prestaciones empresariales (bienes y servicios). Esto explica que, aun tratándose de una cuestión terminológica que puede salvarse sin dificultad por la vía de la interpretación jurídica, valore más positivamente la redacción de la norma interna, toda vez que en ella se diferencia claramente entre bienes y servicios, por un lado, y entre consumidores y usuarios, por otro. En todo caso, la función que en el Derecho de la Unión Europea desempeña el término *producto* es asumida en nuestra LCD por el vocablo *prestación*, aunque existen en su articulado disposiciones que no son consecuentes con dicha opción terminológica¹²⁸.

2ª.- *Segunda diferencia*: Mas las divergencias entre los preceptos europeo y español a los que me refiero no acaban con lo señalado. La norma nacional (artículo 20.4 TRLGDCU) aclara en alguna medida el alcance de la información que ha de proporcionarse a los consumidores, al especificar que habrá de informarse sobre «la manera en que se procesan las reseñas». También en esto el legislador español parece estar más acertado que su homónimo comunitario, pues incluye en la propia disposición una regla relativa al ámbito de la información que el empresario está obligado a suministrar a los consumidores y usuarios, lo que —sin embargo— no hace el apartado 6 del artículo 7 Directiva 2005/29/CE, que omite toda referencia a este asunto¹²⁹. En realidad, en la

¹²⁷ GONZÁLEZ PONS, E., «Marketing digital...», *cit.*, p. 553; CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 28 (de la versión manuscrita).

¹²⁸ MASSAGUER FUENTES, J., «La reforma...», *cit.*, p. 7 (en versión electrónica).

¹²⁹ Probablemente la mayor concreción que en esta materia se aprecia en la norma española (en contraste con la comunitaria) obedezca a la recomendación que hizo en su día la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC) en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica el TRLGDCU*, disponible en

Directiva (UE) 2019/2161 el alcance de la información que ha de ofrecerse a los consumidores y usuarios no aparece en una disposición legal, como sería lo lógico y procedente¹³⁰, sino en un Considerando de su Exposición de Motivos. En concreto, en el número 47, cuyo tenor —en lo que aquí interesa— es el que sigue: «los comerciantes deben facilitar información sobre cómo se realizan las comprobaciones, así como proporcionar información clara a los consumidores sobre la manera en que se procesan las reseñas, por ejemplo, si todas las reseñas, positivas y negativas, se publican o si estas reseñas han sido patrocinadas o influidas por una relación contractual con un comerciante». Como aclara la Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales, este Considerando se ha de interpretar en el sentido de que exige al empresario informar acerca de «si todas las reseñas se publican, cómo se obtienen, cómo se calculan las puntuaciones medias de las reseñas y si se ven influidas por reseñas patrocinadas o por relaciones contractuales con los comerciantes alojados en la plataforma»¹³¹.

De todos modos, aunque es cierto que el legislador español dicta en el artículo 20.4 TRLGDCU una norma más completa que la comunitaria en el sentido indicado, no es menos verdad que se queda corto al fijar la información que el empresario ha de suministrar al consumidor, pues sólo alude a la manera en que se procesan las reseñas, omitiendo la referencia a los controles de verificación aplicados, a los que, en cambio, sí se refiere expresamente el Considerando 47 de la Directiva¹³². Esta idea se refuerza si se compara la norma española con las disposiciones análogas que se han introducido en los ordenamientos de otros Estados miembros de la Unión. En efecto, de dicha comparación se infiere que la redacción que el legislador comparado ha dado a esta disposición diverge de la dada por el español. En gran medida, ello obedece a que en este extremo la versión en otras lenguas de la Directiva (UE) 2019/2161 difiere de la española. Al respecto, puede servir de ejemplo la versión francesa (aunque lo mismo cabría afirmar de la alemana o de la inglesa), que considera sustancial la información que permita determinar si el profesional garantiza, y *cómo lo hace*, que las reseñas publicadas proceden de consumidores reales que han utilizado o comprado el producto¹³³.

Se explica así que no cause sorpresa que el tenor de las normas internas que incorporan esta disposición comunitaria a sus respectivos ordenamientos difiera del de la norma española. En Francia, por ejemplo, se reproduce literalmente el texto de la Directiva. Por ello, a diferencia de lo que dispone nuestro artículo 20.4 TRLGDCU, la norma gala establece una exigencia mayor, al requerir que la información sobre las reseñas ofrecida por el comerciante permita determinar si garantiza que proceden efectivamente de consumidores reales y *cómo lo garantiza*: «Lorsqu'un professionnel donne accès à des avis de consommateurs sur des produits, les informations permettant d'établir si et comment le professionnel garantit que les avis publiés émanent de consommateurs ayant effectivement utilisé ou acheté le produit sont réputées substantielles»¹³⁴.

<https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc02721> (consulta: 20 diciembre 2022). No en vano, en dicho informe la CNMC es clara al señalar que «debería concretarse en mayor medida en qué debe consistir la comprobación, así como los compromisos que el empresario debe asumir, dado que el proceso de verificación puede ser difícilmente demostrable, por ser ambigua e indeterminada la metodología para llevarla a cabo» (p. 13).

¹³⁰ WINNER, M., «La regulación jurídica de los contratos ...», *cit. supra*.

¹³¹ Apartado 4.2.4.

¹³² MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 75 y 76.

¹³³ «Lorsqu'un professionnel donne accès à des avis de consommateurs sur les produits, les informations permettant d'établir *si et comment* le professionnel garantit que les avis publiés émanent de consommateurs ayant effectivement utilisé ou acheté le produit sont réputées substantielles» (cursiva propia).

¹³⁴ Artículo L. 121-3 del *Code de la Consommation*, tras la reforma acometida por la *Ordonnance n.º 2021-1734 du 22 décembre 2021 transposant la Directive 2019/2161*, que se encuentra disponible en <https://www.vogel->

Y lo mismo ocurre en Alemania, como lo corrobora el precepto de la Ley de Competencia desleal desleal (*Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb: UWG*) que regula esta materia, cuyo tenor es el siguiente: «Macht ein unternehmer bewertungen zugänglich, die verbraucher im hinblick auf waren oder dienstleistungen vorgenommen haben, so gelten als wesentlich informationen darüber, ob und wie der unternehmer sicherstellt, dass die veröffentlichten bewertungen von solchen verbrauchern stammen, die die waren oder dienstleistungen tatsächlich genutzt oder erworben haben»¹⁵⁵. De ambas normas (francesa y alemana) se infiere la imposición al empresario y/o profesional de una obligación de transparencia a dos niveles. Si no garantiza que las reseñas publicadas proceden de consumidores o usuarios reales, sólo tiene el deber de informar de dicha circunstancia. Ahora bien, si garantiza que las reseñas proceden de consumidores o usuarios auténticos, está obligado a informar a la clientela sobre los procesos y procedimientos que ha adoptado con vistas a comprobar o verificar dicha autenticidad¹⁵⁶. Más en concreto, de conformidad con la interpretación que se realiza de estas disposiciones, se considera que el empresario o profesional resulta obligado a facilitar información clara sobre cómo se tratan las reseñas en el contexto del proceso de verificación; por ejemplo, ofreciendo datos acerca de los criterios utilizados para clasificarlas, o sobre si se publican o no la totalidad de las emitidas, tanto si son positivas como negativas¹⁵⁷.

A la vista de lo expuesto, ha de postularse una interpretación del artículo 20.4 TRLGDCU que sea conforme con el contenido del Considerando 47 de la Directiva (UE) 2019/2161¹⁵⁸ y, además, sitúe al Derecho español en la misma senda que otros ordenamientos de la Unión Europea, como el francés o el alemán, más precisos y completos en lo que atañe a la concreción de la información que los empresarios y profesionales están obligados a suministrar. Según esta interpretación, el empresario o profesional que garantice la autenticidad de las reseñas no sólo estaría obligado a informar sobre el modo en que procesa las reseñas (que es lo que dice el artículo 20.4 TRLGDCU), sino también sobre las medidas que ha puesto en marcha para garantizar que dichas reseñas son auténticas (como establece el Considerando 47 de la Directiva UE 2019/2161 y las normas francesa y alemana antes aludidas)¹⁵⁹. En rigor, esta forma de entender el artículo 20.4 TRLGDCU viene exigida por el carácter de norma armonizadora de máximos que es predicable de la

[vogel.com/PDF/ARTICLES/2022/Ordonnance_2021-1734_22122021.pdf](https://www.vogel.com/PDF/ARTICLES/2022/Ordonnance_2021-1734_22122021.pdf) (consulta: 7 enero 2023). Tras la entrada en vigor la normativa comunitaria sobre reseñas, se ha de indicar si existen procedimientos para controlar las reseñas publicadas (por ejemplo, comprobar si el autor de la reseña es un consumidor que ha comprado el producto), cómo se controla la información, así como informar sobre la política de gestión de reseñas (por ejemplo, todas las reseñas, tanto positivas como negativas, se publican; esta reseña está patrocinada, etc.): INSTITUT NATIONAL DE LA CONSOMMATION, «Les avis en ligne: comment leur faire confiance?», disponible en <https://www.inc-conso.fr/content/les-avis-en-ligne-comment-leur-faire-confiance> (consulta: 2 enero 2023).

¹⁵⁵ Artículo 5b (3) UWG.

¹⁵⁶ Así, a propósito del Derecho alemán (pero igualmente válido para el ordenamiento jurídico francés), v. WETTBEWERBSZENTRALE, "25.05.2022 // UWG-Novelle 2022 – die wichtigsten Änderungen im Überblick - Teil II: Kundenbewertungen, belästigende Werbung, Blacklist Tatbestände und neue Rechtsfolgen", disponible en https://www.wettbewerbszentrale.de/de/home/_news/?id=3569 (consulta: 3 enero 2023); WIPPER, A. y GOFFIN, M., «Fake-Bewertungen...», *cit. supra*; REHAAG, C., PUTH, A. y GOLDSTEIN, C., «Digitalisierung und Lauterkeitsrecht – das neue UWG», disponible en <https://www.dentons.com/de/insights/articles/2022/may/16/revised-law-against-unfair-competition-in-germany> (consulta: 4 enero 2023).

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive–bad advice even more...», *cit.*, p. 147.

¹⁵⁹ MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 76.

Directiva, que no permite a los legisladores de los Estados miembros rebajar el nivel de protección que en ella se confiere al consumidor¹⁴⁰.

En cuanto a su efectividad práctica, esta obligación de información (interpretada del modo que acabo de exponer) merece ser valorada en un doble sentido. Por un lado, la información relativa a los mecanismos de procesamiento de las reseñas incluirá normalmente conceptos técnicos que poco aportarán a los consumidores y usuarios. Sin embargo, la información sobre las medidas puestas en práctica para garantizar que las reseñas no presentan irregularidades quizá pueda ser de mayor utilidad para la clientela¹⁴¹.

Por otra parte, al margen de las diferencias comentadas, ha de constatarse que tanto la norma comunitaria como la nacional que se analizan aluden al comerciante o empresario que «facilite el acceso a las reseñas de los consumidores». El empleo de esta expresión plantea al intérprete la cuestión de determinar en qué supuestos se da dicha circunstancia ¿Cabe entender que se facilita el acceso a las reseñas cuando una determinada empresa en su página de inicio ofrece un enlace a un proveedor de servicios de reseñas que se las proporciona? A este asunto se ha referido la autoridad autorreguladora de la competencia en Alemania (la *Wettbewerbszentrale*). A su juicio, se trata de una cuestión abierta que necesariamente habrá de ser aclarada por la jurisprudencia. Aunque lo cierto es que hoy por hoy el legislador alemán considera que un mero enlace, en el sentido indicado, no supone hacer accesibles las reseñas. De modo que si se consolidara esta interpretación de cara al futuro, el ámbito de aplicación de la obligación de información impuesta por el apartado 6 del artículo 7 Directiva 2005/29/CE únicamente alcanzaría a las empresas que poseen y ofrecen sus propios sistemas de reseñas y calificación (normalmente grandes tiendas online y ciertos mercados en línea), así como a los operadores de las plataformas de calificación¹⁴². En favor de esta solución interpretativa se ha pronunciado también el borrador gubernamental de la enmienda que introdujo esta norma en la Ley de competencia desleal alemana (UWG). Efectivamente, en dicho documento, además de ofrecerse algunas ideas acerca de cómo el empresario o profesional podría gestionar las reseñas de bienes y servicios cuyo acceso facilita a la clientela (por ejemplo, publicando sólo aquellas en las que haya comprobado que su autor ha adquirido el bien o contratado el servicio reseñado), se sostiene que la aparición de un simple enlace a un sitio de reseñas gestionado por un tercero no significa que las reseñas sean accesibles en el sentido requerido por el apartado 6 del artículo 7 Directiva 2005/29/CE y su correlativo artículo 5b (3) UWG¹⁴³.

Hechas las observaciones precedentes, se ha de tener en cuenta que el artículo 20.4 TRLGDCU se completa con lo establecido en los apartados 5 y 6 de ese mismo precepto. Éstos añaden lo siguiente: 1º) El apartado 5 fija una regla probatoria, merced a la cual atribuye al empresario la carga de demostrar el cumplimiento de los deberes de información a los que acabo de referirme: «La carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en este artículo incumbirá al empresario». 2º) El apartado 6, por su parte, remite al artículo 7 LCD para reputar desleal (por constituir una omisión engañosa) toda aquella práctica

¹⁴⁰ EBERS, M., «De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», *InDret*, núm. 2 de 2010, pp. 10 y ss., accesible en <https://indret.com/de-la-armonizacion-minima-a-la-armonizacion-plena/>; ARROYO AMAYUELAS, E., *La armonización del Derecho privado europeo y el impacto de la digitalización*, disponible en <https://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/148858>, pp. 10 y ss.

¹⁴¹ DUROVIC, M. y KNIPEKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 148.

¹⁴² WETTBEWERBSZENTRALE, "25.05.2022 // UWG-Novelle 2022...", *cit. supra*; al parecer, también conformes: DUROVIC, M. y KNIPEKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 147.

¹⁴³ WIPPER, A. y GOFFIN, M., «Fake-Bewertungen...», *cit. supra*.

que incumpla lo previsto en el artículo 20.4 TRLGDCU: «El incumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores será considerado una práctica desleal por engañosa en el sentido del artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal». La regla probatoria referida (artículo 20.5 TRLGDCU) no merece ningún comentario. No ocurre lo mismo, sin embargo, con la remisión que el artículo 20.6 TRLGDCU realiza a la LCD; en concreto, a su artículo 7 regulador de las omisiones engañosas. Al respecto, ha de constatarse que, de conformidad con el tenor del precepto remisorio, el incumplimiento por el empresario del deber de informar sobre si garantiza o no que las reseñas corresponden a consumidores y usuarios reales constituye *ex lege* una práctica engañosa por omisión en el sentido del artículo 7 LCD. Como señalé más arriba, parece claro que mediante esta remisión al artículo 7 LCD el legislador español trata de cumplir los dictados de la Directiva (UE) 2019/2161 que incorpora esta obligación de información al artículo 7 Directiva 2005/29/CE relativo a las omisiones engañosas.

Desde mi punto de vista, son dos las posibles interpretaciones que pueden realizarse del artículo 20.6 TRLDDCU: 1ª) La primera consiste en entender que si el empresario incumple el deber que le impone el artículo 20.4 TRLGDCU está *ipso iure* cometiendo una práctica engañosa por omisión *ex artículo 7 LCD*. 2ª) La segunda, en cambio, no conferiría de forma automática a dicho incumplimiento la consideración de engaño por omisión. Antes bien, exigiría analizarlo a la luz de las exigencias que tipifica el artículo 7 LCD, según el cual una conducta es considerada desleal cuando omita u oculte la información *necesaria* para que el consumidor pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con pleno conocimiento de causa, a la vista del contexto fáctico en el que se producen los hechos y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias (de modo que la expresión *información necesaria ex LCD* viene a ser coincidente con la de *información sustancial ex Directiva 2005/29/CE*¹⁴⁴)¹⁴⁵. De estas dos posibles interpretaciones me decanto por la segunda. Razón por la cual no puede concluirse que el incumplimiento por el empresario de la obligación de información que se analiza constituye siempre y en todo caso una omisión engañosa. Antes bien, merecerá dicha consideración cuando, tras la valoración del supuesto concreto, pudiera considerarse que la omisión de dicha información es susceptible de alterar el comportamiento económico del consumidor medio¹⁴⁶.

Por último, antes de dar paso al análisis de las prácticas comerciales sobre reseñas reputadas *per se* desleales, parece oportuno concluir que el incumplimiento del deber impuesto por el artículo 20.4 TRLGDCU constituye una infracción de consumo [*ex artículo 47.1 (letra u) TRLGDCU*] y además un acto de engaño por omisión en el sentido indicado [*ex artículo 20.6 TRLGDCU*], que a su vez es una práctica desleal con los consumidores [*ex artículo 19.1 TRLGDCU*] y, al mismo tiempo, un ilícito administrativo en materia de consumo [*ex artículo 47.1 (letra m) TRLGDCU*]¹⁴⁷. Esto no es sino resultado de la «invencible pulsión disgregadora» (Massaguer)¹⁴⁸ apreciable en el tratamiento legal de la competencia desleal en nuestro país; sobre todo, a partir de la reforma

¹⁴⁴ Sobre la exigencia de que la información sea *sustancial* (*ex artículo 7 Directiva 2005/29/CE*) se ha pronunciado expresamente la STJUE de 25 de julio de 2019 en el asunto C-632/16 *Dyson Ltd, Dyson BV/BSH Home Appliances NV* (en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1180103); v., en particular, su apartado 42.

¹⁴⁵ *Ad ex.*, acerca de la analogía apreciable entre los términos *sustancial* y *necesario*: PATIÑO ALVÉS, B., «El engaño en la publicidad», en <https://www.beatrizpatino.com/wp-content/uploads/2015/05/EL-ENGA%C3%91O-EN-LA-PUBLICIDAD.pdf>, p. 23 (consulta: 29 diciembre 2022).

¹⁴⁶ CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 27 (de la versión manuscrita).

¹⁴⁷ MASSAGUER FUENTES, J., «La reforma...», *cit.*, pp. 24 y 25 (en versión electrónica).

¹⁴⁸ MASSAGUER FUENTES, J., «Treinta años...», *cit.*, p. 88.

acometida en 2009 para incorporar a nuestro Derecho los mandatos de la Directiva 2005/29/CE. En especial, porque dicha Ley introdujo la categoría de prácticas comerciales desleales con consumidores para ciertos actos de competencia desleal. Además, hizo de estas prácticas ilícitas de consumo sometidos tanto a las potestades de vigilancia y control de las autoridades consumeristas como al procedimiento administrativo sancionador (artículos 19, 47.3 y 49.1 letra l TRLGDCU). Y ello sin privarles de su condición de actos de competencia desleal sujetos a la LCD¹⁴⁹.

3.3. La tipificación de dos prácticas sobre reseñas reputadas *per se* desleales

Junto con la obligación de información a la que me acabo de referir, la Directiva (UE) 2019/2161 introduce en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CEE dos conductas sobre reseñas de bienes y servicios que se consideran *per se* desleales. Se trata de dos comportamientos concurrenciales reputados nocivos para los intereses económicos de quienes actúan en el mercado en condición consumidora. Como se apreciará con relativa facilidad, la nocividad (y subsiguiente ilicitud) de estas prácticas radica en su aptitud para distorsionar la libre decisión negocial de los consumidores y usuarios. En particular, por afectar a su *libertad de saber*, al ser susceptibles de conducirles a tomar decisiones de mercado que no habrían adoptado de no haberse producido este tipo de conductas¹⁵⁰. Aunque, como es natural, su tipificación legal también proporciona una protección indirecta a los empresarios y profesionales que basan en la buena fe sus actuaciones de mercado en materia de reseñas¹⁵¹. Y desde luego, como es propio de todos los actos de engaño, dicha tipificación coadyuva a lograr el objetivo de la transparencia en el mercado, que es uno de los principales fines a cuya consecución obedece la represión de la competencia desleal¹⁵². Seguidamente, presto atención a ambas prácticas reputadas *per se* desleales, aunque con anterioridad a ello conviene precisar que su deslealtad *per se* o automática comporta que la valoración de su ilicitud ha de fundamentarse en criterios objetivos. De modo que, en lo que a ellas atañe, no será necesario acreditar la concurrencia de las condiciones que determinan el carácter engañoso del comportamiento de mercado, como son la susceptibilidad para inducir a error y para alterar el comportamiento económico del consumidor medio¹⁵³.

a. La afirmación de que las reseñas proceden de consumidores reales sin tomar medidas razonables y proporcionadas para comprobarlo

Tras la reforma llevada a cabo por la Directiva (UE) 2019/2161, el apartado 23 *ter* del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE tipifica este ilícito de deslealtad (*per se*) en los siguientes términos: constituye una práctica comercial engañosa en cualquier circunstancia «afirmar que las reseñas de un producto son añadidas por consumidores que han utilizado o adquirido realmente el producto, sin tomar medidas razonables y proporcionadas para comprobar que dichas reseñas pertenezcan a tales consumidores». Al leer esta norma, lo primero que se aprecia es su similitud

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 88 y 89.

¹⁵⁰ Entre otros muchos: MALBON, J., «Taking fake online consumer reviews seriously», *Journal of Consumer Policy*, 36, 2013, pp. 139 y ss., en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2238889 (consulta: 2 febrero 2023); BLASCO, B., «Unfair commercial practices...», *cit.*, pp. 148 y ss.

¹⁵¹ MARTÍN ARESTI, P., «Artículo 27. Otras prácticas engañosas», *cit.*, p. 748.

¹⁵² MASSAGUER FUENTES, J., «Artículo 7. Actos de engaño», MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 217.

¹⁵³ MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho...*, *cit.*, pp. 103 y ss.; TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. *La reforma de la Ley*, *cit.*, pp. 107 y ss.; CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 28 (de la versión manuscrita); IDEM, *Consecuencias negociales de las prácticas desleales...*, *cit.*, p. 112.

con una de las reglas que el *Research Group on the Law of Digital Services* fija en el artículo 8.4 de su *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*¹⁵⁴; en concreto, con la que establece que «(s)i el operador de la plataforma afirma que las reseñas proceden de clientes reales, deberá tomar medidas razonables y proporcionadas para verificar que las opiniones se basan en una transacción confirmada»¹⁵⁵. E idéntica similitud es predicable respecto del artículo 6 de las *Model Rules on Online Platforms* elaboradas por el *European Law Institute*. Como expuse más arriba, este documento recoge con escasas diferencias lo dispuesto en el artículo 8.4 del *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*¹⁵⁶. De ahí que no cause sorpresa la referencia expresa que las *Model Rules* realizan a la obligación del operador de la plataforma de que, cuando indique que sus reseñas proceden de consumidores reales, adopte medidas razonables y proporcionadas para corroborar que ello es así¹⁵⁷.

Por otra parte, se ha de tener en cuenta que, con anterioridad a la inclusión de esta norma en la Directiva (UE) 2019/2161, habían tenido lugar algunos conflictos jurídicos dentro de la Unión Europea en los que las autoridades competentes de los Estados miembros tuvieron la oportunidad de pronunciarse a favor de considerar desleales comportamientos de esta naturaleza. Razón por la cual cabría considerarlos antecedentes de la norma que se analiza. Entre ellos, ocupa un primer lugar en orden cronológico el asunto sobre *Tripadvisor* del que conoció, a comienzos de 2012, la autoridad inglesa en materia de publicidad (la *Advertising Standards Authority: ASA*), en su condición de institución autorreguladora de la industria publicitaria en el Reino Unido¹⁵⁸. Tras su oportuno análisis, la solución que se dio a este conflicto consistió en la prohibición a *Tripadvisor* de la utilización de los eslóganes «*Reviews you can trust*» («Reseñas en las que puedes confiar») y «*Trusted advice from real travellers*» («Consejos fiables de viajeros reales»). La resolución que puso fin al expediente, fechada el 1 de febrero de 2012 y propiciada por una queja presentada por la compañía de investigaciones en línea *KwikChex* junto con dos empresas hoteleras, se basó fundamentalmente en que dichos eslóganes no se correspondían con la realidad, en la medida en que *Tripadvisor* no garantizaba la autenticidad de las reseñas publicadas en sus páginas web¹⁵⁹. En concreto, en opinión de la autoridad británica referida, los mecanismos utilizados por *TripAdvisor* para tratar de evitar las reseñas fraudulentas o irregulares no eran suficientes para que la compañía afirmase (a través de los eslóganes aludidos) que todas sus reseñas eran reales¹⁶⁰. Pese a que la compañía retiró dichos eslóganes poco después de que

¹⁵⁴ *Cit. supra*.

¹⁵⁵ Traducción propia.

¹⁵⁶ *Cit. supra*.

¹⁵⁷ «Article 6 (Criteria of Professional Diligence for Reputation Systems): The criteria in the meaning of paragraph (3) (b) of Article 5 are: a) The platform operator must take reasonable and proportionate steps to ensure that the review is based on a genuine experience of its object. b) If the platform operator claims that reviews are based on a verified transaction, it must ensure that the review originates from a party to that transaction (...).»

¹⁵⁸ Sobre las características de la ASA y su funcionamiento: FUERTES, C., «Autoridad de normas de publicidad: Reino Unido», en [https://hmong.es/wiki/Advertising_Standards_Authority_\(United_Kingdom\)](https://hmong.es/wiki/Advertising_Standards_Authority_(United_Kingdom)) (consulta: 7 enero 2023).

¹⁵⁹ Los denunciantes alegaron que habían estado durante ocho meses estudiando a *Tripadvisor*. Y ello les permitió constatar que una sola persona había publicado 127 críticas falsas para comprobar la fiabilidad del sistema. También advirtieron que, de los 50 millones de reseñas publicadas, la mitad tenía más de un año, lo que las dejaba desfasadas. Además, de esos 25 millones, aseguraban que hasta el 20 por ciento podrían ser falsas: «Tripadvisor cede y retira el eslogan *Críticas en las que puedes confiar*», disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.preferente.com/marketing/tripadvisor-cede-retira-de-su-web-%E2%80%99Ccriticas-en-las-que-puedes-confiar%E2%80%9D-75752.html> (consulta: 7 e- nero 2023).

¹⁶⁰ En palabras de la ASA, *TripAdvisor* "no debe afirmar ni dar a entender que todas sus reseñas provienen de viajeros reales o que son honestas, reales o de confianza": FUERTES, C., «Autoridad de normas de publicidad...»,

se iniciara la oportuna investigación (sustituyéndolos por uno nuevo: «*Reviews from our community*»: «Reseñas de nuestra comunidad»), su primera reacción fue de frontal rechazo a la resolución, al considerar que, además de ir en contra del sentido común, no guardaba sintonía con los millones de personas reales que cada día usaban y confiaban en sus páginas web de reseñas relativas al sector turístico (hoteles, restaurantes, bares, cruceros, etc.)¹⁶¹.

En una dirección muy similar, es necesario mencionar también otro conflicto jurídico acontecido en Italia en 2014. En él estuvo implicado el mismo operador turístico que el afectado por el caso británico al que acabo de referirme, esto es, la plataforma online *Tripadvisor*. Este nuevo asunto llevó a la autoridad italiana de la competencia (la denominada *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) a imponer a dicho operador del mercado digital (el 19 de diciembre de 2014) una multa de 500000 euros por entender que su conducta era contraria a los artículos 20, 21 y 22 del *Codice del consumo* italiano (actuación contraria a la diligencia profesional y prácticas engañosas por acción y omisión)¹⁶². A su juicio, cuando *Tripadvisor* ofrecía a la clientela sus servicios de comparación de establecimientos turísticos, transmitía la idea de que podían fiarse plenamente de las reseñas y valoraciones publicadas, pues eran auténticas y se correspondían con las opiniones reales de millones de viajeros¹⁶³. Sin embargo, según la autoridad italiana de la competencia (que se mostró coincidente con el pronunciamiento emitido varios años antes por la *Advertising Standards Authority* británica), dicha idea no era cierta, en la medida en que *Tripadvisor* no estaba en condiciones de garantizar de forma efectiva el sentido genuino de las reseñas y valoraciones alojadas en sus páginas webs¹⁶⁴. Es verdad que esta resolución administrativa fue posteriormente anulada por el Tribunal Administrativo Regional del Lazio, al entender, contrariamente al criterio de la autoridad de la competencia, que las reseñas y valoraciones eran sometidas a sistemas de control eficaces y, además, que la declaración efectuada por *Tripadvisor* en su página web, en el sentido de que resulta imposible verificar la veracidad de las opiniones de todos sus clientes¹⁶⁵, debería ser suficiente para advertir al

cit., supra; entre otros, aluden también a este caso: MARIQUE, E. y TROWEL A., «La régulation des fake news...», *cit.*, p. 394; MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Fake reviews on online...», *cit.*, pp. 24 y 25.

¹⁶¹ VARGAS, A., «Un eslogan de *TripAdvisor* incumplía el código británico sobre publicidad», disponible en https://www.hosteltur.com/162260_eslogan-tripadvisor-incumplia-codigo-britanico-publicidad.html (consulta: 6 enero 2023). En concreto, *TripAdvisor* se defendió alegando, entre otras cosas, que ellos «no afirmaban estar 100% libres de fraude... [pero que]... utilizaban sistemas de detección de fraudes avanzados y muy eficaces, y dedicaban importantes recursos a identificar y minimizar los contenidos no auténticos». Además, argumentaron que el efecto práctico derivado de un pequeño número de reseñas falsas era "insignificante", ya que los datos de la investigación mostraron que los consumidores leían docenas de reseñas antes de reservar, tenían un "escepticismo" respecto de las reseñas de otros usuarios y tendían a descartar las opiniones incoherentes: HUN, K. M., «Gaming the system: Fake online reviews...», *cit.*, pp. 13 y 14.

¹⁶² V. el texto de este Código en <https://www.codicedelconsumo.it/>

¹⁶³ Entre las afirmaciones realizadas por *Triadvisor* podía leerse, entre otras cosas, lo que sigue: «Non importa se preferisci le catene alberghiere o gli hotel di nicchia: su *Tripadvisor* puoi trovare tante recensioni vere e autentiche, di cui ti puoi fidare. Milioni di viaggiatori hanno pubblicato on-line le proprie opinioni più sincere su hotel, bed & breakfast, pensioni e molto altro»; y en la misma dirección: «*TripAdvisor* offre consigli di viaggio affidabili, pubblicati da veri viaggiatori».

¹⁶⁴ Al respecto, más información, *ad ex*, en BIFFARO, L., «Unfair commercial practices and online consumer reviews: the italian Triadvisor case», *Rivista italiana di Antitrust*, número 1, 2015, pp. 181 y ss., disponible en https://web.archive.org/web/20180410114039id_/http://iar.agcm.it/article/viewFile/11387/10565 (consulta: 2 febrero 2023); MARTÍNEZ NADAL, A., «Publicación en páginas web de valoraciones falsas con incidencia en la reputación digital de los empresarios de alojamiento: ¿una práctica desleal?», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 297, 2015, pp. 17 y ss. (de la versión electrónica en la base de datos de Aranzadi).

¹⁶⁵ El tenor de esta declaración era el siguiente: «Non eseguiamo controlli sui fatti riportati nelle recensioni. Con oltre 100 milioni di recensioni e oltre 1,5 milioni di hotel, ristoranti e attrazioni sarebbe impossibile per noi verificare ogni singolo dettaglio. Riteniamo che l'elevato numero di recensioni (ne pubblichiamo in media 60 al

consumidor medio acerca de la improcedencia de hacer uso de dicha información con vistas a adoptar sus decisiones de mercado¹⁶⁶. No obstante, el Consejo de Estado italiano, en respuesta al recurso de casación planteado, confirmó finalmente (el 15 de julio de 2019) la sanción inicialmente impuesta por la autoridad de la competencia, aunque rebajando su importe a 100000 euros. Esta rebaja se fundamentó, por un lado, en que hasta la fecha *Tripadvisor* no había incurrido en conductas de violación de normas protectoras de los consumidores y, por otro, en que la actividad que dicho operador turístico venía desarrollando comportaba relevantes beneficios económicos para el mercado¹⁶⁷.

También en nuestro país encontramos algún litigio similar a los conflictos a los que acabo de aludir. Sin embargo, no merece la consideración de antecedente de la práctica *per se* desleal que analizo por haber tenido lugar en 2019, cuando la Directiva (UE) 2019/2161 ya estaba elaborada. A diferencia de los casos italiano y británico, en este otro asunto la autoridad judicial entendió que la entidad demandada, que era también *Tripadvisor*, no cometía acto alguno de competencia desleal y, por consiguiente, no debía ser sancionada. En concreto, la controversia giró en torno a la formulación de una demanda (ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona) contra *Tripadvisor* por parte de una mercantil valenciana (*Recaba Inversiones Turísticas S.L.*) titular de varios restaurantes, sobre la base de los comentarios críticos sobre dichos establecimientos emitidos por los usuarios de la referida plataforma. En particular, la demandante había pedido a *Tripadvisor* no aparecer en su sitio de reseñas, invocando la inaplicación por la plataforma de un adecuado control o cribado que evitase la presencia de reseñas falsas, lesivas para su imagen empresarial¹⁶⁸. En concreto, entre otros extremos en los que ahora no puedo detenerme, la autoridad judicial tuvo que plantearse si el hecho de que la plataforma no dejase que los restaurantes pudieran «escapar de su web», según expresión empleada por la propia demandante, constituía o no un acto de competencia desleal contrario a la cláusula general (artículo 4 LCD). Tras el análisis realizado, la sentencia se decanta por una solución negativa expresada en los siguientes términos: «el enjuiciamiento en este caso (...) se debe limitar a si *Triadvisor* ha traspasado los límites de la buena fe objetiva al negar a *Recaba* que sus restaurantes no aparezcan en la web. La respuesta ha de ser negativa al valorarse que esta conducta, asentada en la libre empresa, en este caso, respecto de la demandante, no traspasa los límites de la buena fe objetiva

minuto) consenta ai viaggiatori di individuare le tendenze e di stabilire se una struttura è adatta alle proprie esigenze».

¹⁶⁶ MAZZONETTO, M., «Esistono delle tutele contro il problema delle false recensioni on-line?», disponible en <https://www.dirittodellinformatica.it/consumatori/consumatori-focus/esistono-delle-tutele-problema-delle-false-recensioni-line.html/> (consulta: 9 enero 2023); ZARRO, M., «Online unfair commercial practices...», *cit.*, pp. 214 a 216; FLAQUERT RIUTORT, J., «Los retos legales de las *fake reviews*...», *cit.*, pp. 15 y 16 (en versión electrónica); MORA ASTABURUAGA, A. y PRADO SEOAONE, J. A., «Sistemas de reputación online...», *cit.*, p. 161; MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal ...», *cit.*, p. 102; MARTÍNEZ OTERO, J.M., «Fake reviews on online...», *cit.*, p. 25.

¹⁶⁷ FLAQUERT RIUTORT, J., «Los retos legales de las *fake reviews*...», *cit.*, pp. 15 y 16 (en versión electrónica); MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal ...», *cit.*, pp. 102 y 103.

¹⁶⁸ Según refleja el relato de los hechos de la sentencia, entre estas reseñas falsas estarían las siguientes: 1) "Estafa a la Seguridad Social, personal enchufado mal cualificado, una chapuza de gestión de negocio". 2) "El tartar de atún nos proporcionó fuertes diarreas a los que lo comimos. Es inconcebible para un restaurante que tiene ínfulas de restaurante elegante". 3) "Es una empresa sin derechos laborales", indicándose además que "El dueño es un sinvergüenza que no paga horas extra, se queda un 30% de las propinas cuando factura millonadas y no da de alta a los trabajadores las horas que hacen. Es una empresa sin derechos laborales. Cómo va a funcionar con los trabajadores malpagados y agotados (...). Lo mejor (*sic*) de todo es que solo se acerca allí para maltratar y humillar gritando a los empleados delante de toda la gente".

porque [Triadvisor] ha efectuado un control adecuado de las opiniones sobre los restaurantes de la actora»¹⁶⁹.

Expuestos estos litigios como posibles antecedentes de la disposición de la Directiva (UE) 2019/2161 que comento, interesa ahora dejar constancia de que su incorporación a nuestro ordenamiento se ha llevado a cabo mediante la adición al artículo 27 LCD (rotulado «otras prácticas engañosas») de un nuevo apartado 7. A través de él, se reputan engañosas las prácticas que «(a)firmen que las reseñas de un bien o servicio son añadidas por consumidores y usuarios que han utilizado o adquirido realmente el bien o servicio, sin tomar medidas razonables y proporcionadas para comprobar que dichas reseñas pertenezcan (*sic*) a tales consumidores y usuarios». Contrastada la norma europea (apartado 23 *ter* del Anexo I Directiva 2005/29/CE) con la nacional (apartado 7 del artículo 27 LCD), se comprueba con facilidad que ambas tienen redacciones prácticamente coincidentes, con la única salvedad de que la comunitaria habla de *reseñas de productos* añadidas por *consumidores*, mientras que la interna alude a *reseñas de bienes y servicios* añadidas por *consumidores y usuarios*. Por la razón que tuve ocasión de explicar más arriba (que me exime aquí de mayores comentarios al respecto), la redacción proveniente de nuestro legislador me parece más plausible que la contenida en la norma comunitaria¹⁷⁰.

El bien jurídico protegido por esta nueva conducta reputada *per se* desleal puede fijarse en el *principio de veracidad*, prohibitivo de todos aquellos comportamientos de mercado susceptibles de producir engaño en los consumidores y usuarios. Este principio cuenta con una doble formulación en nuestro ordenamiento. De un lado, a él se refiere expresamente el artículo 61 TRLGDCU que lo fija (junto con la relevante regla de la *integración publicitaria del contrato*) en los siguientes términos: «La oferta, promoción y publicidad de los bienes y servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas y económicas de la contratación». De otro lado —y de modo fundamental—, se trata de un principio latente en todas las normas de la LCD reguladoras de los actos de engaño; más específicamente, en sus artículos 5 (engaño por acción), 7 (engaño por omisión) y 20 a 27 (otras prácticas engañosas para los consumidores). En concreto, en la singular conducta a la que aquí me refiero, el engaño reside en afirmar que las reseñas accesibles a la clientela son realizadas por consumidores y usuarios reales sin tomar medidas razonables y adecuadas para garantizar que efectivamente lo son. De modo que la exigencia de veracidad se refiere en este caso única y exclusivamente a la *garantía de autenticidad*, pues de lo que se trata es de garantizar el origen de las reseñas, esto es, su procedencia de consumidores y usuarios no ficticios sino auténticos o reales¹⁷¹.

En rigor, esta conducta desleal se compone de dos elementos diversos¹⁷². El primero tiene carácter objetivo. Consiste en la afirmación por parte del empresario y/o profesional de que las reseñas y valoraciones provienen de consumidores y usuarios reales. Como es natural, la verificación de la concurrencia de este primer elemento no requiere una declaración del

¹⁶⁹ Sentencia, de 18 de septiembre de 2019, del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona (Ponente: GARCÍA OREJUDO, Raúl), *Diario La Ley*, núm. 9519, Sección: La Sentencia del día, 15 de noviembre de 2019, disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzMTM1NzNUK0stKs7Mz7Mty0xPzStlBfEz0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKTivNzSktSO4sybUOKSIMBLVB8uUUAAAA=WKE>

¹⁷⁰ *Supra*, epígrafe 3.2.

¹⁷¹ Muy clara al respecto la *Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales*, cuando indica que el «nuevo punto 23 *ter* del anexo I impide que los comerciantes induzcan a error a sus usuarios en cuanto al origen de las reseñas» (apartado 4.2.4; cursiva propia).

¹⁷² CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», cit., pp. 29 y ss. (de la versión manuscrita).

empresario en la que manifieste de modo expreso lo que indica la norma. Antes bien, basta con el empleo de expresiones que den a entender a un consumidor medio que a través de ellas el empresario está aseverando que las reseñas y valoraciones publicadas corresponden a consumidores y usuarios reales. Así ocurre, por ejemplo, cuando los operadores económicos sitúan en el encabezamiento o al lado de sus reseñas y valoraciones fórmulas tales como las siguientes: «¿Está usted satisfecho con nuestro producto (o servicio)?»; «Opiniones basadas en experiencias previas»; «Valore su experiencia con nuestros servicios»; «Reseñas y valoraciones de nuestros clientes»; «Los consumidores opinan sobre nuestros productos»; «Valoraciones de nuestra clientela»; «Comentarios de huéspedes (en caso de un hotel)»; «Nuestros clientes hablan»; «Reseñas de nuestra comunidad»; «Compruebe el grado de satisfacción de nuestra clientela»; etc. Y es que se estará de acuerdo en que el empleo de cualquiera de estas expresiones (o de otras análogas que podrían añadirse) suscita en el consumidor medio la razonable impresión de que los empresarios o profesionales están dando a entender que las reseñas y valoraciones disponibles en sus sitios web provienen de consumidores o usuarios que han tenido experiencias de consumo¹⁷³.

El segundo elemento constitutivo de este ilícito de deslealtad posee naturaleza circunstancial. Estriba en que el empresario o profesional no adopte «medidas razonables y proporcionadas» para garantizar que las reseñas de bienes o servicios accesibles a la clientela responden al principio de veracidad o autenticidad, en el sentido de que proceden de consumidores y usuarios reales (la normativa francesa habla de medidas necesarias: *mesures nécessaires* —artículo L121-4 27º *Code de la Consommation*—). Las preguntas que surgen en torno a este segundo elemento no se hacen esperar: ¿Cuándo las medidas adoptadas por el empresario o profesional pueden considerarse *razonables*? ¿En qué casos cabe calificarlas de *proporcionadas*? Parece claro que para dar adecuada respuesta a estas cuestiones se hace necesario llevar a cabo determinados juicios de valor¹⁷⁴. De ahí que pueda sostenerse que, contrariamente a lo pretendido por el legislador, esta conducta concurrencial no se hace acreedora de un reproche de deslealtad automático (deslealtad *per se*), sino que exige realizar un estudio detallado de las circunstancias concurrentes en cada caso, con vistas a dilucidar si efectivamente el empresario o profesional en cuestión ha adoptado medidas idóneas (razonables y proporcionadas) para evitar que las reseñas de sus bienes o servicios conculquen la exigencia de veracidad o autenticidad latente en la norma que tipifica esta conducta¹⁷⁵. En todo caso, parece que el empresario o profesional no resulta obligado

¹⁷³ Apartado 4.2.4 de la *Guía de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales*, donde se pone de manifiesto que «(e)l hecho de que la presentación de las reseñas por parte del comerciante equivalga a afirmar que «son añadidas por consumidores que han utilizado o adquirido realmente el producto» *depende de cómo lo perciba el consumidor medio*. Las reseñas no tienen que presentarse necesariamente en estos términos, sino que también las referencias más generales a reseñas de «consumidores» o «clientes/usuarios» pueden llevar al consumidor medio a percibir las como reseñas de otros consumidores que han utilizado o adquirido el producto» (cursiva propia).

¹⁷⁴ *Ad ex.*, destacan el carácter abierto de las medidas invocadas por la Directiva (UE) 2019/2161: DUROVIC, M. y KNIÉPKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 146; HANKEL, A., «Trustworthy versus fake reviews on online marketplaces and review platforms. Time for the EU to regulate transparency of review systems?», en <https://www.um.edu.mt/library/oar/handle/123456789/70126> (consulta: 2 febrero 2023), pp. 37 y 38.

¹⁷⁵ CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 29 (de la versión manuscrita), con cita de otros autores que advierten la necesidad de realizar juicios de valor similares en relación con otras prácticas desleales reguladas en el Anexo I Directiva 2005/29/CE: MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho...*, *cit.*, p. 119; TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. *La reforma...*, *cit.*, p. 150.

a demostrar la autenticidad de las reseñas de forma procesalmente segura, sino sólo a aplicar medidas para tal fin que puedan considerarse razonables y proporcionadas¹⁷⁶.

De conformidad con la Guía sobre la Directiva de las prácticas desleales, la realización de este estudio deberá tomar en consideración varios factores. Entre ellos, se citan, por ejemplo, la dimensión y alcance de la actividad empresarial, el sector del público al que se dirige o el tipo o modelo de negocio de que se trate. En concreto, la Guía realiza las siguientes consideraciones que reproduzco por su interés: «Las medidas necesarias *razonables y proporcionadas* deben evaluarse teniendo en cuenta, entre otras cosas, el modelo de negocio del comerciante: un mercado en línea que presenta las reseñas de sus propios clientes puede tener que aplicar medidas distintas a las de un servicio de valoración especializado que solicite las reseñas del público en general sin tener una relación contractual. También deben tenerse en cuenta la magnitud de la actividad del comerciante y el nivel de riesgo para determinar lo que es *razonable y proporcionado* para ese comerciante concreto. Por ejemplo, se espera que las grandes plataformas con un alto riesgo de actividad fraudulenta y mayores recursos desplieguen medios más significativos para combatir el fraude con las reseñas de los consumidores que los comerciantes más pequeños»¹⁷⁷.

En todo caso, no parece difícil concretar algunas medidas específicas susceptibles de adoptarse y de merecer los calificativos de razonables y proporcionadas. A ellas se refiere expresamente el Considerando 47 de la Directiva (UE) 2019/2161 cuando indica que tales medidas podrían incluir «medios técnicos para verificar la fiabilidad de la persona que publica la reseña, por ejemplo, solicitando información para comprobar que el consumidor ha adquirido o utilizado realmente el producto»¹⁷⁸. Con mayor precisión, la Guía sobre la Directiva 2005/29/CE aquí repetidamente aludida señala que la información a la que se refiere el Considerando 47 podría derivar, por ejemplo, de los datos de un pedido o de una factura, o de un número de reserva. Además, entre las posibles medidas a adoptar, este documento menciona expresamente las siguientes: 1^a) exigir a las personas que publican las reseñas que se registren; 2^a) usar medios técnicos para comprobar que la persona que publica la reseña es realmente un consumidor (por ejemplo, comprobando la dirección IP o verificando el correo electrónico); 3^a) fijar normas claras para las personas que publican las reseñas que cierran el paso a las reseñas patrocinadas falsas y no divulgadas; 4^a) poner en marcha determinadas herramientas para detectar automáticamente las actividades fraudulentas; y, por último, 5^a) disponer de recursos apropiados para dar respuesta a las reclamaciones sobre reseñas sospechosas, incluso cuando el comerciante afectado por éstas aporte pruebas de que no son presentadas por consumidores que realmente adquirieron el bien o utilizaron el servicio¹⁷⁹.

Junto a lo expuesto, ha de ponerse de manifiesto la existencia de empresas dedicadas precisamente a ofrecer al mercado servicios de autenticación de reseñas y valoraciones de

¹⁷⁶ REHAGA, C., PUTH, A. y GOLDSTEIN, C., «Digitalisierung und Lauterkeitsrecht...», *cit. supra*.

¹⁷⁷ Apartado 4.2.4.

¹⁷⁸ *Ad ex*, insiste en que la obligación del comerciante de verificar la fiabilidad de las reseñas puede venir facilitada por los recientes avances tecnológicos: DUROVIC, M., «Adaptation of consumer law to the digital age: The case of the new European Directive 2019/2161 on modernisation and better enforcement of consumer law», *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 2020, p. 11, en https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/files/129494821/Anali_clanak_MD.pdf (consulta: 2 febrero 2023).

¹⁷⁹ Apartado 4.2.4.

clientes¹⁸⁰. Además, existen estudios que demuestran cómo la detección de reseñas anómalas o irregulares es una tarea que puede ser ejecutada de forma bastante más satisfactoria y eficaz por clasificadores automáticos que por evaluadores humanos. Como es natural, esto implica admitir que "las máquinas pueden luchar contra las máquinas" mejor que las personas en la batalla contra las reseñas anómalas que no respetan el principio de veracidad¹⁸¹.

b. La adición de reseñas falsas o la distorsión de reseñas existentes con el fin de promocionar bienes y servicios

Por exigencias de la Directiva (UE) 2019/2161, el apartado 23 *quater* del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE tipifica otro comportamiento reputado *per se* desleal en el ámbito de las reseñas de bienes y servicios. Lo hace en los siguientes términos: se considera desleal en cualquier circunstancia «(a)ñadir o encargar a otra persona física o jurídica que añada reseñas o aprobaciones de consumidores falsas, o distorsionar reseñas de consumidores o aprobaciones sociales con el fin de promocionar productos». La incorporación de esta disposición a nuestro ordenamiento se ha llevado a cabo en el apartado 8 del artículo 27 LCD. En él se consideran desleales por engañosas las prácticas que «(a)ñadan o encarguen a otra persona física o jurídica que incluya reseñas o aprobaciones de consumidores falsas, o distorsionen reseñas de consumidores o usuarios o aprobaciones sociales con el fin de promocionar bienes o servicios». Como se observa con facilidad, esta norma es casi exacta a la comunitaria que incorpora, con la sola salvedad, por las razones ya explicadas más arriba, de que incluye el término *usuarios*, omitido en la norma europea (que solo habla de *consumidores*)¹⁸².

De entrada, la utilidad de la tipificación legal de estas conductas consideradas desleales en cualquier circunstancia reside en evitar a la autoridad que conozca de ellas demostrar si la práctica enjuiciada en cada caso altera o es susceptible de alterar de modo sustancial el comportamiento económico del consumidor. La experiencia comparada ofrece ejemplos claros en esta dirección. Así ocurre con el Derecho francés, en el sentido que seguidamente explico. Como expuse al principio de este trabajo, el país vecino contó con una regulación sobre reseñas de bienes y servicios previa a la Directiva (UE) 2019/2161. Ésta se estableció en los artículos L. 111-7 y siguientes del Código de Consumo (y sus normas de desarrollo) y entró en vigor en octubre de 2016. Pues bien, estando vigente esta normativa, la autoridad francesa sobre competencia y consumo (la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*: DGCCRF) condenó a una empresa de restauración por la comisión de una práctica comercial engañosa consistente tanto en publicar reseñas positivas falsas como en comprar *me gusta*, *seguidores* y *likes* en las redes sociales. En concreto, a juicio de la DGCCRF, estos hechos eran constitutivos de una práctica comercial engañosa contra los consumidores por

¹⁸⁰ Este es el caso, por ejemplo, de la plataforma *eKomi* (v. <https://ekomi-es.feedback-company.com>; consulta: 16 diciembre 2022), a la pueden añadirse otras como, *ad ex.*, *TrustPilot*, *Revi.io*, *TrustProfile/E-valor*, *Trusted Shops*, etc. (v. <https://diegol.top/ecommerce/plataformas-de-valoraciones-externas-para-tiendas-online/>). En suma, cabe afirmar que están surgiendo páginas web concebidas como herramientas orientadas a la detección de reseñas sospechosas. Al margen de lo dicho con anterioridad, entre ellas, cabría citar, *ad ex.*, las siguientes: 1) *Review Meta*, aunque la aplicación avisa de que en ella sólo se «estima» que una opinión es falsa, pero no se «afirma» que esto sea así. 2) *Fakespost*, disponible de forma gratuita que realiza una búsqueda de posibles reseñas ficticias (en los Estados Unidos). 3) *The Reviewer Index*, accesible únicamente para artículos que se vendan en la página de *Amazon* en Canadá, EE.UU, India y Reino Unido (CORTÉS, I., «¿Qué son las fake reviews?: todo lo que debes saber sobre las reseñas fraudulentas», en <https://www.retailforum.es/fake-reviews-como-descubrir-su-autenticidad/>; consulta: 11 enero 2023).

¹⁸¹ SALMINEN, J. *et al.*, «Creating and detecting fake reviews...», *cit supra, passim*.

¹⁸² *Supra*, epígrafe 3.1.

ser "engañados sobre la reputación real de estos establecimientos"¹⁸³. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que la normativa gala sobre reseñas referida no regulaba de modo expreso este tipo de comportamientos, por lo que su sanción por parte de la DGCCRF tenía que estar sujeta inexorablemente a la demostración en cada caso de que la práctica analizada alteraba o era susceptible de alterar de forma sustancial el comportamiento económico del consumidor¹⁸⁴. Sin embargo, dicha situación cambia cuando entra en vigor la normativa sobre reseñas proveniente de la Directiva (UE) 2019/2161. A partir de dicho momento, en efecto, el enjuiciamiento de este tipo de comportamientos se simplifica considerablemente, dada la prohibición legal, clara y terminante, de *adicionar reseñas falsas*, debiéndose entender el término reseña en el sentido amplio antes analizado, comprensivo de las valoraciones positivas, los *likes*, los *me gusta* y los *seguidores*¹⁸⁵.

Por otro lado, si se compara la redacción de la conducta desleal que se comenta (*ex* apartado 23 *quater* del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE y artículo 27.8 LCD) con la que posee la analizada en el epígrafe anterior (*ex* apartado 23 *ter* del Anexo I Directiva 2005/29 y artículo 27.7 LCD), lo primero que llama la atención es que en la tipificación de la práctica que ahora se analiza no solo se alude a *reseñas* sino también a *aprobaciones de consumidores*. De ahí que interese conocer el sentido que ha de darse al término *aprobación*. La Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales a la que reiteradamente vengo refiriéndome ofrece luz sobre este extremo. En ella se dice expresamente que el término *aprobaciones* se ha de interpretar en sentido amplio, incluyendo las prácticas relacionadas con «los seguidores, las reacciones y las visualizaciones»¹⁸⁶. Algún autor deduce de estas precisiones de la Guía que el campo de aplicación de la norma del artículo 27.8 LCD es más amplio que el de la contenida en el artículo 27.7 LCD, al alcanzar a prácticas que tienen lugar en el ámbito de las redes sociales y, dentro de ellas, no sólo a las valoraciones o reseñas falsas, sino también a los *likes*, las visualizaciones o los seguidores¹⁸⁷. Y en esta misma dirección se manifiesta la autoridad alemana de autorregulación en materia de competencia (la *Wettbewerbszentrale*). En su opinión, el ámbito de aplicación de esta disposición es algo más extenso que el de las dos anteriores, dado que en ella no sólo se habla de reseñas sino también de aprobaciones, lo que abarca las valoraciones a través de estrellas y corazones o los «me gusta» de las redes sociales¹⁸⁸. Desde mi punto de vista, esta interpretación no es convincente. Sobre todo, porque el término *reseña*, tal como expliqué *supra* y acabo de recordar en este mismo epígrafe, es tan amplio que comprende también las llamadas *aprobaciones*. Esto explica que, a mi juicio, de la presencia de este último vocablo en el artículo 27.8 LCD no quepa colegir una mayor amplitud del ámbito de aplicación de esta norma en comparación con el de la contenida en el artículo 27.7 LCD. Téngase en cuenta, en el sentido que expuse más arriba, que dentro del concepto de reseña (*ex* Directiva UE 2019/2161) tienen cabida no sólo las *críticas* (positivas y negativas) sino también los *me gusta* o *recomienda* propios de las redes sociales, que son el prototipo de las *aprobaciones* a las que se refiere expresamente la norma que ahora analizo¹⁸⁹.

¹⁸³ BRUNELLET, «Publication de faux avis...», *cit. supra*.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ *Supra*, epígrafe 3.1.

¹⁸⁶ Apartado 4.2.4.

¹⁸⁷ CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales ...», *cit.*, p. 30 (de la versión manuscrita).

¹⁸⁸ WETTBEWERBSZENTRALE, "25.05.2022 // UWG-Novelle 2022...", *cit. supra*.

¹⁸⁹ *V. supra*, epígrafe 3.1., donde sigo a MASSAGUER FUENTES, J., «La reforma...», *cit.*, p. 23.

Por otra parte, no es difícil constatar que la norma aquí comentada diferencia dos tipos distintos de conductas sobre las que recae el reproche de deslealtad: 1º) añadir reseñas o aprobaciones falsas y 2º) distorsionar reseñas o aprobaciones de consumidores o usuarios que previamente han sido incorporadas a un determinado sitio de reseñas. En ambos casos, el bien jurídico protegido y, en consecuencia, el fundamento último de la norma es el mismo: la salvaguarda del principio de veracidad. Bien entendido que lo que aquí trata de garantizarse no es la veracidad del origen de las reseñas (es decir, que provengan de consumidores y usuarios reales), como ocurre con la práctica desleal del apartado 23 *ter* del Anexo I Directiva 2005/29/CE y del artículo 27.7 LCD. En este supuesto la exigencia de veracidad va dirigida específicamente a los *contenidos de las reseñas y aprobaciones*, con vistas a evitar que sean falsos o hayan sido manipulados o distorsionados. Por consiguiente, lo que trata de evitarse a través de esta nueva previsión es que los consumidores y usuarios adopten decisiones de mercado basadas en informaciones falsas o erróneas, tanto si son añadidas por los propios comerciantes o por terceros que actúen por cuenta suya, como si resultan de una labor de distorsión o manipulación que desfigure su contenido originario. Aunque, al mismo tiempo, tampoco es ajena a esta disposición una función enderezada a dotar de mayor transparencia a los resultados de búsqueda en línea. No se pierda de vista, en este sentido, que las reseñas falsas o distorsionadas producen el efecto de lograr un mejor posicionamiento de los bienes o servicios reseñados dentro de dichos resultados¹⁹⁰. Además, ambas prácticas pueden considerarse manifestaciones de la técnica de marketing conocida como *astroturfing*. En general, con este término se alude a las actuaciones de apoyo o desprestigio relativas a una persona o marca que tienen la apariencia de nacer espontáneamente de la sociedad, pero sin ser realmente así, al provenir de identidades ficticias creadas para insertar matrices de opinión¹⁹¹. Esta afirmación se basa en que, como se verá, con los dos tipos de prácticas reputadas desleales en cualquier circunstancia por la Directiva (UE) 2019/2161 lo que se persigue, en suma, no es sino simular apoyo a determinadas prestaciones empresariales con el fin de promocionarlas (bien sea añadiendo reseñas falsas, eliminando las negativas o distorsionando las existentes para dotarlas de un contenido positivo)¹⁹².

Previamente a analizar las dos conductas tipificadas en la disposición que comento, interesa efectuar una precisión que afecta a ambas. Ésta gira en torno a la última parte de la norma, donde el legislador concreta la finalidad perseguida por el autor de los dos comportamientos desleales que en ella se tipifican. Dicha finalidad no es otra que «promocionar productos» (apartado 23 *quater* del Anexo I Directiva 2005/29/CE) o «promocionar bienes o servicios» (artículo 27.8 LCD). Al respecto, deseo hacer dos breves consideraciones:

1ª.- La primera emerge de la propia redacción de la norma. De su lectura [«(a)ñadir o encargar a otra persona física o jurídica que añada reseñas o aprobaciones de consumidores falsas, o

¹⁹⁰ CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 30 (de la versión manuscrita).

¹⁹¹ ROMERO RODRÍGUEZ, L.M. y RODRÍGUEZ-HIDALGO, C., «Desinformación y posverdad en los medios digitales: del *astroturfing* al click-baiting», en ROMERO RODRÍGUEZ, L.M. y RIVERA ROGEL, D. E. (Coord.), *La comunicación en el escenario digital*, Ed. Pearson, 2019, p. 391; en parecidos términos: BELLATO, B., «Recensioni false o negative: quando è diffamazione», en <https://www.consulenzalegaleitalia.it/false-recensioni-online/> (consulta: 30 enero 2023). El término *astroturfing* deriva del nombre de una marca de césped artificial norteamericana llamada «Astroturf». La idea del césped artificial se presenta como una muy buena metáfora para simbolizar el concepto que está detrás del vocablo *astroturfing*, que no es otro que la creación de corrientes de opinión *desde abajo y de forma artificial*: VÁZQUEZ, J., «Astroturfing: una nueva forma de manipulación en las redes sociales», disponible en <https://www.materiagrís.es/astroturfing-manipulacion-redes-sociales/> (consulta: 30 enero 2023).

¹⁹² MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 81; con anterioridad a la Directiva (UE) 2019/2161, pero conectando la problemática de las reseñas falsas con el *astroturfing*, *v. ad ex*, BLASCO, B., «Unfair commercial practices...», *cit.*, p. 151.

distorsionar reseñas de consumidores o aprobaciones sociales con el fin de promocionar productos»] podría suscitarse la duda razonable de si la finalidad promocional (de bienes o servicios) se refiere sólo a la segunda conducta tipificada en el precepto (distorsionar reseñas) o alcanza también a la primera (añadir reseñas falsas). A mi juicio, hay que decantarse por la última solución. El argumento no parece difícil de explicar. La finalidad promotora de la contratación de prestaciones empresariales (finalidad concurrencial) es un elemento inherente a la noción de práctica comercial (Directiva 2005/29/CE) o de acto de competencia (LCD) y, por tanto, un requisito necesario para que se active el ámbito de aplicación material u objetivo de la normativa reguladora de la competencia desleal.

En efecto, la idea precedente se infiere sin dificultad de la definición de práctica comercial que ofrece el artículo 4, apartado d), de la Directiva 2005/29/CE, que la define como «todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y *directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores*»¹⁹³. Y lo mismo se desprende de la noción de acto de competencia que proporciona el artículo 2, apartados 1 y 2, LCD. No en vano, este último precepto se refiere a los *actos de competencia* en los siguientes términos: «1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y *con fines concurrenciales*. 2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, *se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero*»¹⁹⁴.

Por consiguiente, se ha de concluir que la finalidad promocional ha de hacerse presente en las dos conductas comprendidas dentro del artículo 27.8 LCD para que sea posible el reproche de deslealtad. Bien entendido que, de conformidad con los criterios utilizados al respecto por los tribunales de justicia, la finalidad concurrencial o, si se prefiere, promocional, no exige atender a la intención del sujeto agente. Para considerarla existente es suficiente constatar que la conducta objeto de análisis es idónea para influir en los procesos de mercado¹⁹⁵.

2ª.- La segunda duda que podría derivarse de esta disposición se desvanece casi de inmediato a la vista de las consideraciones que acabo de realizar. Me refiero a que cabría pensar que la finalidad promocional a la que expresamente alude la norma incorpora un elemento intencional que impide que esta conducta merezca *per se* el reproche de deslealtad, pues habría que analizar caso por caso para determinar en qué supuestos concurre dicho elemento intencional y, por tanto, cabe hablar de una práctica de competencia desleal, y en cuáles otros el referido elemento es inexistente. En mi opinión, se trata de un falso problema. Si, como acabo de sostener, el elemento promocional es necesario para hablar de práctica comercial (Directiva 2005/29/CE) o de acto de competencia (LCD), pues se considera inherente al requisito de la finalidad concurrencial de la conducta, se habrá de concluir que poseen dicho elemento la totalidad de las reseñas o aprobaciones falsas o distorsionadas a las que se refiere la norma aquí analizada. Y es que, difícilmente podríamos hallar reseñas falsas o distorsionadas, añadidas o encargadas por

¹⁹³ Cursiva propia.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ Así: STS núm. 59/2019 de 29 de enero (ECLI: ES:TS:2019:140). Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SANCHO GARGALLO; en <https://vlex.es/vid/761574453>. Sobre ella y otras SSTs que siguen el mismo criterio: GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal: STS 59/2019, de 29 de enero», disponible en <https://webs.uab.cat/dretmercantil/2019/03/05/ambito-de-aplicacion-de-la-lcd-sts-59-2019-de-29-de-enero/> (consulta: 30 diciembre 2022); GARCÍA PÉREZ, R., «El ámbito objetivo...», *cit.*, pp. 10 y ss.

empresarios o profesionales, que posean una finalidad diversa de la promocional de prestaciones empresariales (de bienes o servicios)¹⁹⁶.

La forma de solucionar ambas dudas en el sentido que acabo de exponer es consecuente con el modo en que se fija el *ámbito de aplicación material u objetivo* de la Directiva 2005/29/CE. Como se sabe, ésta se aplica a las prácticas comerciales directamente relacionadas con la promoción, la venta o el suministro de productos (bienes y servicios) a consumidores. *De ahí que se sometan a ella las prácticas consistentes en la publicación de reseñas relativas tanto a bienes o servicios como a las cualidades de los empresarios al ofrecer o vender sus prestaciones* (por ejemplo, las referidas a la rapidez del comerciante al entregar los bienes o prestar los servicios o, en general, a su diligencia a la hora de cumplir sus obligaciones contractuales). En cambio, quedan al margen de la Directiva 2005/29/CE, las reseñas que versen sobre aspectos alejados del contexto propio de las relaciones de consumo, como así ocurre con las relativas a la responsabilidad social, las condiciones laborales, la fiscalidad o los aspectos éticos¹⁹⁷. Así las cosas, parece claro que la finalidad promocional está presente en el primer grupo de reseñas sometidas a la Directiva 2005/29/CE (y a la LDC), es decir, las que versan sobre bienes y servicios o sobre las cualidades de los empresarios al ofertarlos o venderlos. En cambio, no puede decirse lo mismo del segundo grupo, comprensivo de aquellas reseñas que giran en torno a cuestiones tales como las condiciones laborales, la responsabilidad social, la fiscalidad o los aspectos éticos. Bien entendido que las reseñas falsas sobre estos últimos extremos son susceptibles de constituir actos de denigración, siempre —como es natural— que reúnan las exigencias necesarias para ello (ex artículo 9 LCD)¹⁹⁸.

Hechas las observaciones precedentes, es el momento de prestar atención a las dos conductas que tienen cabida en el apartado 23 *quater* del Anexo I Directiva 2005/29/CE y en el artículo 27.8 LCD:

1ª.- *Primera: Añadir reseñas o aprobaciones falsas con la finalidad de promocionar bienes o servicios.* Según la redacción legal, dicha conducta puede ser realizada por el propio empresario o por un tercero. En el primer supuesto, estaríamos ante un comportamiento encajable también dentro del ilícito de deslealtad tipificado en el apartado 22 del referido Anexo I Directiva 2005/29/CE, así como en el artículo 27.5 LCD, donde se reputa desleal que un empresario o profesional se presente «de forma fraudulenta como un consumidor o usuario». La razón es sencilla: si el autor de la reseña o aprobación falsa es el propio empresario o profesional, su actuación sólo ha podido ser realizada aparentando actuar (fraudulentamente) en condición de consumidor o usuario¹⁹⁹. Es cierto que existe una diferencia entre ambas disposiciones, en la medida en que el artículo 27.5 LCD (y su correlativo apartado 22 del Anexo I Directiva 2005/29/CE) requiere la concurrencia

¹⁹⁶ CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 31 (de la versión manuscrita)

¹⁹⁷ Apartado 4.2.4 de la *Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales*: «cuando las reseñas evalúen al comerciante sobre parámetros como la calidad, la fiabilidad o la rapidez de entrega de los productos, dichas reseñas pueden tener por objeto la promoción de los productos del comerciante o estar interrelacionadas con ella. Por consiguiente, las nuevas disposiciones de la DPCD pueden aplicarse a dichas reseñas. En cambio, las reseñas que evalúen las cualidades del comerciante fuera del contexto de las relaciones entre empresas y consumidores, como la responsabilidad social, las condiciones laborales, la fiscalidad, el liderazgo en el mercado, los aspectos éticos, etc., probablemente quedarán fuera del ámbito de aplicación de la DPCD, incluidas las nuevas disposiciones sobre las reseñas de los consumidores».

¹⁹⁸ CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 25 (de la versión manuscrita).

¹⁹⁹ GONZÁLEZ PONS, E., «Marketing digital...», *cit.*, p. 549; MARTÍNEZ OTERO, J., «Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 314, 2019, pp. 13 y ss.; CASADO NAVARRO, A., *Prácticas desleales...», cit.*, p. 26 (de la versión manuscrita).

de un requisito intencional, al exigir una actuación fraudulenta del empresario o profesional encaminada a inducir a error al consumidor. En cambio, el artículo 27.8 LCD (y su correlativo apartado 23 *quater* Anexo I de la Directiva 2005/29/CE) prescinde de la intencionalidad del sujeto agente, al reputar desleal *en cualquier circunstancia* (esto es, *per se*) la conducta que tipifica²⁰⁰. La apuntada diferencia es, no obstante, más teórica que práctica. Parece claro que el empresario o profesional que se hace pasar por un consumidor o usuario para elaborar una reseña sobre un bien o un servicio lo hace con la finalidad última de engañar a los destinatarios de la reseña, que no son sino los consumidores y usuarios. Razón por la cual cabría entender existente una intencionalidad fraudulenta en toda actuación por la que un empresario o profesional emite una reseña aparentando actuar como consumidor o usuario.

Ahora bien, la norma que se analiza no es aplicable al comerciante que se limita a albergar y dar acceso a las reseñas de consumidores y usuarios sin participar en su publicación ni controlar su presentación. De ahí que no alcance a las plataformas digitales o electrónicas que únicamente almacenan y dan acceso a reseñas y aprobaciones de consumidores y usuarios, sin tomar parte activa en su presentación y publicación²⁰¹. Al respecto, se han de tener en cuenta (y a ellas me remito) las consideraciones sobre el ámbito de aplicación personal o subjetivo de estas disposiciones que hice más arriba²⁰². Sin embargo, cuando el empresario o profesional encarga a un tercero (persona física o jurídica) que añada reseñas o aprobaciones falsas, podemos encontrarnos ante dos tipos de supuestos posibles: 1º) la compraventa a ciertas empresas (por ejemplo, a las conocidas en el argot digital como «fábricas de me gusta») de reseñas, *likes*, o valoraciones, y 2º) la concesión de regalos, premios o ventajas a consumidores o usuarios con la finalidad de que, a cambio de ello, inserten reseñas o aprobaciones positivas en los lugares correspondientes (esto es, las llamadas reseñas incentivadas a las que tuve oportunidad de referirme al abordar las irregularidades de las reseñas)²⁰³.

Empero, la norma comentada no alcanza a las empresas de gestión de reputación online que venden reseñas positivas falsas, pues dicha conducta no encaja con la tipificada como desleal por el precepto. Téngase en cuenta que el artículo 27.8 LCD se limita a reputar desleal (en cualquier circunstancia) la adición de reseñas falsas, pero no su venta²⁰⁴. Ello sin perjuicio de que las conductas de dichas empresas merezcan ser sancionadas en aplicación de otras normas. Estoy pensando, por ejemplo, en las cláusulas especiales de deslealtad prohibitivas de los actos de engaño, pues la elaboración y venta de reseñas falsas no tiene otra finalidad que causar error en los destinatarios, afectando a su comportamiento económico. Aunque cabría también el recurso a otros preceptos de naturaleza penal. De hecho, esto último aconteció, por ejemplo, en Italia, en junio de 2018, en el asunto *PromoSalento-TripAdvisor*, a propósito del cual el Tribunal penal de *Lecce* condenó a una pena de prisión de ocho meses al propietario de la empresa *PromoSalento* por la venta de más de mil reseñas manipuladas a *TripAdvisor* en relación con determinados establecimientos de hospedaje²⁰⁵. Naturalmente, sí será desleal (*ex* artículos 23 *quater* Anexo I

²⁰⁰ CASADO NAVARRO, A., *Prácticas desleales...*, *cit.*, p. 31 (en versión manuscrita).

²⁰¹ Apartado 4.2.4 de la *Guía*.

²⁰² *Supra*, epígrafe 3.1.b.

²⁰³ *Supra*, epígrafe 3.1.a.

²⁰⁴ MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal ...», *cit.*, p. 82.

²⁰⁵ A juicio del referido Tribunal, con la actuación realizada por *PromoSalento* se habrían cometido dos delitos: la estafa y la suplantación de identidad. Además, condenó a dicho empresario a indemnizar a *TripAdvisor* con aproximadamente 8000 euros; más información en: ZAMBONI, G., «Sentenza storica contro le recensioni false su

Directiva 2005/29/CE y 27.8 LCD), en los términos que acabo de expresar hace un momento, el comportamiento de quien adquiere reseñas falsas a las empresas de gestión de reputación online para añadirlas a su sitio de reseñas con la finalidad de mejorar sustancialmente la valoración de las prestaciones empresariales que oferta al mercado²⁰⁶.

Supuestos similares a éste han sido denunciados por las autoridades encargadas de velar por las buenas prácticas en el mercado. En 2019, por ejemplo, la *Federal Trade Commission* (FTC) estadounidense adoptó medidas contra *Cure Encapsulations Inc.*, un comercializador de suplementos para adelgazar, por haber pagado por reseñas falsas a *amazonverifiedreviews.com* para que creara y publicara reseñas de su producto en *Amazon* con el fin de mantener una calificación media no inferior a 4,3 estrellas. Como se describe en la denuncia de la FTC, las reseñas adquiridas se publicaron en *Amazon.com* y dieron al producto una calificación de cinco estrellas. En la denuncia se acusa a los demandados de afirmar que las reseñas compradas eran veraces, al haber sido escritas por compradores reales, cuando en realidad eran falsas²⁰⁷.

Por otra parte, como apunta la Guía relativa a la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, esta norma alcanza tanto a los empresarios y profesionales como a los consumidores y usuarios que participan en esta clase de actividades engañosas. Ahora bien, en el caso de los últimos, siempre que pueda considerarse que actúan en nombre o por cuenta de determinados empresarios o profesionales²⁰⁸; asunto sobre el que no es necesario que me detenga por haber sido abordado más arriba, al analizar el ámbito de aplicación personal o subjetivo de las normas sobre reseñas incorporadas por la Directiva (UE) 2019/2161²⁰⁹. En todo caso, en lo que atañe singularmente al Derecho español, será necesario dilucidar, a la vista de la totalidad de circunstancias concurrentes, si la participación del consumidor (que actúa en nombre o por cuenta de un empresario o profesional) o del tercero se corresponde con la realización, como *autor*, de la conducta desleal, o si, por el contrario, encaja en el concepto de *cooperador* según lo establecido por el artículo 34.1 LCD, o se trata más bien de un *colaborador* en el desempeño de sus funciones y deberes contractuales *ex* artículo 34.2 LCD²¹⁰.

No se pierda de vista, en este sentido, que la LCD dispone que las acciones procesales que pone en manos de los afectados para luchar contra la deslealtad concurrencial pueden ejercitarse «contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización» (artículo 34.1). A lo que añade que cuando el comportamiento desleal «se hubiera realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales», las acciones habrán de dirigirse «contra el principal» (artículo 34.2).

Sin perjuicio de lo que acabo de indicar, he de dar la razón a la doctrina que considera innecesaria la referencia que (siguiendo a la norma comunitaria) se hace en nuestro Derecho (artículo 27.8 LCD) a la conducta consistente en *encargar a otra persona* (física o jurídica) que incluya reseñas falsas o distorsione las existentes. La innecesariedad de esta precisión se explica porque, como

TripAdvisor», disponible en <https://www.ilgiornaledelcibo.it/sentenza-recensioni-false-tripadvisor/> (consulta: 20 enero 2023); también: MARTÍNEZ OTERO, J.M., «Fake reviews on online...», *cit.*, p. 25.

²⁰⁶ DUROVIC, M. y KNIPEKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 147.

²⁰⁷ FEDERAL TRADE COMMISSION, «Brings first case challenging fake paid reviews on an independent retail website», accesible en <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2019/02/ftc-brings-first-case-challenging-fake-paid-reviews-independent-retail-website> (consulta: 2 febrero 2023).

²⁰⁸ Apartado 4.2.4 de la Guía.

²⁰⁹ *Supra*, epígrafe 3.3.1.

²¹⁰ CASADO NAVARRO, A., Prácticas desleales..., *cit. supra*, p. 31 (en versión manuscrita).

acabo de recordar, según nuestra LCD, el sujeto legitimado pasivamente para soportar la acción de competencia desleal no sólo es el autor material de la conducta ilícita, sino también quien instruye a otro para que la realice o, más en general, el sujeto al que le sea imputable la conducta desleal de otro (artículo 34 LCD)²¹¹. Es más, la precisión legal *de realizar a otro el encargo* merece calificarse no sólo de innecesaria sino también de perturbadora, en la medida en que obliga al intérprete a preguntarse si comete una práctica desleal *per se* el sujeto que encarga a otra persona (física o jurídica) aseverar que las reseñas son incorporadas por consumidores y usuarios en condiciones que originan su deslealtad (artículo 27.7 LCD). Sobre todo, si se tiene en cuenta que únicamente quedan sujetas a un reproche de deslealtad automático las prácticas comerciales relacionadas en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE. Es verdad, no obstante, que la contradicción sustantiva que derivaría de ofrecer una respuesta negativa a esta cuestión se podría superar gracias a la extensión subjetiva de la legitimación pasiva, a los efectos de la acción de competencia desleal, por la que opta nuestra LCD en los términos a los que acabo de referirme²¹².

2ª.- *Segunda: Distorsionar reseñas o aprobaciones sociales con la finalidad de promocionar bienes o servicios.* De conformidad con el Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, el término *distorsión* en su primera acepción aparece definido como «(d)eformación de un sonido, una imagen, una señal, etc., producida durante su transmisión o reproducción»²¹³. En principio, por tanto, lo que resulta aquí prohibido parece ser la deformación de una reseña o aprobación, con vistas a dotarla de un sentido positivo del que carecía (en todo o en parte). Ahora bien, presupuesto lo anterior, parece razonable preguntarse si dentro del concepto de distorsión tendría o no encaje la *supresión de reseñas negativas*. A mi juicio, esta cuestión merece una respuesta afirmativa. Si un empresario o profesional elimina una reseña negativa, el efecto final resultante de dicha acción es, aunque no idéntico, sí bastante similar al derivado de manipular y deformar el contenido de un comentario o reseña para conferirle un sesgo positivo del que originariamente carecía²¹⁴. Esta conclusión resulta confirmada por el Considerando 49 de la Directiva (UE) 2019/2161, que menciona la eliminación de las reseñas negativas entre las prácticas de distorsión o manipulación de reseñas expresamente prohibidas por la norma comunitaria. En concreto, en él se alude a las dos conductas siguientes: 1ª) publicar sólo las reseñas positivas y *eliminar las negativas*, y 2ª) vincular las aprobaciones de los consumidores a contenidos diferentes a los previstos pero relacionados, al generarse la impresión de que el usuario también tiene una opinión positiva del contenido relacionado. Además, en la misma dirección parece pronunciarse la Guía sobre la Directiva 2005/29/CE, al afirmar que «los comerciantes que ofrecen reseñas, pero *suprimen las reseñas negativas de los consumidores sin una razón válida*, también pueden provocar que los consumidores medios que leen las reseñas en línea sigan utilizando los servicios del comerciante o, en el caso de las plataformas, decidan ponerse en contacto con un comerciante, algo que no habrían hecho si hubieran sabido que se habían suprimido las reseñas negativas»²¹⁵. También se muestra partidaria de esta interpretación amplia del término distorsión la autoridad de autocontrol alemana en materia de competencia (la *Wettbewerbszentrale*). En su opinión, cuando la Directiva (UE) 2019/2161 tipifica como conducta *per se* desleal la acción consistente en distorsionar reseñas o aprobaciones sociales, lo hace con

²¹¹ MASSAGUER FUENTES, J., «La reforma...», *cit.*, p. 24 (de la versión digital en la base de datos de Aranzadi).

²¹² *Ibidem*.

²¹³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, edición del Tricentenario (actualizada a 2022), en <https://dle.rae.es/> (consulta: 7 enero 2022).

²¹⁴ Conformes, *ad ex*, DUROVIC, M., «Adaptation of consumer law to the digital age...», *cit.*, pp. 11 y 12; MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 83.

²¹⁵ Apartado 4.2.4.

la finalidad de impedir que un empresario o profesional *suprime deliberadamente las reseñas negativas*, falsifique reseñas en cuanto a su contenido o utilice reseñas relativas a un determinado bien o servicio (el A) para otro bien o servicio diferente (el B)²¹⁶. La misma solución se defiende para el Derecho francés, al sostenerse que la distorsión de las reseñas de la que habla la nueva normativa emanada de Bruselas abarca cualquier manipulación que de ellas se realice, como, por ejemplo, la *eliminación de las negativas* para que queden sólo las positivas²¹⁷. Existe, no obstante, un caso en el que la eliminación de las reseñas no caería bajo el ámbito de aplicación de la norma que se comenta. Me refiero a aquél en el que dicha acción forme parte de las *medidas razonables y proporcionadas* adoptadas por un empresario o profesional para garantizar que sus reseñas pertenecen a consumidores y usuarios reales²¹⁸.

Por otra parte, la Guía sobre la Directiva 2005/29/CE menciona expresamente, como otros posibles supuestos de manipulación o distorsión de reseñas, los siguientes, todos ellos llevados a cabo por empresarios o profesionales: 1º) facilitar a los consumidores y/o usuarios plantillas de reseñas positivas precumplimentadas; 2º) animar a los consumidores y/o usuarios a modificar sus reseñas o a retirar las negativas; y, por último, 3º) presentar las calificaciones de reseñas consolidadas sobre la base de criterios opacos o no divulgados²¹⁹. Además, otra conducta que, a mi juicio, tendría cabida dentro del concepto de manipulación de reseñas sería la consistente en *publicar las reseñas positivas de forma inmediata, pero las negativas o neutras sólo después de un cierto tiempo*, lo que hace que la mayor parte de las reseñas positivas aparezcan siempre entre las más recientes²²⁰. Aunque en esta práctica no existe una distorsión propiamente dicha de las reseñas, sí cabe hablar de una manipulación ilícita. En concreto, la ilicitud radica aquí en que la realización de esta conducta se traduce en una mayor ponderación de los comentarios positivos, al estar expuestos durante un período más largo que los negativos, con el consiguiente beneficio para los empresarios y profesionales que proceden de este modo y el correlativo perjuicio para los consumidores y usuarios y, en general, para los competidores que no cometen irregularidades en materia de reseñas²²¹. Junto a la anterior, merecería también el reproche de deslealtad por aplicación de la norma que comento la conducta consistente en *alterar el orden de presentación de las reseñas*, impidiendo a los consumidores y usuarios que puedan verlas por el orden

²¹⁶ WETTBEWERBSZENTRALE, "25.05.2022 // UWG-Novelle 2022 ...", *cit. supra*.

²¹⁷ BRUNET, J., «Publication de faux avis...», *cit. supra*.

²¹⁸ Apartado 4.2.4 de la Guía: «La prohibición de distorsión de las reseñas de los consumidores se entiende sin perjuicio de los derechos y la obligación del comerciante que las pone a disposición de suprimir las reseñas negativas falsas como parte de las medidas para garantizar que las reseñas pertenecen a consumidores que realmente adquirieron o utilizaron el producto».

²¹⁹ Apartado 4.2.4

²²⁰ Se trata de una práctica irregular detectada, *ad ex.*, por la autoridad francesa en materia de competencia y consumo: DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES, «Avis en ligne: Attention...», *cit. supra*. La preocupación por evitar que los operadores recurran a esta práctica se pone de manifiesto de forma clara, por ejemplo, en la legislación italiana, donde se dispone, por un lado, que «las reseñas deben publicarse sin retrasos indebidos» y, por otro, que «las reseñas deben indicar la fecha en la que han sido escritas». Además, se establece que el orden en el que las reseñas se presentan y la importancia que se les atribuye no deben ser engañosos y, en suma, que «la plataforma deberá proporcionar a los usuarios información fácilmente accesible sobre los principales parámetros que determinan el orden de presentación de las reseñas o la importancia relativa atribuida, así como ofrecer la posibilidad de visualizar las reseñas en orden cronológico» (más información en MARTINELLI, S., «Contratto e mercato ai tempi dell' algoritmo: reputational feedback system e ranking nella platform economy», disponible en <https://iris.unito.it/handle/2318/1793816> (consulta: 2 febrero 2023)).

²²¹ Sobre esta práctica realizada por eKomi: OMSELS, H., *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG), en <https://www.omsels.info/> (consulta: 9 enero 2023).

cronológico en el que han sido emitidas. No parece complicado aceptar que en este caso nos encontramos ante una manipulación ilícita (por desleal) del sistema de reseñas. Se explica así que me parezca plenamente justificado que el *Research Group on the Law of Digital Services* haya dispuesto en el artículo 8.4 de su *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*²²² que (l)os usuarios de la plataforma deben poder ver las reseñas en orden cronológico y que «si el sistema de evaluación de la reputación excluye las reseñas más antiguas, deberá indicarse a los usuarios» para que tengan una cabal información de este asunto²²³. Y lo mismo ha hecho el *European Law Institute* en sus *Model Rules on Online Platforms*²²⁴, como lo corrobora su artículo 6²²⁵. Por último, dentro de las conductas que se analizan, consistentes en distorsionar o manipular reseñas, cabría tal vez insertar (aunque tengo mis dudas al respecto) las prácticas dimanantes de las llamadas cláusulas mordaza o antirseñas. Aquí me limito simplemente a apuntar esta idea. Su desarrollo lo llevaré a cabo en el epígrafe siguiente, destinado a enjuiciar este tipo de estipulaciones muy frecuentes en la práctica contractual estadounidense.

4. Otras cuestiones sobre reseñas de bienes y servicios no abordadas por la Directiva (UE) 2019/2161: las cláusulas mordaza o de no descrédito

4.1. Problemática, surgimiento y reacción legislativa frente a las cláusulas mordaza o de no descrédito: el derecho a la libertad de expresión de los consumidores y sus límites

Algunos extremos relativos a las reseñas han quedado fuera de la Directiva (UE) 2019/2161. Así ha ocurrido con las llamadas cláusulas de no descrédito o antirseñas (*non-disparagement* or *anti-review clauses*), también conocidas como cláusulas mordaza (*gag clauses*). En general, cabría definir las cláusulas de no descrédito como estipulaciones contractuales que incorporan ciertos operadores económicos a sus contratos para tratar de controlar las opiniones de sus clientes, prohibiéndoles la emisión de reseñas relativas a los bienes o servicios que ofertan al mercado, normalmente con la imposición de determinadas sanciones económicas a los incumplidores²²⁶. Para una mejor comprensión de esta noción interesa realizar algunas precisiones²²⁷: 1ª) La prohibición inherente a este tipo de estipulaciones suele abarcar la publicación de comentarios negativos en prensa o en cualquier otro medio de comunicación, tanto en formato escrito (documento papel o electrónico) como audiovisual (audios y vídeos). Se trata, en suma, de obligar al cliente que celebra el contrato a abstenerse de hablar públicamente de forma negativa sobre el empresario en lo que atañe tanto a sus empleados como a sus prestaciones empresariales (bienes y servicios). 2ª) Los términos más

²²² *Cit. supra*.

²²³ Traducción propia.

²²⁴ *Cit. supra*.

²²⁵ «f) The order or relative prominence in which reviews are presented by default must not be misleading. Platform operators must provide users with easily accessible information about the main parameters determining the order or relative prominence in which reviews are presented. Reviews must indicate their submission date. Platform users must be able to view reviews in chronological order. g) If the reputation system displays reviews for a fixed period of time only, the duration of this period must be indicated to platform users. This period must be reasonable, but not shorter than 12 months»

²²⁶ Entre otros, pueden verse en esta dirección: GOLDMAN, E., «Understanding the Consumer Review Fairness Act of 2016», *Michigan Telecommunications & Technology Law Review*, vol. 24, 2017, p. 1, accesible en <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1231&context=mttlr> (consulta: 12 enero 2023); BARNES, W. R., «The good, the bad, and the ugly of online reviews: The trouble with trolls and a role for contract law after the Consumer Review Fairness Act», *Georgia Law Review*, vol. 53, n. 2, article 4, 2019, disponible en <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1085&context=glr> (consulta: 2 febrero 2023).

²²⁷ A propósito de estas precisiones: GROS-DUBOIS, E., «Are *non-disparagement* clauses enforceable?», disponible en <https://www.epgdllaw.com/are-non-disparagement-clauses-enforceable/> (consulta: 14 enero 2023).

arraigados en la tradición jurídica estadounidense para denominar a estas cláusulas negociales son, probablemente, los de *non-disparagement clauses*. Al respecto, conviene saber que, según los tribunales americanos, el vocablo *disparage* se utiliza como equivalente a desacreditar, deshonar, desprestigiar, rebajar el crédito o la estima y depreciar por medios indirectos (*bringing discredit or reproach upon, to dishonour, discredit; to lower in credit or esteem, to depreciate by indirect means*).^{3ª}) En relación con la precisión anterior, se hace necesario diferenciar los términos descrédito (*disparage*) y difamación (*defamation*). El primero se refiere a expresiones o manifestaciones ciertas que, en lo que aquí interesa, encuentran su origen en experiencias de consumo no satisfactorias. La difamación, en cambio, gira en torno a declaraciones falsas y carentes de todo fundamento, lo que explica que puedan hacerse acreedoras de un doble reproche de ilicitud: uno en aplicación de la normativa protectora del derecho al honor y otro sobre la base de la legislación penal.

De la última precisión efectuada cabe colegir que las empresas están facultadas para incluir en los contratos que celebran con su clientela cláusulas que prohíban a los clientes emitir públicamente opiniones difamatorias o inapropiadas, no relacionadas con los productos o servicios de la empresa o con las cualidades del empresario a la hora de suministrarlos, o que merezcan considerarse falsas o engañosas por incumplir las exigencias derivadas del principio de veracidad. De hecho, la inclusión en los documentos contractuales de este tipo de estipulaciones no es realmente necesaria para reputarlas ilícitas. Su ilicitud deriva de aplicar la normativa protectora del derecho al honor y, en su caso, la legislación penal. En cambio, cabe cuestionar, por ser atentatorio contra el derecho a la libertad de expresión, la facultad de las empresas de insertar en sus contratos cláusulas negociales que prohíban a su clientela la emisión pública de juicios de valor relativos a sus experiencias de consumo²²⁸.

Un ejemplo real de este tipo de cláusulas fue la utilizada por las mercantiles *Roca Labs, Inc., Roca Labs Nutraceutical USA, Inc.* [en adelante, RL] en relación con sus productos de pérdida de peso, comercializados por estas compañías como alternativas seguras y efectivas a la cirugía de bypass gástrico. El tenor de la estipulación es el siguiente: «Usted acepta que, independientemente de su experiencia personal con RL, no desacreditará a RL ni a ninguno de sus empleados, productos o servicios. Esto significa que no hablará, publicará, hará que se publique, imprimirá, reseñará, se pronunciará en un blog ni de ninguna otra forma escribirá negativamente sobre RL, sus productos o empleados. Esto abarca todos los medios de comunicación, incluido en especial Internet. Este párrafo tiene por objeto proteger a RL y a sus clientes actuales y futuros de los perjuicios derivados de contenidos difamatorios o calumniosos en cualquiera de sus formas y, por tanto, la aceptación por su parte de estas [Condiciones] le prohíbe realizar cualquier actuación que repercuta negativamente en la reputación de los productos, servicios, directivos o empleados de RL. Dejamos claro que RL y su Régimen pueden no ser aptos para todo el mundo, y en ese sentido, la cláusula anterior pretende evitar que *una persona cause una ruina para todos*. En caso de que algún cliente infrinja esta disposición, según determine RL a su entera discreción, se le concederán setenta y dos (72) horas para retractarse del contenido en cuestión. Si el contenido permanece, RL se verá obligada a buscar todos los recursos legales para proteger su nombre, productos y clientes actuales y futuros. Si incumple el presente Acuerdo, según determine RL a su entera discreción, se entenderá que usted renuncia a todos los descuentos y quedará obligado a pagar el precio íntegro de su producto. Además, conservamos todos los

²²⁸ *Ibidem*.

derechos y recursos legales contra el cliente infractor por incumplimiento de contrato y cualesquiera otras acciones que sean apropiadas»²²⁹.

En algunos casos, estas estipulaciones revisten la forma de «cláusulas de confidencialidad» (*confidentiality provisions*), cuya peculiaridad reside en exigir a los consumidores que cuenten con una aprobación empresarial previa por escrito para poder emitir cualquier valoración sobre sus experiencias de consumo, lo que faculta a las empresas a vetar las reseñas negativas y a poder demandar al consumidor que incumpla dicha exigencia²³⁰.

No es difícil comprender que a este tipo de estipulaciones (mordazas y de confidencialidad) se anudan efectos negativos no sólo para los consumidores y usuarios afectados, sino también para los empresarios competidores y el funcionamiento eficiente de los mercados. En este sentido, se ha afirmado que contribuyen a ayudar a los operadores económicos menos eficientes a mantenerse de modo artificial en el mercado, disminuyendo los beneficios que de forma merecida habrían de obtener aquellos que ofrecen prestaciones empresariales de mayor solvencia y calidad²³¹. En parecidos términos, se ha puesto de manifiesto que estas cláusulas son perjudiciales para la economía en general, pues una forma de dotar de mayor eficiencia a los mercados consiste, precisamente, en permitir que la información se difunda de forma pública de consumidor a consumidor²³². Los empresarios deben considerar las reseñas de su clientela como una parte más de su negocio y ser conscientes de que las empresas que las poseen cuentan, a la postre, con un mayor grado de credibilidad frente a los consumidores que las que carecen de ellas²³³. Además, las reseñas negativas, cuando responden al principio de autenticidad por provenir de experiencias de consumo no satisfactorias para quienes las emiten, constituyen una

²²⁹ Traducción propia; el texto de esta cláusula ha sido extraído de la demanda presentada por la *Federal Trade Commission* (FTC) ante la Corte Federal de Florida (*United States District Court Middle District of Florida*) y puede consultarse en <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/150928rocalabscmpt.pdf>. Al respecto, puede verse más información, *ad ex.*, en COMISIÓN GENERAL DE COMERCIO, «La FTC demanda a comercializadores que usaron cláusulas mordaza, amenazas monetarias y demandas judiciales para impedir que los consumidores publicaran comentarios negativos sobre productos para perder peso de eficacia no comprobada», disponible en <https://www.ftc.gov/es/noticias/la-ftc-demanda-comercializadores-que-usaron-clausulas-mordaza-amenazas-monetarias-y-demandas> (consulta: 13 enero 2023), así como en CALVERT, C., «Gag clauses ...», *cit.*, pp. 212 y ss. Otros ejemplos de este tipo de estipulaciones pueden consultarse en BARNES, W. R., «The good,...», *cit.*, pp. 579 y 580, quien reproduce la cláusula de un establecimiento hotelero del norte del Estado de Nueva York (el *Union Street Guest House*) en la que se dice: «Si se aloja aquí para asistir a una boda en cualquier lugar de la zona y nos deja una crítica negativa en algún sitio de Internet, acepta una multa de 500 \$ por cada reseña negativa" (p. 580; traducción propia; a continuación, con reproducción de otras cláusulas similares). Además, este último autor (BARNES) ofrece más ejemplos de esta clase de cláusulas en «Confidentiality clauses in settlement agreements after the Consumer Review Fairness Act», *Florida State University Law Review*, January 1, 2022, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4016779 (consulta: 2 febrero 2023). En palabras de CALVERT (*op. ult. cit.*), un ejemplo bastante común de cláusula mordaza o de no descrédito es el de un propietario de una casa de alquiler vacacional que estipula en la letra pequeña de un contrato que está facultado para quedarse con el depósito entregado por el huésped si éste, tras la estancia, deja una crítica poco halagadora (p. 209).

²³⁰ PONTE, L. M., «A glass half full? Enduring small business frustrations under the consumer», *Review Fairness Act of 2016*, May 15, 2017, p. 4, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2968569 y en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2968569> (consulta: 11 enero 2023).

²³¹ GOLDMAN, E., «Understanding the Consumer Review...», *cit.*, p. 1; GROS-DUBOIS, E., «Are non-disparagement clauses...», *cit. supra*; FEDERAL TRADE COMMISSION, «Consumer Review Fairness Act: What businesses need to know», en <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/consumer-review-fairness-act-what-businesses-need-know> (consulta: 16 enero 2023).

²³² CALVERT, C., «Gag clauses...», *cit.*, p. 211.

²³³ STERLING, G., «FTC smacks down anti-review 'non-disparagement clauses' in form contracts», disponible en <https://searchengineland.com/ftc-smacks-down-anti-review-non-disparagement-clauses-in-form-contracts-320826> (consulta: 14 enero 2023).

experiencia de aprendizaje para las empresas en la medida en que las estimulan a ser más eficientes²³⁴. No se olvide, en este sentido, la *función procompetitiva* que es predicable de las reseñas, a la que expresamente me referí al inicio de este trabajo²³⁵.

El origen de estas cláusulas suele fecharse en la primera década de la presente centuria. Y situarse en los Estados Unidos, en concreto, en el sector sanitario²³⁶. Efectivamente, fue en ese momento y lugar cuando una empresa denominada *Medical Justice* animó a médicos, dentistas y otros profesionales de la sanidad a utilizar este tipo de estipulaciones. Para ello se valió de un argumento principal: dado que por el deber de confidencialidad el personal sanitario no podía contestar a las posibles reseñas negativas de las que fuese objeto, parecía lógico prohibir a los clientes (pacientes, en este caso) la emisión de comentarios o valoraciones sobre los servicios contratados²³⁷. Seguidamente, estas estipulaciones contractuales ganaron terreno en otros sectores como, por ejemplo, las vacaciones, los hoteles, los cuidadores de mascotas y el comercio minorista. En no pocos casos, iban acompañadas de sus correspondientes sanciones penales, aplicables en caso de incumplimiento. Además, su propagación fue acusada. En general, una vez que estas cláusulas arraigan en un concreto sector, no es difícil que se extiendan por él con cierta celeridad. Sobre todo, por el efecto imitador que suele darse entre los profesionales que operan en un mismo ámbito económico²³⁸.

Dados los efectos negativos derivados de estas estipulaciones negociales, el legislador reaccionó frente a ellas. El camino lo abrió en 2014 la conocida como Ley *Yelp* de California que modificó el Código civil californiano para prohibir por vez primera este tipo de cláusulas en los siguientes términos: «Un contrato o propuesta de contrato de venta o arrendamiento de bienes o servicios no podrá incluir una cláusula por la que el consumidor renuncia a hacer cualquier declaración relativa al vendedor o arrendador, a sus empleados o agentes, o concerniente a los bienes o servicios»²³⁹. A partir de la entrada en vigor de esta regulación, las cláusulas de no-des crédito en contratos B2C son susceptibles de anulación por ser contrarias a Derecho. Además, las empresas que recurren a ellas pueden ser sancionadas económicamente con multas que van desde 2500 dólares (por la primera infracción) hasta 5000 dólares (por cada infracción posterior)²⁴⁰. Algunos meses más tarde, en octubre de 2016, el Estado de Maryland, siguiendo el ejemplo de la legislación californiana, promulgó la segunda ley estadounidense en la materia. En ella, junto a la prohibición expresa de las cláusulas mordaza en la dirección de la Ley *Yelp*, se confieren acciones legales de defensa a los particulares y empresas que se consideren difamados por

²³⁴ GARFINKLE, J., «The importance of anti defamation/negative review clauses in business contracts», accesible en <https://www.linkedin.com/pulse/importance-anti-defamationnegative-review-clauses-joshua-garfinkle> (consulta: 14 enero 2023).

²³⁵ *Supra*, epígrafe 1.1.

²³⁶ Aunque, al parecer, hubo algún caso anterior de utilización de este tipo de cláusulas por empresas de software: BARNES, W. R., «The good,...», *cit.*, pp. 577 y ss.

²³⁷ GOLDMAN, E., «Understanding the Consumer Review...», *cit.*, p. 2; a quien sigue MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 91; como apunta GOLDMAN, unos 2000 profesionales de la sanidad adoptaron los formularios recomendados por *Medical Justice* y aproximadamente un millón de estadounidenses los firmaron (p. 3).

²³⁸ GOLDMAN, E., «Understanding the Consumer Review...», *cit.*, p. 4.

²³⁹ Traducción propia.

²⁴⁰ MYERS, C., «Online reviews and organizational reputation: U.S. legal issues in combating and removing negative online content», *PRISM*, 16 (1), 2020, en <https://www.prismjournal.org/uploads/1/2/5/6/125661607/v16-no1-a1.pdf>, pp. 4 y 5 (consulta: 2 febrero 2023); CALVERT, C., «Gag clauses and the right to gripe: The Consumer Review Fairness Act of 2016 & State efforts to protect online reviews from contractual censorship», 24 *Widener Law Review*, 203, 2018, en <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1929&context=facultypub> (consulta: 2 febrero 2023), pp. 225 y 226; PONTE, L. M., «A glass half full...», *cit.*, pp. 6 y ss.

reseñas publicadas por consumidores²⁴¹. Pero, sin duda, mayor relevancia tiene por su carácter federal la aprobación en diciembre de 2016 de la denominada Ley de Equidad de las Reseñas de los Consumidores (*The Consumer Review Fairness Act*)²⁴², a la que en adelante me referiré por sus siglas en inglés: CRFA. Su punto de partida puede fijarse en la audiencia celebrada por el Comité de Comercio del Senado el 4 de noviembre de 2015, con vistas a analizar el impacto de las cláusulas de no descrédito en los contratos tipo, lo que permitió a dicho Comité escuchar el testimonio de Jennifer Palmer, demandante en el caso *Palmer contra Kleargear.com*, por el cual un comerciante minorista del entorno digital exigió a la Sra. Palmer que retirara una reseña negativa online de la que era autora y abonara 3500 dólares en concepto de daños y perjuicios causados, toda vez que en las condiciones del sitio web figuraba una cláusula mordaza o de no descrédito. Jennifer Palmer explicó todo lo que le sucedió a partir de ese momento; en especial, la imposibilidad de acceder al mercado del crédito y la angustia emocional que todo ello le provocó. Y concluyó que su historia demostraba «lo que puede ocurrir cuando se permite a las empresas utilizar cláusulas de no descrédito en sus contratos para intimidar a los consumidores»; razón por la cual entendía que «el Congreso debería tomar medidas para prohibir el uso de estas cláusulas en los contratos de consumo»²⁴³.

Según explica el Informe de la Cámara que elaboró la CRFA, se trata de un cuerpo legislativo dirigido a "preservar la credibilidad y el valor de las reseñas de los consumidores en línea, prohibiendo las cláusulas de no descrédito que restringen las opiniones negativas, aunque veraces, de productos y servicios por parte de los consumidores"²⁴⁴. Dentro de su articulado, destaca su Sección 2ª, intitulada «Protección de la reseña del consumidor» (*Consumer review protection*), que decreta la nulidad (desde el inicio) de las disposiciones contractuales que prohíben o restringen a los consumidores y usuarios la facultad de formular reseñas, así como las que les imponen determinadas sanciones para el caso de que las emitan. En relación con esta Sección 2ª conviene hacer dos precisiones. La primera es que la CRFA habla de «covered communication» con referencia a una reseña escrita, oral o pictórica, o una valoración del rendimiento o análisis similar (incluido el efectuado por medios electrónicos) realizado por un particular en relación con un bien, un servicio o una conducta de una persona que sea parte de un «form contract» (*sic*) del que también forme parte el autor de la reseña. De modo que se permite a los consumidores publicar reseñas compuestas tanto de palabras como de imágenes; por ejemplo, si una persona cree que un instalador de armarios de cocina ha realizado mal su trabajo, no sólo puede describir, mediante un texto escrito, las razones por las que considera que el trabajo fue de mala calidad, sino que también tiene la posibilidad de publicar fotografías o vídeos que ofrezcan pruebas más objetivas de esa realidad²⁴⁵. La segunda precisión estriba en que la CRFA exige que la disposición contractual forme parte de un «form contract», con referencia a un contrato tipo o estándar, esto es, celebrado a través de clausulados predispuestos e impuestos, que privan al cliente de la posibilidad de negociar las condiciones contractuales²⁴⁶.

²⁴¹ CALVERT, C., «Gag clauses...», *cit.*, pp. 226 a 228.

²⁴² En <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/5111/text/> (consulta: 11 enero 2023).

²⁴³ Traducción propia; al respecto: CALVERT, C., «Gag clauses...», *cit.*, pp. 215 a 217; PONTE, L. M., «A glass half full...», *cit.*, pp. 9 y 10.

²⁴⁴ Traducción propia.

²⁴⁵ CALVERT, C., «Gag clauses...», *cit.*, p. 222; PONTE, L. M., «A glass half full...», *cit.*, p. 8; MYERS, C., «Online reviews...», *cit.*, p. 5; BARNES, W., «Confidentiality clauses...», *cit.*, p. 23.

²⁴⁶ Esta última exigencia (que separa la CRFA de la Ley *Yelp* californiana, aplicable a toda cláusula contractual sea o no presdispuesta: CALVERT, C., «Gag clauses...», *cit.*, p. 223) ha llevado a algún autor a proponer que la CRFA no

En atención a su contenido, la CRFA protege una amplia variedad de valoraciones verdaderas y honestas provenientes de consumidores y usuarios, y no sólo referidas a las prestaciones empresariales contratadas, sino también a los servicios de atención a los clientes de las empresas²⁴⁷. Además, dispone que las infracciones de sus normas constituyen prácticas desleales engañosas frente a los consumidores, estatuyendo a la *Federal Trade Commission* (FTC) en la principal autoridad responsable de su aplicación²⁴⁸. De hecho, la experiencia práctica pone de manifiesto que la CRFA ha permitido a la FTC entablar reclamaciones administrativas ante empresas que venían utilizando estas cláusulas ilegales en sus contratos; caso, por ejemplo, de las mercantiles *A Waldron HVAC, National Floors Direct, LVTR LLC, Shore to Please Vacations y Staffordshire Property Management*. En concreto, en el año 2019, obligó a estas compañías a notificar a todos sus clientes que los contratos con ellos celebrados contenían una estipulación nula y, por ende, inaplicable. Algunas de estas empresas, por su parte, habían interpuesto demandas por incumplimiento de contrato contra clientes que habían emitido reseñas negativas. Evidentemente, a la luz de la CRFA, dichas demandas carecían de base legal alguna, por lo que debían ser inadmitidas²⁴⁹.

Como es natural, la CRFA no deja desamparados a los empresarios frente a los contenidos inapropiados que puedan ser emitidos por la clientela mediante sus reseñas y valoraciones. Por ello les reconoce el derecho a prohibir o eliminar aquellas reseñas que encajen en alguno de los siguientes supuestos: 1º) contengan información confidencial o privada, por ejemplo, de carácter financiero, médico o relativa a los secretos comerciales de la compañía; 2º) sean difamatorias, acosadoras, abusivas, obscenas, vulgares, sexualmente explícitas o inapropiadas con respecto a la raza, el sexo, la sexualidad, el origen étnico u otra característica similar; 3º) no guarden relación con los bienes y servicios de la empresa; y, por último, 4º) merezcan la consideración de claramente falsas o engañosas²⁵⁰. Como he apuntado más arriba, en caso de que se emitan reseñas con estos contenidos, el empresario o profesional que se viera afectado por ellas contaría con dos instrumentos de defensa principales: 1º) la normativa protectora del derecho al honor (en España, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen²⁵¹) y 2º) la normativa penal (en el

se opone a que un empresario pueda incluir una cláusula mordaza o de no descrédito (o de confidencialidad) en un acuerdo transaccional encaminado a resolver de forma definitiva cualquier litigio que pueda surgir entre las partes del contrato de consumo (empresario y consumidor). Se distingue, de este modo, entre los contratos de consumo iniciales (a cuyas cláusulas se aplicaría la prohibición de la CRFA) y los acuerdos de transacción (que quedarían al margen de la prohibición de la CRFA). Y esta interpretación se apoya en varias razones, entre las que sobresale el amplio uso que se da a las cláusulas de no descrédito y confidencialidad en el ámbito de la resolución de litigios y en que la CRFA sólo se aplica a cláusulas predispuestas incluidas en contratos tipo, pero no a acuerdos negociados por las partes, como es el caso de los transaccionales: BARNES, W., «Confidentiality clauses...», *cit.*, p. 24 y, en especial, pp. 27 y ss.

²⁴⁷ FEDERAL TRADE COMMISSION, «Consumer Review Fairness Act...», *cit. supra*.

²⁴⁸ PONTE, L. M., «A glass half full...», *cit.*, pp. 10 y 11.

²⁴⁹ STERLING, G., «FTC smacks down anti-review 'non-disparagement...», *cit. supra*; *ad ex.*, más información sobre la persecución de reseñas falsas por la FTC en MARTÍNEZ OTERO, J. M., «Fake reviews on online...», *cit.*, pp. 19-23.

²⁵⁰ *Ibidem*; también, *ad ex.*, BARNES, W. R., «The good...», *cit.*, pp. 588 y ss.; MYERS, C., «Online reviews...», *cit.*, pp. 6 y ss.; PONTE, L. M., «A glass half full...», *cit.*, p. 9.

²⁵¹ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982; al respecto (con especial atención al ámbito digital), *ad ex.*, GAMELLA CARBALLO, S., *Derecho al honor, intimidad y propia imagen en relación con las nuevas tecnologías*, Editorial Sepin, Madrid, 2018, *passim*; MARTÍNEZ NADAL, A., «Reputación online de las empresas de alojamiento turístico y publicación por terceros de informaciones negativas (reviews)», en MORILLAS JARILLO, M.J., PERALES VISCASILLAS, P. y PORFIRIO CARPIO, L., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 461 y ss.

ordenamiento español, los delitos de injurias y, en su caso, de amenazas regulados en el Código Penal²⁵²).

La experiencia judicial española ofrece algún ejemplo que ilustra muy bien acerca de lo que acabo de indicar. Me refiero, en concreto, al siguiente conflicto jurídico²⁵³: Una clínica veterinaria erró al emitir el diagnóstico relativo a la mascota de un cliente. Razón por la cual éste le solicitó la devolución de la cuantía abonada en concepto de precio o minuta (pese a que el Colegio de veterinarios entendió que no hubo negligencia profesional por parte de la entidad veterinaria). Ante la negativa de la clínica a la devolución del precio, el cliente emitió la siguiente declaración: «os vais a enterar, os voy a hundir, os voy a machacar en las redes sociales». Tras ello, la clínica fue objeto de 33 reseñas muy negativas (expresadas todas ellas en la página web de *Google My Business*), habiendo quedado demostrada la falsedad de muchos de los perfiles de quienes las habían emitido. Ante estos hechos, la clínica veterinaria consideró vulnerados sus derechos y articuló su defensa por una doble vía: 1ª) De un parte, por la vía penal, lo que se tradujo en una condena al cliente en atención a las amenazas que había proferido²⁵⁴. 2ª) De otra parte, por la vía civil, lo que supuso la imposición al demandado de una sanción económica por daños morales y por las pérdidas experimentadas por la clínica veterinaria durante el tiempo que duró la campaña de desprestigio²⁵⁵. En el ámbito civil, que es el que aquí interesa, la autoridad judicial fundó su decisión en argumentar que las actuaciones llevadas a cabo por el cliente del establecimiento veterinario se habían excedido claramente del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Razón por la cual no eran merecedoras de amparo y protección por el Derecho²⁵⁶. Esta decisión ha sido posteriormente refrendada por la Audiencia Provincial de Cantabria²⁵⁷.

Ahora bien, en lo que respecta singularmente a la protección del derecho al honor, no ha de perderse de vista lo que dispone el artículo 2 de la antecitada Ley Orgánica 1/1982, que

²⁵² Código Penal: artículo 108 (delito de injurias: *v. ad ex.*, BERNAL DEL CASTILLO, J., «El delito de injurias», *Diario La Ley*, núm. 2, 1996, pp. 1436 y ss.) y artículos 169 y 171 (delito de amenazas: *v. ad ex.*, DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. J., «El delito de amenazas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 3, 1996, pp. 269 y ss.).

²⁵³ Al que alude, *ad ex.*, MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 98 y 99, y al que se refieren también tanto la prensa como algunos blogs digitales: *ad ex.*, CASANUEVA, I., «Condenado a indemnizar con 35000 euros a una clínica veterinaria por «orquestrar una campaña de descrédito» en internet», disponible en <https://confilegal.com/20210330-condenado-a-indemnizar-con-35-000-euros-a-una-clinica-veterinaria-por-orquestrar-una-campana-descredito-en-internet/> (consulta: 16 enero 2023); AREA TORRES, J.F., «Un particular deberá indemnizar con casi 35.000 Euros a una clínica veterinaria por una campaña de descrédito contra la misma en internet», accesible en https://www.abogadopenalistapontevedra.es/un-particular-debera-indemnizar-con-casi-35-000-euros-a-una-clinica-veterinaria-por-una-campana-de-descredito-contra-la-misma-en-internet_fb44253.html (consulta: 16 enero 2023); PODER JUDICIAL, «Deberá indemnizar con casi 35000 euros a una clínica veterinaria por orquestrar una campaña descrédito en internet», disponible en la siguiente dirección web: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Novelties/Debera-indemnizar-con-casi-35-000-euros-a-una-clinica-veterinaria-por-orquestrar-una-campana-descredito-en-internet> (consulta: 2 febrero 2023).

²⁵⁴ Decretada por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 3ª) en sentencia núm. 22/2019, de 9 enero: JUR\2020\299112.

²⁵⁵ Impuesta por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Santander, en sentencia núm. 86/2021, de 23 de marzo, cuyo texto está accesible, *ad ex.*, accesible en <https://plazaguerreroabogados.com/files/caso-clinica-veterinaria-abogado-solicitor-lawyer-fuengirola.pdf>

²⁵⁶ En concreto, a juicio del titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Santander (*v. supra*, nota precedente), la amenaza probada, junto al posterior comentario negativo y el resto de reseñas posteriores, también negativas, realizadas por personas del entorno del demandante, "sobrepasan los límites constitucionales de su libertad de expresión" y suponen un "ataque intencionado a su prestigio profesional".

²⁵⁷ *Ad ex.*, ALONSO, M., «Ratifican la indemnización de 35000 euros al dueño de una clínica veterinaria por injurias en Internet», disponible en <https://www.ifomo.es/articulo/cantabria/cantabria-ratifican-indemnizacion-35000-euros-dueno-clinica-veterinaria-injurias-internet/20220125191427214713.html> (consulta: 16 enero 2023).

circunscribe dicha protección a lo dispuesto en las leyes y «usos sociales». Especial interés posee aquí la expresión «usos sociales». Sobre todo, a la vista de cómo la viene interpretando nuestro Tribunal Supremo. Según sus palabras, «la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el artículo 2.1 Ley Orgánica 1/1982 se remite a los *usos sociales* como delimitadores de la protección civil del honor)»²⁵⁸. Pues bien, se estará de acuerdo en que si estas consideraciones del Alto Tribunal se trasladan al ámbito concreto de las reseñas, habrá de concluirse que el análisis dirigido a determinar si atentan o no contra el derecho al honor ha de hacerse de conformidad con la percepción que de ellas tenga el consumidor medio del sector al que se refieran²⁵⁹. Una idea que no es desconocida por el legislador comunitario, como lo demuestra la advertencia que realiza la Directiva (UE) 2019/2161 en cuanto a que sus normas «relativas a las reseñas y aprobaciones de los consumidores deben entenderse sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal»²⁶⁰. De hecho, esto explica que los tribunales de justicia hayan declarado que no vulneran el derecho al honor de un establecimiento los comentarios siguientes, todos ellos publicados en *Tripadvisor*:

1) «Cena pésima y muy cara. Nos estafaron con una ensalada y bacalao, para nada lo que parecía en la foto de la carta, la ensalada 95% de lechuga y el resto, los ingredientes que supuestamente llevaba la ensalada (algunos brillaban por su ausencia)»; 2) «Estafadores. Vergonzoso, son unos timadores y muy caro. Te vuelven a servir la copa de vino sin que lo solicites y, por supuesto, te cobran. Las raciones son más escasas y mucho más caro»; 3) «Estafa. Estafadores, embaucadores. Te prometen una cosa y luego la cuenta es otra. No lo recomiendo. Odio que me engañen de esta manera».

Estas valoraciones llevaron al dueño del establecimiento reseñado a interponer una demanda contra el operador turístico *Tripadvisor* en defensa de su derecho al honor. En palabras de la Audiencia que conoció del asunto en segunda instancia, se trata de reseñas que «no se han realizado con la intención de imputar un hecho delictivo a la entidad actora, sino de expresar una opinión, una crítica mostrando su descontento en relación a la calidad-precio del servicio prestado y visto el contexto en el que se pronuncian referidas a un establecimiento público y por ello sometido a crítica, con un nivel más débil de protección en relación al honor de las personas físicas»²⁶¹. En la misma dirección se había pronunciado, unos meses antes, la Audiencia

²⁵⁸ STS núm. 601/2011 (Sala 1ª), de 19 diciembre de 2011 (cursiva propia). Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio XIOL RIOS; accesible en <https://vlex.es/vid/352558286>.

²⁵⁹ Sobre la noción de *consumidor medio* son de interés las consideraciones que, haciéndose eco del modo en que interpreta estos términos el TJUE, se contienen en el apartado II del Preámbulo de la Ley 29/2009 de modificación de la LCD (*cit. supra*).

²⁶⁰ Considerando 48.

²⁶¹ Sentencia Audiencia Provincial de Mérida (Badajoz), Sección 3ª, de 30 marzo de 2021, accesible en https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/dd4a59dc5f7e7eb6/20210524/que_es_comentada_entre_nosotros_por_MALDONADO_MOLINA,_F.J.,_«Las_reseñas_online...»,_cit.,_supra;_IDEM,_«El_marco_legal...»,_cit.,_p._98. Añade esta SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL que «en este supuesto las expresiones no pueden ser tenidas como inequívocamente injuriosas o vejatorias, con un contenido claramente ofensivo o difamatorio que muestren claramente innecesarias para expresar la opinión o valoración de que se trate, pues dichas expresiones muestran el descontento sufrido ante unos servicios que estiman no han sido los adecuados y se tratan de unos comentarios

Provincial de Cáceres (Sección 1ª) en un caso similar²⁶². En este supuesto la resolución judicial pone de manifiesto que, aunque en la calificación de los hechos por parte del cliente éste habla de «estafa o timo», ha de considerarse que se trata de «excesos verbales» que «no permiten revertir la prevalencia de la libertad de expresión de acuerdo con el uso social del lenguaje». Y a lo anterior añade que «de ello se deriva que cualquier usuario de la página podrá percibir que los hechos narrados y su calificación responden exclusivamente a la opinión personal de su autor, en un escenario previo de altercado o disputa, que queda perfectamente reflejado al final del texto, por lo que las expresiones consideradas ofensivas no pueden revestir la gravedad que se pretende, encontrándose plenamente amparadas por la libertad de expresión»²⁶³.

Cosa distinta es que la respuesta del consumidor exceda ampliamente de los usos sociales en atención a las circunstancias concurrentes. Como es lógico, en dicho supuesto ha de prevalecer el derecho al honor sobre la libertad de expresión. Para ello, según se infiere de la jurisprudencia existente sobre la materia, se ha de llevar a cabo una labor de ponderación de los intereses en conflicto con vistas a delimitar, caso por caso, el derecho al que ha de conferirse prevalencia. No obstante, pese a ser cierto lo anterior, nuestro Tribunal Supremo se inclina por considerar que ha de respetarse la posición prevalente que poseen los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor; sobre todo, por su esencialidad para garantizar la formación de una opinión pública libre, que es indispensable para el pluralismo político requerido por el principio democrático²⁶⁴.

directamente relacionados con ello, que reflejan la opinión personal de la persona anónima, que *se siente* estafada o engañada o que *les parece* caro o escaso lo ofrecido en dicho establecimiento».

²⁶² La reseña objeto de controversia en este caso tenía la siguiente redacción «Estafa premeditada. Hemos ido a comer en familia, llevábamos ya un menú programado y telefónicamente se nos habían descrito y propuesto determinadas cosas que luego allí resultaron ser inciertas, el cochinitillo que en el menú aparece como: *1/4 cochinitillo (mínimo dos personas)*, resultó que no era un cuarto de cochinitillo por persona (como acordaron días antes al concertar el menú) no, resultó ser 1/4 para cada dos personas, cuando pides explicaciones, te dicen que como es imposible que una persona coma 1/4, te ponen menos... Aunque claro pagar, pagar vas a pagar 1/4, después de insistir y de generar un mal ambiente en la mesa puesto que ellos te rebaten de mil maneras diferentes, nos dan la razón sobre que la carta está mal expresada, efectivamente no deberían poner 1/4 por persona, pero ellos mismos dicen que de poner la verdad, la gente no cogería esa opción porque parece poca cantidad, toma ya! Al final pagas el menú de 30 euros por 1/4 de cochinitillo y *te vas con cara de tonto sabiendo que te han timado*, sabes que no van a cambiar nada porque así les está funcionando, también a tener en cuenta el ofrecimiento del parking gratis, ojo! Sólo son dos horas! Si vas a comer con tranquilidad, sabed que hay que pagar, no pasa nada, pero igual que con el cochinitillo la información que dan es engañosa. Por lo demás la mesa estuvo bien atendida y el local es amplio y bonito, es una pena que el cliente marche insatisfecho por el afán recaudador y la sensación de estafa con la que uno marcha. Por mi parte no volveré, seguro q hay más timos en carta. Por cierto, el jefecillo que atiende las reclamaciones luego se ríe con los empleados de la situación, si lo lee, que sepa q es de muy mala educación. Nos dimos cuenta».

²⁶³ Sentencia Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, de 24 de septiembre de 2020, disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6b4e759f778e5f98/20201118> que es comentada, entre nosotros, por MALDONADO MOLINA, F.J., «Las reseñas online...», *cit., supra*; IDEM, «El marco legal ...», *cit.*, p. 98. Entre otras consideraciones, esta SAP pone de manifiesto: «La recurrente atribuye un carácter vejatorio y difamatorio a las expresiones *estafa premeditada*, *te vas con cara de tonto sabiendo que te han timado*, *la información que dan es engañosa*, *estafa*, *seguro q hay más timos en carta* y *el jefecillo que atiende las reclamaciones*; ahora bien, dichas expresiones, en la medida en que están directa y estrechamente vinculadas a la queja o crítica que constituye la esencia del comentario vertido solo pueden ser ponderadas con arreglo al canon propio de la libertad de expresión, y no con sujeción al requisito de la veracidad, en los términos que se exige constitucionalmente respecto del derecho de comunicar y recibir información».

²⁶⁴ En esta dirección, v., *ad ex.*, la STS 170/2009, de 11 de marzo, donde puede leerse lo que sigue: "La delimitación de la colisión ha de hacerse caso por caso (...) sin perjuicio de que esa tarea de ponderación tenga en cuenta 'la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la Constitución Española ostentan los derechos a la libertad de expresión e información', en la

Como casos en los que un sujeto se extralimita de lo que puede considerarse amparado por la libertad de expresión, cabe traer a colación, por ejemplo, el asunto de la clínica veterinaria al que me referí con anterioridad. Y a él puede añadirse un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo. Se trata de una controversia jurídica relativa a la compra de una vivienda a la que le salen grietas, lo que lleva al comprador a ejecutar, durante un periodo prolongado de tiempo, una campaña de desprestigio contra la empresa constructora, consistente en difundir información dirigida a minar su prestigio profesional. Pero silenciando en todo momento que dicha empresa había cumplido las obligaciones que le habían sido impuestas por varias sentencias en relación con las grietas referidas. El Alto Tribunal entiende que en este supuesto ha de prevalecer el derecho al honor sobre la libertad de expresión, al considerar que la respuesta del consumidor es desproporcionada. Según sus palabras: «La actuación del recurrente atribuyendo a la recurrida, en una localidad de dimensión reducida, de forma pública y prolongada en el tiempo, la responsabilidad por las grietas de su vivienda, aun habiendo cumplido ésta en su integridad las dos sentencias judiciales que la condenaron por su existencia, circunstancia que silenció, y ello con el propósito de obtener por su propia mano lo que considera debido y de fastidiarla, presentándola ante el público como una empresa que construye mal para que la gente no le compre, *no se puede considerar una crítica legítima y de interés para los consumidores en general y para los potenciales compradores de vivienda en especial*, sino que constituye un injustificado y desproporcionado intento de satisfacer sus intereses particulares a voluntad, al margen del Derecho y fuera de los cauces legales correspondientes, presionando a la recurrida con una campaña directamente dirigida a dañar su imagen y menoscabar su reputación profesional, perjudicando su actividad empresarial»²⁶⁵.

4.2. Enjuiciamiento de estas estipulaciones a través del Derecho de obligaciones y contratos

El hecho de que el legislador comunitario no haya prestado atención a estas cláusulas en la Directiva (UE) 2019/2161 probablemente obedece a que en la Unión Europea no han tenido la

medida en que estos últimos resultan esenciales como garantía de una opinión pública libre, la que a su vez es indispensable para el pluralismo político que exige un Estado social y democrático de derecho» ([STS 170/2009, de 11 de marzo, ECLI:ES:TS:2009: 938](https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/4932/TS.%20DERECHO%20AL%20HONOR.pdf). Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUEST; accesible en <https://vlex.es/vid/derechos-fundamentales-57207052>

²⁶⁵ STS 4398/2022 (Sala 1ª), de 25 de noviembre de 2022 (cursiva propia), cuyo texto está disponible en <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/4932/TS.%20DERECHO%20AL%20HONOR.pdf> (Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio GARCÍA MARTÍNEZ); En una dirección similar cabe citar la STS 747/2022 (Sala 1ª), de 3 de noviembre de 2022 (cuyo Magistrado Ponente es también el Excmo. Sr. D. Antonio GARCÍA MARTÍNEZ); accesible en <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/5698d0da6ebf88d1a0a8778d75e36f0d>. Esta última STS aborda la responsabilidad del titular de una cuenta de *Facebook* por los comentarios publicados por terceros. En ella, el Alto Tribunal es claro al entender que no son triviales y suponen un claro atentado al derecho al honor expresiones tales como «gentuza, sinvergüenzas, incultos, basura, garrulos, moscas cojoneras, garrapatas hambrientas, asquerosos». Entre otras consideraciones, esta STS pone de manifiesto que «el requisito de la proporcionalidad supone que ninguna idea, opinión o información puede manifestarse mediante frases y expresiones ultrajantes u ofensivas y que lo relevante para determinar el carácter meramente ofensivo u oprobioso de una expresión es su vinculación o desvinculación con el juicio de valor que se emite o con la información transmitida (por todas, sentencias 252/2019, de 7 de mayo y 338/2018, de 6 de junio). E, igualmente, que las expresiones deben valorarse dejando al margen una concepción abstracta del lenguaje (estrictamente sintáctica o semántica) en beneficio de una concepción pragmática, según la cual el lenguaje, como actividad humana de orden práctico, debe considerarse en relación con su contexto, por lo que, expresiones ofensivas por su significado si son aisladamente consideradas, no pueden considerarse como una intromisión ilícita si se consideran proporcionadas con la finalidad informativa o valorativa que se pretende en contextos de crítica; siendo numerosos los casos en los que hemos reconocido, atendidas las circunstancias, la utilización de un lenguaje hiperbólico, efectista, sarcástico, jocoso o mordaz (por todas, sentencias 158/2020, de 10 de marzo y 540/2018, de 28 de septiembre)».

repercusión que sí han logrado al otro lado del Atlántico²⁶⁶. En todo caso, el silencio del legislador no puede interpretarse en sentido favorable a la licitud de este tipo de estipulaciones. Es verdad que en Derecho privado rige la máxima de Kelsen según la cual «lo que no está expresamente prohibido, está permitido» (*permissum videtur id omne quod non prohibitum*). Ahora bien, en esta materia la cuestión se complica por cuanto que tanto en el Derecho de la Unión Europea como en el español está expresamente reconocido el derecho a la libertad de expresión que, en rigor, es el que se ve afectado cuando se fijan cláusulas mordaza o de no descrédito en los contratos. En efecto:

1º) En el Derecho supranacional europeo, ha de tenerse en cuenta el artículo 6 del Tratado de la Unión, cuyo apartado 1 establece que «(l)a Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados»²⁶⁷. Como se comprueba, el precepto transcrito remite a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 11 reconoce la libertad de expresión en los siguientes términos: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras»²⁶⁸.

2º) En el ordenamiento interno español, se han de tomar en consideración los siguientes materiales normativos: 1) el artículo 20 de la Constitución, que reconoce y protege el derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción»; y 2) el artículo 85.1 de la Ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que atribuye a toda persona el «derecho a la libertad de expresión en Internet»²⁶⁹. Como se apunta en el Preámbulo de esta Ley, entre los derechos digitales que en ella se reconocen a los ciudadanos de conformidad con el mandato constitucional, «resulta destacable la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales»²⁷⁰.

Una primera interpretación de esta normativa en relación con el asunto que se analiza llevaría a concluir que carece de validez toda estipulación contractual que niegue el derecho de los consumidores y usuarios a emitir reseñas acerca de los bienes adquiridos, los servicios contratados o el modo en que los empresarios cumplen sus obligaciones contractuales (rapidez en la entrega, diligencia en atender una eventual reclamación por falta de conformidad u otra causa, etc.). Esta solución se fundamentaría en el carácter irrenunciable de la libertad de expresión, dada su naturaleza de derecho fundamental²⁷¹, lo que permitiría invocar los siguientes preceptos de nuestro Derecho privado en favor de la ilicitud de este tipo de cláusulas: 1º) Por un

²⁶⁶ Aunque no puede desconocerse que en Europa se ha dado algún que otro caso de utilización de estas estipulaciones que ha terminado resolviéndose en los tribunales de justicia: caso, por ejemplo, del Tribunal Regional de Coblenza que, al enjuiciar determinadas cláusulas que restringían el derecho de los consumidores y usuarios a emitir reseñas, dictaminó que eran ilícitas por interferir negativamente en la libertad de expresión de la clientela: DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 143.

²⁶⁷ Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas: DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

²⁶⁸ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: DOCE núm. 364, de 18 diciembre 2000.

²⁶⁹ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: BOE núm. 294, de 6 de diciembre 2018.

²⁷⁰ Apartado V.

²⁷¹ Así, por ejemplo, MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 93.

lado, el artículo 6.3 del Código Civil, según el cual «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho». Dado que las normas sobre derechos humanos son imperativas (como se infiere del carácter no sólo irrenunciable sino también inviolable de este tipo de derechos), de su infracción derivaría (en aplicación del artículo 6.3) la invalidez de toda estipulación negocial que cercene la capacidad de los clientes (consumidores y usuarios) de elaborar reseñas con la finalidad de valorar sus experiencias de consumo. 2º) Por otro lado, el artículo 1255 del Código Civil que, como se sabe, fija como límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad la ley, la moral y el orden público. Como es natural, para aplicar este precepto habría que entender que dentro del término ley que en él se invoca tienen encaje la normativa constitucional reconocedora del derecho a la libertad de expresión²⁷². Es más, cabría incluso postular que las *non-disparagement clauses* atentan contra el orden público (ex artículo 1255), si éste se concibe como una noción directamente relacionada con el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas²⁷³.

Ahora bien, las cosas no son tan sencillas, como lo prueba la experiencia estadounidense a la que me acabo de referir. Como se ha visto, en ella la ilicitud de las cláusulas mordaza o de no descrédito no deriva de considerar infringida la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, toda vez que existe consenso en considerar que ésta preserva la libertad de expresión frente a ataques normativos que la conculquen provenientes de los poderes públicos, pero no a través de cláusulas insertas en contratos celebrados entre particulares. En efecto, en expresión de la Corte Suprema estadounidense, "la garantía constitucional de la libertad de expresión es una garantía sólo contra la restricción [de dicha libertad] por parte del Gobierno, federal o estatal"²⁷⁴. Esto obedece a la vigencia en los Estados Unidos de la llamada doctrina de la *state action*, según la cual las garantías constitucionales de los derechos fundamentales sólo establecen límites a la actuación del Estado, quedando al margen de ellas las conductas y relaciones entre particulares²⁷⁵. Por ello no ha bastado con la Primera Enmienda de la Constitución, sino que ha sido necesaria la promulgación de una normativa específica (la CRFA y otras leyes de diversos Estados como California o Meryland) dirigida a concretar la sanción de Derecho privado aplicable a este tipo de estipulaciones. En rigor, este asunto nos introduce en el interesante y arduo problema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, al que suele hacerse referencia con el término alemán *Drittwirkung*. Aquí no se trata de realizar una completa exposición de esta compleja cuestión, aunque al menos sí interesa exponer cuáles son las principales tesis que la doctrina mantiene al respecto, como presupuesto para ofrecer una propuesta de solución al problema. En síntesis, cabría diferenciar tres posiciones distintas: 1ª) la de la *Drittwirkung mediata* de los derechos fundamentales; 2ª) la de la *Drittwirkung inmediata* de tales derechos; y 3ª) las tesis *intermedias*, que abogan por una *eficacia atenuada* de los derechos

²⁷² En esta dirección, *ad ex.*, CASTILLO-CÓRDOVA, L., «Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales», *Actualidad Jurídica*, 155, 2006, en <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/1942>; especialmente, pp. 12 y ss.

²⁷³ Según la concepción postulada en su momento por el Tribunal Constitucional y secundada con posterioridad por un sector de la doctrina: al respecto, *ad ex.*, ACEDO PENCO, A., «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núms. 14-15, 1996-1997, pp. 323 y ss.

²⁷⁴ Traducción propia; al respecto, *ad ex.*, CALVERT, C., «Gag clauses...», *cit.*, pp. 217 y ss.

²⁷⁵ Entre nosotros: BILBAO UBILLOS, J.M., *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado. La noción de state action en la jurisprudencia norteamericana*, Ed. McGraw-Hill, 1997, *passim*.

fundamentales en las relaciones *inter privados* o por la llamada concepción de los derechos fundamentales como *mandatos de protección*²⁷⁶:

1ª) De conformidad con la primera tesis, la eficacia *inter privados* de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución carece de fundamento normativo. Cuando la Constitución reconoce estos derechos, lo hace dirigiendo dos mandatos a sus destinatarios, que son los poderes públicos (como lo corrobora el artículo 53 del texto constitucional): 1) que se abstengan de llevar a cabo cualquier comportamiento que sea lesivo para dichos derechos, y 2) que desarrollen medidas adecuadas para protegerlos cuando resulten conculcados por otros particulares. Por tanto, la operatividad de estos derechos fundamentales en la esfera privada queda condicionada a la intervención de un órgano estatal, que sí está directamente vinculado por ellos. En concreto, se requiere la actuación del legislador o del juez. Al primero le correspondería concretar legislativamente el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares mediante la promulgación de las correspondientes normas jurídicas (como, por ejemplo, la CRFA estadounidense). A los jueces, por su parte, les competiría interpretar las normas que rigen las relaciones entre particulares, tomando en consideración estos derechos fundamentales para llenar con ellos de contenido las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados del Derecho privado, tales como el orden público o la buena fe²⁷⁷.

2ª) En cambio, la tesis de la *Drittwirkung inmediata* de los derechos fundamentales (también conocida como *Horizontalwirkung*), cuya formulación originaria corresponde a Nipperdey, sostiene que los particulares no sólo son portadores de derechos fundamentales, sino también destinatarios de ellos (invocando como fundamento de esta idea el artículo 9.1 de la Constitución). De ahí que dichos derechos se conciban como derechos subjetivos cualificados, caracterizados por su especial resistencia frente a los poderes públicos. Desde este otro punto de vista, se subraya el carácter normativo de la Constitución para sostener, en coherencia con él, que ha de ser la norma constitucional reconocedora del derecho fundamental la directamente aplicada para solucionar los conflictos *inter privados*, con independencia de que exista o no una legislación de desarrollo, lo que, a la postre, conduce a admitir de forma prácticamente inevitable la eficacia *inter privados* de la mayor parte de los derechos fundamentales. En rigor, los partidarios de esta tesis admiten que, aunque lo más conveniente es que sea el legislador quien intervenga para concretar el alcance de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas,

²⁷⁶ Junto a la doctrina que se cita en las notas siguientes, una panorámica reciente de la cuestión en la dogmática alemana puede verse en BOROWSKI, M., «La *Drittwirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales», *Revista de Derecho del Estado*, núm. 45, 2020, p. 3 y ss., disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6327> (consulta: 20 febrero 2023).

²⁷⁷ Entre nosotros, se manifiesta partidario de esta tesis, por todos: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 1, 1993, pp. 57 y ss., texto disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1993-10005700122. En todo caso, no se oculta que esta solución trata de evitar un sacrificio excesivamente alto de la autonomía de la voluntad, que ha de ser la pieza central del Derecho privado de obligaciones y contratos, para lo cual se erige al Código civil en la verdadera Constitución de los particulares, sustentada en los relevantes principios de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual (BILBAO UBILLOS, J.M., «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittwirkung*: una visión de conjunto», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, fascículo 1, 2017, accesible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-A-2017-10004100074, p. 56; ÍDEM, «La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares», disponible en https://alojamientos.uva.es/guia_docente/uploads/2013/482/46375/1/Documento32.pdf, p. 3.

no hay obstáculo alguno para que, en ausencia de legislación, se apliquen de forma directa las normas de la Constitución²⁷⁸.

3ª) Ambas tesis cuentan con argumentos a favor y en contra. Quizá por ello han surgido soluciones intermedias, como la que aboga por una *eficacia atenuada* de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados* o la que concibe los derechos fundamentales como *mandatos de protección* (aunque la segunda se inscribe propiamente dentro de la tesis de la *eficacia mediata*). La primera, esto es, la de la *eficacia atenuada*, sigue básicamente la siguiente argumentación: a) Por un lado, admite la eficacia —incluso directa— de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, pero con un alcance que habrá de ser modulado en cada caso en atención a la relevancia de los derechos o intereses con los que dichos derechos fundamentales entran en colisión. b) Por otro lado, formula dos criterios que podrían ser útiles para valorar la incidencia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado: 1) la dignidad de la persona humana, toda vez que la incidencia habrá de considerarse mayor en la medida en que dicha dignidad resulte directamente afectada, y 2) la presencia de una relación asimétrica en la que una de las partes ostente una posición de superioridad frente a la otra. Sobre la base de lo anterior, concluye que la cuestión a resolver no estriba en determinar si existe o no eficacia (en abstracto) de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, sino en concretar la medida o intensidad de esa eficacia (cuánta eficacia). Para ello el procedimiento que se propone consta de dos fases: a) averiguar si en una concreta relación jurídica de Derecho privado rige un determinado derecho y b) una vez dilucidada la cuestión anterior, concretar hasta qué punto dicho derecho merece ser respetado por un particular²⁷⁹. Por su parte, la doctrina de los derechos fundamentales como *mandatos de protección* concibe la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones privadas como «una expresión de la obligación del Estado de proteger los derechos de los ciudadanos». Dado que es imposible que el legislador pueda prever y regular a través de normas jurídicas todas las relaciones entre particulares y los conflictos que de ellas deriven, se hace necesario el recurso a la formulación de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, que serán llenados de contenido por la jurisprudencia «sobre la base de las valoraciones inducidas de los derechos fundamentales y a la luz de las circunstancias del caso». Bien entendido que, al concretar el contenido de las cláusulas generales y conceptos indeterminados de Derecho privado, el intérprete habrá de tener muy

²⁷⁸ A favor de esta tesis, *ad ex.*: CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., «Principio de igualdad y prohibición de discriminación en las relaciones jurídico-privadas: la doctrina de la *Drittwirkung*», *Revista Cortes Generales*, 61, 2004, p. 155 y ss., disponible en <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/259>; BELADÍEZ ROJO, M., «La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2021, accesible en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/686460>. Una de las principales objeciones que formulan a esta tesis quienes no la comparten es su falta de conciliación con valoraciones esenciales de la Constitución, en la medida en que limita indebidamente el derecho de los particulares al ejercicio de su autonomía de la voluntad. En este sentido, se reconoce a los particulares la posibilidad de asumir limitaciones voluntarias a sus derechos en función de otros intereses. Y a ello se añade que dichas limitaciones merecen considerarse no solo constitucionales, sino resultado del libre desarrollo de la personalidad, que es un ámbito en el que el Estado no puede interferir de modo injustificado (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Autonomía privada...», *cit.*, pp. 61 y 62).

²⁷⁹ Entre nosotros, aboga por una eficacia atenuada de los derechos fundamentales en las relaciones privadas: BILBAO UBILLOS, J.M., «La consolidación dogmática...», *cit.*, pp. 60 y ss.; ÍDEM, «La eficacia de los derechos...», *cit.*, pp. 6 y ss.; aunque, como reconoce este autor (v. «La consolidación dogmática...», *cit.*, p. 63), al formular los dos criterios que podrían ser útiles para valorar la incidencia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado sigue expresamente a ALFARO («Autonomía privada...», *cit.*, pp. 93 y ss.) con quien coincide. También parece pronunciarse a favor de la eficacia atenuada: VIVAS TESÓN, I., «El derecho contractual antidiscriminatorio: *Drittwirkung* y libertad negocial», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 672 y ss., en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5976> (consulta: 20 febrero 2023).

presente la protección que resulte necesaria para los derechos fundamentales de los sujetos concernidos²⁸⁰.

Expuestas —muy sintéticamente— las principales soluciones que la comunidad jurídica ofrece al problema de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*, interesa ahora enjuiciar las cláusulas mordaza o de no descrédito desde el prisma que proporciona el Derecho de contratos. Con tal fin, parece apropiado tener en cuenta una serie de datos extraíbles de la situación jurídica actual: 1º) En primer lugar, se ha de constatar que el derecho a la libertad de expresión no sólo está reconocido en la Constitución, sino también en la Ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, en cuyo Preámbulo se subraya que en la parte de esta ley dedicada a los derechos digitales «resulta destacable la garantía de la libertad de expresión». En particular, en el articulado de esta Ley resulta de especial interés el artículo 85.1, que menciona expresamente el derecho a la libertad de expresión entre los derechos atribuidos a los sujetos que actúan en Internet (entre quienes han de incluirse los que lo hacen en condición consumidora), así como el artículo 79, que impone a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y a los proveedores de Internet el deber de contribuir a garantizar la aplicación del derecho a la libertad de expresión en el ámbito digital. 2º) En segundo lugar, no debe perderse de vista que el artículo 14.4 del Reglamento de Servicios Digitales²⁸¹ impone a los prestadores de servicios intermediarios el deber de actuar de forma diligente, objetiva y proporcionada en lo que atañe a cualquier restricción que impongan en relación con el uso de su servicio, pero con la debida consideración de los derechos e intereses legítimos de todas las partes implicadas, incluidos los derechos fundamentales de los destinatarios del servicio, entre los que menciona expresamente la libertad de expresión. 3º) En tercer lugar, parece procedente considerar que de la nueva normativa sobre deslealtad de las reseñas contenida en la Directiva (UE) 2019/2161 podría inferirse el reconocimiento al consumidor de un derecho a emitir públicamente reseñas sobre sus experiencias de consumo y a que su ejecución no se vea obstaculizada por empresarios o profesionales mediante actuaciones contrarias a la buena fe, tales como la distorsión de las reseñas emitidas (alterando su contenido) o su manipulación (publicando solo las positivas o postergando la publicación de las negativas).

A la vista de los datos expuestos, la solución al problema que se aborda derivará de la eficacia que se conceda al derecho a la libertad de expresión del consumidor (a través de la emisión de reseñas sobre sus experiencias de consumo) en el ámbito contractual. Si se aceptase la tesis de la *Drittwirkung inmediata* de los derechos fundamentales, la solución estaría clara: 1º) Por una parte, las cláusulas mordaza o de no descrédito que son resultado de un proceso de negociación individual habrían de reputarse nulas de pleno derecho en aplicación de los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil, de los que se infiere que los acuerdos alcanzados por las partes tienen para ellas valor de ley (*pacta sunt servanda*), pero siempre que sean adoptados de conformidad con las reglas que limitan la autonomía de la voluntad, lo que no acontece cuando la cláusula especialmente negociada contraviene normas imperativas, como la constitucional reconocedora del derecho a la libertad de expresión. 2º) Por otra parte, si las estipulaciones mordaza o antirreseñas

²⁸⁰ Partidario de esta tesis se pronuncia ALFARO a propósito de la obra *Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten*: v., en concreto: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Un apunte sobre la Drittwirkung», en <https://derechomercantilesparna.blogspot.com/2019/10/un-apunte-sobre-la-drittwirkung.html> (consulta: 20 febrero 2023).

²⁸¹ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales): DOUE núm. 277, de 27 de octubre de 2022.

merecieran la consideración de condiciones generales o cláusulas predisuestas, que es lo habitual en el tráfico contemporáneo, también habrían de considerarse nulas de pleno derecho, pero quedarían fuera del control de contenido *ex* TRLGDCU, ya que, como señala la doctrina privatista, parece innecesario o superfluo y, además, incorrecto declarar la abusividad (y subsiguiente nulidad de pleno Derecho) de estipulaciones contrarias a normas de *ius cogens*, toda vez que estas cláusulas han de reputarse siempre nulas, independientemente de que hayan sido o no negociadas por las partes²⁸².

Sin embargo, la solución anterior no llega a convencerme. La Constitución española carece de una norma similar a la que contiene, por ejemplo, el artículo 18.1 de la Constitución portuguesa, según la cual «los preceptos constitucionales concernientes a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a los entes públicos y privados». De hecho, parece claro que los destinatarios de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución son sólo los poderes públicos. Así se infiere del artículo 53 del texto constitucional y nada en contra de lo que en él se establece cabe deducir del artículo 9.1 de la Constitución, que se limita a poner de manifiesto que todos los residentes en España están sometidos al Derecho español²⁸³. De modo que no es posible invocar el artículo 20 de la Constitución para fundamentar la nulidad de pleno derecho, por contravención de ley imperativa (*ex* artículos 6.3 y 1255), de las estipulaciones negociales que privan a los consumidores de la facultad de emitir reseñas acerca de sus experiencias de consumo, con independencia de que dichas estipulaciones sean especialmente negociadas por las partes o predisuestas e impuestas por los empresarios y/o profesionales. Bien entendido que esto no significa que en nuestro ordenamiento no pueda hablarse de un derecho a la libertad de expresión de quienes actúan en el mercado en condición consumidora susceptible de ser eficaz en la esfera de las relaciones privadas. Tal derecho existe. Como he señalado *supra*, está expresamente reconocido en el artículo 85.1 de la Ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Además, es invocado, también de forma expresa, por el artículo 14.4 del Reglamento de Servicios Digitales. Y, en mi opinión, está implícito en la normativa sobre la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios que, proveniente de la Directiva (UE) 2019/2161, se contiene en la LCD y en el TRLGDCU, pues en el reverso de los deberes de diligencia que esta normativa impone a los empresarios y profesionales cabe vislumbrar el derecho de los consumidores a expresar libremente (a través de reseñas y valoraciones) sus opiniones relativas a sus experiencias de mercado. Ahora bien, el reconocimiento de este derecho en el plano jurídico privado no resuelve por sí solo el problema que se analiza, pues para ello se hace necesario determinar hasta qué punto dicho derecho merece ser respetado en todo caso por los particulares o, en cambio, cabe renunciar válidamente a él. Aunque la cuestión es opinable, me inclino por la siguiente solución:

1º) El consumidor está facultado para renunciar a su derecho a emitir reseñas y valoraciones de bienes y servicios (por ejemplo, a cambio de una rebaja en el precio) si así lo desea en el ejercicio de su autonomía de la voluntad. Por tanto, para que dicha renuncia pueda reputarse válida ha de ser *producto de una negociación individual*, es decir, venir fijada en una *cláusula especialmente*

²⁸² *Ad ex.*, CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario del artículo 86 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 835; GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Comentario del Título II: Condiciones generales y cláusulas abusivas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Ed. Aranzadi, 2015, pp. 1114 y 1258.

²⁸³ Por todos: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Autonomía privada...», *cit.*, pp. 60 y ss.

negociada entre las partes (empresario y consumidor), lo que suele ser muy excepcional en nuestros días. En caso de discrepancia acerca de si el consumidor consintió expresamente dicha estipulación, corresponderá al empresario o profesional la prueba de dicha circunstancia²⁸⁴.

2º) Cosa distinta es que la cláusula mordaza o de no descrédito merezca considerarse una *estipulación predispuesta e impuesta*, propia de la *contratación estandarizada o celebrada a través de condiciones generales* que, como se sabe, es el modo usual de concluir contratos en el tráfico mercantil de nuestros días, dadas las relevantes ventajas de racionalización de la actividad comercial de las empresas que le son inherentes. En estos supuestos, soy de la opinión de que las cláusulas en cuestión merecerían reputarse ilícitas (*rectius*, nulas de pleno derecho) por no superar el control de contenido o abusividad previsto en la legislación de consumo (artículos 82 y siguientes TRLGDCU)²⁸⁵.

La referida ilicitud podría fundamentarse en el artículo 86.7 TRLGDCU que, tras declarar la abusividad en todo caso de «las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas», menciona, en especial, como estipulaciones acreedoras del juicio de abusividad, aquellas que imponen cualquier «renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario»²⁸⁶. Es verdad que un sector de la doctrina

²⁸⁴ No obstante, esta regla merecerá ser matizada caso por caso. Así, por ejemplo, la renuncia a emitir reseñas expresamente negociada y consentida por el consumidor sería *ineficaz* en caso de *incumplimiento del contrato* por la parte empresarial. *Ad ex.*, si tal renuncia se acuerda expresamente en un contrato de alquiler de un ático de 75 metros cuadrados con vistas al mar y el consumidor recibe un apartamento de menor dimensión situado en una segunda planta y sin vistas, dicho sujeto tiene luz verde para emitir las reseñas negativas que estime pertinentes, al tiempo que puede ejercitar las acciones legales correspondientes para exigir el cumplimiento contractual o la resolución por incumplimiento (porque él consintió expresamente no emitir reseñas acerca del ático contratado, pero no en relación con otro inmueble diferente).

²⁸⁵ Soy consciente de que en contra de esta forma de solucionar el problema cabría invocar la estrecha conexión apreciable entre el derecho a la libertad de expresión del consumidor y la noción de orden público, dada la existencia de una corriente legislativa y jurisprudencial que vincula el concepto de orden público con los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en la Constitución. En el plano legislativo, así lo corrobora la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre: BOE núm. 309, de 26 de diciembre 2003) en cuya Exposición de Motivos, tras aludirse a la expresión orden público, se añade que este concepto habrá de ser interpretado teniendo en cuenta los principios contenidos en nuestra Constitución. En el ámbito judicial, ilustra muy bien esta tendencia la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1985, según la cual constituyen un componente esencial del orden público los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución, de modo que han de reputarse nulas las estipulaciones contractuales que los vulneren (STC 19/1985, Sala 2ª. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Jerónimo AROZAMENA SIERRA: BOE, núm. 955, de 5 de marzo de 1985; su texto puede consultarse en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/399>). Lógicamente, desde este punto de vista (que conecta con la doctrina de los derechos fundamentales como *mandatos de protección* a la que me referí *supra*), podría concluirse que las cláusulas negociales negadoras del derecho a la libertad de expresión del consumidor, incluso si son negociadas expresamente por las partes, son nulas de pleno derecho por su contrariedad con el orden público. Ahora bien, aun consciente del carácter abierto de la cuestión y de que puedo estar equivocado, esta solución no me parece convincente. A mi juicio, no existe impedimento a que el consumidor pueda renunciar expresamente a su derecho a la libertad de emitir reseñas y valoraciones de bienes y servicios, siempre que dicha renuncia sea resultado de su autonomía de la voluntad. De igual modo que puede renunciar, por ejemplo, a su derecho a la integración publicitaria del contrato que le reconoce el artículo 61 TRLGDCU, o de igual forma que puede renunciar a su derecho a la integridad física, autorizando que le perforen ampliamente un lóbulo de la oreja para la colocación de varios *piercings*. Al respecto, me parece plausible la precisión que hace la doctrina partidaria de los derechos fundamentales como *mandatos de protección*, cuando sostiene que, al concretar el contenido de las cláusulas generales de Derecho privado (como el orden público), el intérprete tiene que tener siempre muy presente la protección que resulte necesaria para los derechos fundamentales de los sujetos implicados (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Un apunte sobre la Drittwirkung», *cit. supra*).

²⁸⁶ Conforme: MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, p. 93 (a juicio de este autor, «en un futuro este derecho [con referencia al derecho del consumidor a emitir reseñas] debería recogerse expresamente entre los derechos de los consumidores»).

civilista sostiene que la finalidad del artículo 86.7 TRLGDCU no consiste en convertir la totalidad del Derecho privado en normas cuyo desplazamiento o alteración en contratos de consumo deba reputarse abusiva, ya que la renuncia o limitación de la que se habla en dicho precepto ha de entenderse referida exclusivamente a derechos reconocidos al consumidor y usuario como tal, esto es, previstos en la normativa de consumo²⁸⁷. Evidentemente, de aceptarse esta forma de entender el artículo 86.7 TRLGDCU cabría negar operatividad a dicho precepto para fundamentar la abusividad de las cláusulas mordaza o antirreseñas. Ahora bien, éste no parece un obstáculo insalvable. De un lado, porque no toda la doctrina comparte esa tesis acerca del artículo 87.6 TRLGDCU²⁸⁸. De otro lado, porque el derecho a la libertad de expresión implícito en la normativa reguladora de la deslealtad de las reseñas de bienes y servicios (LCD y TRLGDCU) merecería calificarse en toda regla como un derecho del consumidor. E incluso a la misma conclusión podría llegarse en lo que atañe a la Ley de protección de datos y derechos digitales (artículo 85.1) y al Reglamento de servicios digitales (artículo 14.4), dado que una parte muy relevante de los usuarios de Internet está formada por quienes actúan en condición consumidora.

En todo caso, si no llegase a convencer la invocación del artículo 86.7 TRLGDCU como base legal de la ilicitud (por no superación del control de abusividad) de estas estipulaciones, ha de tenerse en cuenta que el elenco de cláusulas abusivas que se contiene en el TRLGDCU constituye un *numerus apertus* y que lo relevante es determinar si la cláusula en cuestión es o no conforme con la buena fe en sentido objetivo. Sobre esto último, la Comunicación relativa a las Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE²⁸⁹ ofrece algunas ideas de interés, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia. En concreto, alude a que «la exigencia de «buena fe» está relacionada con la cuestión de si un profesional trata a un consumidor de manera justa y equitativa y tiene en cuenta sus intereses legítimos», para lo cual «es particularmente pertinente considerar si el profesional estimaría razonable que el consumidor aceptara la cláusula en negociaciones individuales»²⁹⁰. Con estos parámetros de valoración de la buena fe y a la vista de cómo se configuran habitualmente en la práctica las cláusulas mordaza o antirreseñas (esto es, aunando a la prohibición de emitir reseñas una determinada sanción económica para el caso de incumplimiento), parece claro que este tipo de estipulaciones no superarán el control de contenido o abusividad propio de la contratación de consumo. De ahí que merezcan reputarse nulas de pleno derecho en aplicación del artículo 83 TRLGDCU.

4.3. Enjuiciamiento de estas cláusulas mediante el Derecho de la competencia desleal

Analizado el asunto desde el punto de vista que ofrece el Derecho de obligaciones y contratos, interesa ahora estudiarlo desde la perspectiva que proporciona la normativa reguladora de la competencia desleal. Esta tarea nos introduce en el complejo y proceloso tema de las relaciones entre el Derecho de la contratación y el Derecho de la deslealtad concurrencial²⁹¹. Al respecto, la primera cuestión que es necesario despejar estriba en determinar si el contrato (o, si se prefiere,

²⁸⁷ QUICIOS MOLINA, M. S., «Comentario de la Disposición adicional 1ª, II, 14ª, LGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, 2000, pp. 1058 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Comentario del Título II...», *cit.*, 2015, pp. 1259 y ss.

²⁸⁸ Pues hay quien defiende la contraria; caso, *ad ex.*, de CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario del artículo 86...», *cit.*, p. 836.

²⁸⁹ Comunicación relativa a las Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE: DOUE, C323/4, de 27 de septiembre de 2019.

²⁹⁰ Apartado 3.4.1. de la Comunicación.

²⁹¹ Ampliamente abordado, entre nosotros, por CASADO NAVARRO, A., *Consecuencias negociales...*, *cit.*, *passim*.

una determinada cláusula contractual) puede merecer la consideración de práctica comercial (*ex* Directiva 2005/29/CE) o de acto de competencia (*ex* LCD), pues sólo una respuesta afirmativa podría conducir a aplicar la LCD a las cláusulas mordaza o antirreseñas²⁹². Se trata, en rigor, de una cuestión abierta sobre la que existen principalmente dos opiniones diversas en la doctrina, una negativa y otra afirmativa²⁹³:

1ª.- La opinión doctrinal más asentada es de signo negativo. Conforme a ella, el contrato no tiene encaje en la noción de práctica comercial (Directiva 2005/29/CE) ni de acto de competencia (LCD). Para los partidarios de esta solución, los argumentos que la apoyan se concretan básicamente en dos preceptos: 1º) el artículo 3.2 Directiva 2005/29/CE, según el cual esta Directiva se entiende sin perjuicio «del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, formación o el efecto de los contratos»; y 2º) el artículo 19.2 TRLGDCU, que niega la consideración de prácticas comerciales a «las relaciones de naturaleza contractual»²⁹⁴.

2ª.- Frente a la anterior, existe otra opinión (cierto es que más minoritaria) favorable a admitir el encaje de la noción de contrato (o de cláusula negocial) dentro de los conceptos de práctica comercial (Directiva 2005/29/CE) y de acto de competencia (LCD). Como base o fundamento de esta otra tesis, se invoca especialmente el artículo 2.3 LCD, en la medida en que en él se establece la aplicación del régimen represor de la deslealtad concurrencial a las prácticas comerciales realizadas antes, durante y después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue o no a celebrarse²⁹⁵.

Aun siendo consciente de que se trata de una cuestión abierta, me decanto por la segunda solución sobre la base del siguiente razonamiento:

1º) En primer lugar, en consideración a dos datos (uno normativo y otro fáctico) que, en mi opinión, han de tenerse muy presentes a la hora de resolver este asunto. Por un lado, el hecho de que la Directiva 2005/29/CE ha optado por ofrecer una noción amplia de práctica comercial que, además, ha sido objeto de una interpretación extensiva por parte de los órganos jurisdiccionales. Por otro lado, la constatación de que en la realidad del actual tráfico mercantil los operadores económicos se valen en no pocas ocasiones de los clausulados contractuales para incorporar prácticas engañosas o agresivas en perjuicio de los intereses económicos de los consumidores y usuarios²⁹⁶. Además, todo parece apuntar a que cuando el artículo 3.2 Directiva 2005/29/CE

²⁹² Como puede comprobarse, utilizo conjuntamente los términos «práctica comercial» y «acto de competencia» por entender que son equivalentes [como mantienen, *ad ex.*, MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho...*, *cit.*, p. 22 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Artículo 2. Ámbito objetivo», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 80]. Bien entendido que esta opinión unánime, pues hay quienes entienden que se trata de conceptos disímiles, aunque no constatan que sus diferencias lleguen a introducir quiebras normativas y sistemáticas en el régimen de la LCD, al sostener que la «práctica comercial» es una especie del género «acto de competencia» (así, *ad ex.*, EMPARANZA SOBEJANO, A., «Régimen jurídico de las prácticas comerciales con consumidores y usuarios», *Revista de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, p. 76).

²⁹³ Al respecto y con más referencias bibliográficas: CASADO NAVARRO, A., *Consecuencias negociales...*, *cit.*, pp. 52 y 53.

²⁹⁴ En esta dirección, *ad ex.*, como mercantilistas más significativos: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Artículo 2...», *cit.*, pp. 79 y ss.; MASSAGUER FUENTES, J., «*El nuevo Derecho...*», *cit.*, p. 19; en la doctrina civilista, *ad ex.*: GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Comentario del Título II...», *cit.*, p. 1109.

²⁹⁵ En este sentido, *ad ex.*, MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., «La necesidad de establecer conexiones...», *cit.*, p. 8; MARIMÓN DURÁ R., «Prácticas comerciales desleales con los consumidores», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2014, pp. 1645 y ss.

²⁹⁶ CASADO NAVARRO, A., *Consecuencias negociales...*, *cit.*, p. 54.

dispone que sus preceptos se han de entender sin perjuicio «del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, formación o el efecto de los contratos», no está negando a un contrato (o, mejor, a una cláusula negocial determinada) la consideración de práctica comercial desleal, pues ello sería contrario al modo en que interpreta la noción de «práctica comercial» la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la que más adelante me referiré (asuntos C-453/10, *Pereničová y Perenič*, y C-208/21, *K.D. contra Towarzystwo Ubezpieczeń Ż SA*). En rigor, el artículo 3.2 Directiva 2005/29/CE ha de interpretarse en el sentido de que la comprobación de que un empresario o profesional ha recurrido a una práctica comercial desleal no incide de modo directo en la cuestión de la validez o invalidez del contrato concluido sobre la base de dicha práctica, sin perjuicio de que puedan existir disposiciones nacionales que lo consideren nulo en su conjunto²⁹⁷. De hecho, esto es lo que acontece, por ejemplo, en el Derecho francés, a diferencia de otros ordenamientos que se decantan por la sanción de la anulabilidad, como el luxemburgués, el portugués, el holandés o el polaco²⁹⁸.

2º) En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que cuando el artículo 19.2 TRLGDCU, después de ofrecer una definición de práctica comercial muy similar a la de la Directiva 2005/29/CE²⁹⁹, dispone que «(n)o tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el artículo 59», lo que pretende es incorporar a nuestro ordenamiento la regla del artículo 3.2 Directiva 2005/29/CE. Ahora bien, lo hace con tan escaso acierto que parece negar a las cláusulas contractuales la condición de prácticas comerciales. Sin embargo, esta solución no es defendible. La interpretación del Derecho interno de conformidad con las Directivas comunitarias (en concreto, en este caso, con la Directiva 2005/29/CE) exige conferir al artículo 19.2 TRLGDCU un sentido diferente³⁰⁰. En realidad, lo que parece establecer dicho precepto es que si llega a celebrarse un contrato de consumo sobre la base de una práctica comercial desleal, al mismo le serán de aplicación las normas del Derecho de contratos: en primer lugar, las contenidas en el TRLGDCU o en leyes especiales de consumo y, en su defecto, el resto de disposiciones civiles y mercantiles de naturaleza negocial. Por tanto, ha de darse la razón a la doctrina que interpreta el artículo 19.2 TRLGDCU en el sentido de que, dada la ausencia en la LCD de acciones individuales específicas encaminadas a remover los efectos negociales que sean consecuencia de un contrato influenciado por prácticas comerciales desleales³⁰¹, las acciones contractuales a ejercitar frente a dicho contrato (como, *ad ex.*, la nulidad, la anulabilidad o la resolución contractual) han de seguir el procedimiento común y sujetarse a la jurisdicción ordinaria³⁰².

²⁹⁷ Apartado 1.3.4 de la *Guía de prácticas comerciales desleales*; entre nosotros, *ad ex.*, ELIZALDE IBARBIA, F., «La Directiva (UE) 2019/2161 de modernización...», *cit.*, p. 79

²⁹⁸ Más información en CASADO NAVARRO, A., «Consecuencias...», *cit.*, pp. 125 y ss.; IDEM, *Consecuencias negociales...*, *cit.*, pp. 152 y ss.

²⁹⁹ En concreto, la define como «todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial».

³⁰⁰ Ampliamente, al respecto: FUENTESECA DEGENEFTE, C., *Prácticas comerciales desleales y validez del contrato. El último inciso del artículo 19.2 TRLGDCU*, Ed. J.M. Bosch, 2021, pp. 19 y ss.

³⁰¹ Lo que es criticado acertadamente (a mi juicio) por CASADO NAVARRO, A., «Consideraciones críticas sobre la opción del Real Decreto-ley 24/2021 de no incorporar medidas correctoras individuales frente a prácticas desleales con consumidores», *La Ley Mercantil*, núm. 88, 2022, *passim*.

³⁰² Así, *ad ex.*, BUSTO LAGO, J.M., «Artículo 19. Principio general y prácticas comerciales», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del TRLGDCU y otras Leyes complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 245; CASADO NAVARRO, A., «Consecuencias...», *cit.*, p. 120.

3º) En tercer lugar, ha de invocarse el artículo 3.2 LCD antes referido, que trae causa del artículo 3.1 Directiva 2005/29/CE, según el cual esta Directiva resulta aplicable a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores que tengan lugar «antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto». El interés de esta norma reside en que de ella puede inferirse que la moderna normativa represora de la competencia desleal abandona la tutela preventiva típica que históricamente le fue propia, relativa a las fases precontractual y paracontractual, para dar entrada a los actos empresariales susceptibles de lesionar la libre decisión negocial de los consumidores y usuarios, con independencia de que se manifiesten en las fases precontractual, contractual o poscontractual³⁰³. Por consiguiente, cláusulas negociales referentes a toda la vida del contrato, que llevan anudadas sus correspondientes prácticas comerciales (pues, por ejemplo, una estipulación negocial sobre cómo ha de efectuarse el pago origina la práctica de pagar), quedan sometidas al Derecho de la competencia desleal. En este sentido, el Libro Verde de 2001 sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea³⁰⁴, que fijó las bases para la elaboración de la Directiva 2005/29CE, proporcionó algunos ejemplos de prácticas desleales estrechamente conectadas con el contrato (que posteriormente pasaron a la Directiva 2005/29/CE), como las relacionadas con el pago, el objeto del contrato, las estimaciones de precios, el cumplimiento, la ejecución, la entrega, la tramitación de reclamaciones o los servicios postventa. Pues bien, creo que no es complicado colegir que todos estos ejemplos de posibles prácticas desleales corroboran de forma clara la existencia de una relación muy estrecha entre práctica comercial y contrato o cláusula contractual³⁰⁵.

La experiencia legislativa alemana corrobora lo que acabo de indicar acerca del artículo 3.1 Directiva 2005/29/CE y 3.2 LCD. En efecto, la incorporación de la Directiva 2005/29/CE al ordenamiento alemán conllevó, entre otras reformas, la sustitución del término «acto de competencia» (*Wettbewerbshandlung*) por el más amplio de «acto comercial» (*geschäftliche Verhandlung*). Obviamente, este cambio terminológico no obedeció a un capricho del legislador. Antes bien, respondió a la idea presente en el artículo 3.1 Directiva 2005/29/CE (del que trae causa el 3.2 LCD): que, a partir de la Directiva 2005/29/CE, la disciplina de la competencia desleal se ocupa de comportamientos de mercado que tienen lugar antes, durante y después de la celebración de los contratos³⁰⁶. De hecho, a consecuencia de estos cambios legislativos, la

³⁰³ DUROVIC, M., *European law on unfair commercial practices and contract law*, Hart Publishing, Oxford, 2016, en <https://www.bloomsburycollections.com/book/european-law-on-unfair-commercial-practices-and-contract-law/> (consulta: 2 de febrero de 2023); IDEM *The impact of the unfair commercial practices directive (2005/29/EC) on contract law*, Florence: European University Institute, EUI PhD theses, 2014 (en especial, pp. 148 y 149), en <https://hdl.handle.net/1814/34559> (consulta: 2 febrero 2022); WHITTAKER, S., «The relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and national contract Laws», en WEATHERILL y BERNIZ (Dirs.), *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29. New rules and new techniques*, Hart, Oxford, 2007, p. 155; MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J., «La necesidad de establecer conexiones...», cit., *passim*;

³⁰⁴ Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0531:FIN:ES:PDF>

³⁰⁵ DUROVIC, M., *European law on unfair...», cit., passim*; de hecho, la propia LCD tipifica algunas conductas típicas de ejecución contractual como ilícitos de deslealtad. Así ocurre, por ejemplo, con la práctica consistente en exigir al consumidor que reclama la indemnización relativa a un contrato de seguro la presentación de documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños de él derivados, o la relativa a dejar sin responder de manera sistemática la correspondencia referente a esta materia con la finalidad de disuadir al consumidor del ejercicio de los derechos que la ley le reconoce (art. 31.1 LCD).

³⁰⁶ Más información en GARCÍA PÉREZ, R., «Nuevo texto de la Ley de Competencia Desleal alemana (UWG). Traducción con anotaciones», *Actas de Derecho Industrial*, t. 29, 2008-2009, pp. 719 y 720.

doctrina alemana estudiosa de la competencia desleal ya no se refiere a este sector del ordenamiento como Derecho de la competencia desleal, sino como «Derecho de la deslealtad comercial» o «de la lealtad comercial» (*Lauterkeitsrecht*), lo que además se ha traducido en una revitalización de los estudios doctrinales relativos a las relaciones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos³⁰⁷.

4º) En cuarto y último lugar, interesa dejar constancia de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece confirmar la interpretación que acabo de sostener y argumentar, favorable a aceptar el encaje de la noción de contrato (o cláusula negocial) dentro de los conceptos de práctica comercial (Directiva 2005/29/CE) y de acto de competencia (LCD). En concreto, así cabe inferirlo de dos sentencias de destacada relevancia en esta materia, en la medida en que atribuyen la condición de práctica comercial desleal a determinadas cláusulas negociales incluidas en contratos de consumo. Me refiero, por un lado, a la sentencia de 15 de marzo de 2010, dictada en el asunto C-453/10, *Pereničová y Perenič*³⁰⁸, y, por otro, a la sentencia de 2 de febrero de 2023, que resuelve el asunto C-208/21, *K.D. contra Towarzystwo Ubezpieczeń Ż SA*³⁰⁹. En la primera de ellas (asunto C-453/10: *Pereničová y Perenič*), ante la cuestión planteada por el tribunal remitente en relación a «si la indicación en un contrato de crédito al consumo de una TAE inferior a la real puede considerarse una práctica comercial desleal, en el sentido de la Directiva 2005/29», encajable —en particular— en las conductas engañosas, el Alto Tribunal europeo responde que «una práctica comercial como la controvertida en el asunto principal (...), constituye una información falsa sobre el coste total del crédito y, por consiguiente, sobre el precio contemplado en el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2005/29». A lo que seguidamente añade que, dado que «la indicación de dicha TAE hace o puede hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, lo que corresponde verificar al juez nacional, esta información falsa debe calificarse de práctica comercial «engañosa» con arreglo al artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva»³¹⁰. Y la misma dirección sigue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Novena) en la sentencia del asunto C-208/21, *K.D. contra Towarzystwo Ubezpieczeń Ż SA*³¹¹. En ella el Alto Tribunal manifiesta con claridad su opinión favorable a entender que la firma por un sujeto que actúa en condición consumidora de un contrato de seguro que no cumple las exigencias del hoy conocido como control de transparencia material o cualificado (con referencia al control dirigido a garantizar que en el momento de la celebración del contrato el consumidor posea un cabal

³⁰⁷ GARCÍA PÉREZ, R., "La reforma contra el Derecho de la competencia desleal...", *cit.*, pp. 323 y ss.

³⁰⁸ En <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=6DF380194888A48D7C06EDD487EA338C?text=&docid=120442&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=132127>

³⁰⁹ En <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0208>

³¹⁰ Sobre esta STJUE: KEIRSBILCK, B., «The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: *Pereničová and Perenič*», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 247 y ss., en <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/50.1/COLA2013012> (consulta: 2 de febrero de 2023); DUROVIC, M., *The impact of the unfair commercial practices...*, *cit.*, pp. 164 a 166; GARCÍA PÉREZ, R., «Unión Europea: Una cláusula contractual puede constituir una práctica comercial engañosa (Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012, C-453/10, *Pereničová, Perenič y SOS financ*)», *Actas de Derecho Industrial*, t. 32, 2011-2012, pp. 800 y ss. También de interés las extensas consideraciones que sobre esta materia realiza la Abogada General, Sra. TRSTENJAK, en sus conclusiones presentadas a este mismo asunto (el C-453/10: *Pereničová y Perenič*). Dichas consideraciones le llevan a concluir que «la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que el comportamiento de un profesional que indica en el contrato una TAE inferior a la real, cumple los criterios para ser calificado de práctica comercial desleal» (apartado 108).

³¹¹ En <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0208>

conocimiento del objeto principal o parte económica del negocio³¹²) constituye una práctica comercial desleal en el sentido en que se define esta figura en la Directiva 2005/29/CE. Sostiene, en concreto, el Tribunal que en este caso podríamos estar ante una práctica engañosa del artículo 5.4 de la Directiva 2005/29/CE; aunque parece inclinarse más por considerarla una omisión engañosa del artículo 7 de esa misma Directiva. Sobre todo, porque a esta calificación conduce el hecho de que un contrato tipo omita, oculte o comunique de forma poco clara, ininteligible o ambigua información contractual esencial con el resultado final de no permitir al consumidor «comprender la naturaleza y la configuración del producto de seguro ofrecido ni los riesgos que conlleva, ni elegir, así, con conocimiento de causa el producto de seguro que mejor se ajuste a sus necesidades»³¹³.

³¹² Para más información remito a mi trabajo «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *InDret*, núm. 2, 2018, pp. 1 y ss., disponible en la dirección web: <https://indret.com/el-control-de-transparencia-de-condiciones-generales-y-clausulas-predispuestas-en-la-contratacion-bancaria/> (consulta: 2 febrero 2022).

³¹³ Al respecto v. mis reflexiones en «La condición de práctica comercial desleal atribuible a un clausulado predispuesto no transparente firmado por un consumidor», en <https://www.dr-a.es/consejo-academico> (consulta: 28 febrero 2023). En todo caso, ha de subrayarse que esta forma de razonar del TJUE no se concilia bien con otra línea jurisprudencial seguida por este mismo tribunal en el ámbito de los contratos de consumo celebrados a través de condiciones generales o clausulados predispuestos. Me explico: 1º) Según la STJUE de 2 febrero 2023, el clausulado contractual no transparente, analizado desde la perspectiva que ofrece la normativa reguladora de la competencia desleal a los consumidores, en la medida en que no permite al consumidor comprender la naturaleza y configuración del producto contratado (un seguro colectivo) y de los riesgos que a él se anudan, ha de considerarse una práctica desleal engañosa en el sentido de la Directiva 2005/29/CE. 2º) Sin embargo, cuando el TJUE analiza las cláusulas negociales no transparentes desde la perspectiva del Derecho contractual de consumo, la conclusión a la que llega puede ser distinta. Como se sabe, desde esta otra óptica, el TJUE ha optado por sostener que la no transparencia material de una cláusula predispuesta conlleva la reactivación del control de contenido o abusividad. Razón por la cual nada impide que una cláusula relativa al objeto principal o entramado económico del contrato merezca considerarse no transparente (en sentido material) y, sin embargo, se reputa finalmente lícita por superar el control de contenido o abusividad. Esta forma de enfocar el asunto no parece razonable. En los dos casos, esto es, tanto si el análisis se realiza desde el punto de vista que ofrece la Directiva 2005/29/CE como se si se hace desde el ángulo que proporciona la Directiva 93/13/CE, el bien jurídico protegido es el mismo: el derecho del consumidor a elegir con conocimiento de causa (libertad de saber) el bien o servicio que desea contratar. Por ello, si dicho bien jurídico resulta lesionado, las cláusulas causantes de la lesión, ya sea en su condición de prácticas comerciales o de estipulaciones negociales predispuestas, habrían de merecer la sanción de la ilicitud. No cabe perder de vista al respecto el carácter unitario del ordenamiento y su necesaria coherencia valorativa interna. Cierto es que en la Comunicación relativa a las Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE (*cit. supra*) la Comisión realiza unas interesantes consideraciones acerca de la abusividad de una cláusula predispuesta por falta de transparencia; en concreto, en su apartado 3.4.6. intitulado «Pertinencia de la falta de transparencia para el carácter abusivo de las cláusulas contractuales» (pp. 34 y ss.). En él, tras exponerse (en la dirección seguida por el TJUE) que «[l]a falta de transparencia no supone automáticamente que una cláusula contractual sea considerada abusiva», se añade que «en la medida en que las cláusulas contractuales no sean claras ni comprensibles (...), esta circunstancia puede contribuir a concluir que una cláusula contractual es abusiva (...), o incluso puede indicar su carácter abusivo». Y en esta misma dirección se afirma más adelante que, «dependiendo del contenido de la cláusula del contrato en cuestión y a la luz del efecto de la falta de transparencia, *el posible carácter abusivo de una cláusula contractual puede estar estrechamente relacionado con la falta de transparencia, o incluso indicar esta un carácter abusivo*» (la cursiva se corresponde con la letra en negrita que figura en la Comunicación). Y lo anterior se completa con la siguiente afirmación: «Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando los consumidores no pueden entender las consecuencias de una cláusula o son engañados. De hecho, cuando los consumidores se encuentran en una posición desventajosa a causa de cláusulas contractuales poco claras, ocultas o engañosas, o cuando no se proporcionan las explicaciones necesarias para comprender sus implicaciones, es poco probable que el profesional esté tratando de manera justa y equitativa al consumidor y tomando en cuenta sus legítimos intereses». Más información en mi trabajo «Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente. A propósito de algunas experiencias en el sector financiero», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 4, 2022, pp. 137 y ss., disponible para consulta en <https://rdsfin.com/wp-content/uploads/2022/11/RDSF-num.-4-2-2022-111-155.pdf> (consulta: 20 febrero 2023), y en ORLANDO, S., "The use of unfair contractual terms as an unfair

Una vez me he decantado por la posible aplicación de la LCD a las cláusulas que se analizan, es el momento de concretar si tienen encaje en alguna cláusula especial de deslealtad o, en su caso, en la cláusula general. Al respecto, hay quien se ha posicionado a favor de entender que este tipo de cláusulas (o, mejor, las prácticas mordaza o antirreseña que de ellas se derivan) merecerían considerarse actos de violación de normas de los regulados por el artículo 15.1 LCD que, como se sabe, reputa desleal «prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes», exigiendo que la ventaja aludida sea «significativa»⁵¹⁴. Para defender esta solución se emplea básicamente la siguiente argumentación: 1º) Se parte de la existencia de consenso en nuestra comunidad jurídica a la hora de entender que las normas reguladoras de los derechos de la personalidad (entre las que hay que situar las que reconocen y garantizan el derecho a la libertad de expresión)⁵¹⁵ carecen de la consideración de normas jurídicas relevantes a los efectos del artículo 15.1 LCD. Y ello se fundamenta en el hecho de que sus posibles infracciones afectan únicamente a los titulares afectados, quienes pueden defenderse de ellas mediante el ejercicio de las oportunas acciones legales que el ordenamiento pone a su disposición⁵¹⁶. 2º) Pero se intenta superar la anterior objeción arguyendo que las estipulaciones mordaza o antirreseñas, dada su funcionalidad dirigida a cercenar la libertad de expresión de los consumidores y usuarios, no afectan exclusivamente a dichos sujetos, sino que poseen un alcance considerablemente más amplio. En concreto —se añade—, dichas cláusulas benefician a los operadores económicos que las imponen, al impedir que sus prestaciones empresariales puedan ser criticadas, y, subsiguientemente, perjudican a quienes no las utilizan, con la consecuente afectación de la *par condicio concurrentium*, que constituye la base y razón de ser del artículo 15 LCD⁵¹⁷.

commercial practice”, artículo académico publicado en *European Review of Contract Law*, vol. 7, núm. 1, 2011, pp. 25 y ss. y accesible en <https://doi.org/10.1515/ercl.2011.25> (consulta: 20 febrero 2023).

⁵¹⁴ En concreto, MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 93 y 94.

⁵¹⁵ ENCABO VERA, M. A., *Derechos de la personalidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, pp. 19 y ss. y, en especial, pp. 69 y ss.

⁵¹⁶ Así, entre otros: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Competencia desleal por infracción de normas», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 202, 1991 pp. 673 y ss.; MASSAGUER FUENTES, J. y SOLER MASOTA, P., «Artículo 15. Violación de normas», en MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 436 y 437.

⁵¹⁷ MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 93 y 94. Que la *par condicio concurrentium* constituye el fundamento del artículo 15 LCD es un dato en relación con el cual existe un grado de consenso casi unánime en nuestra comunidad jurídica, si bien no total (pues hay quien sitúa el fundamento del precepto en una interpretación finalista de la norma: GARCÍA PÉREZ, R., «Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 11, 2012, pp. 241 y ss.). Como se sabe, afirmar que la *par condicio concurrentium* está detrás del artículo 15 LCD significa que a través de este precepto no se trata de garantizar el cumplimiento de las normas jurídicas, sino de evitar que los empresarios y profesionales obtengan ventajas competitivas del incumplimiento de la normativa que les resulta aplicable y basen en ellas sus estrategias y políticas empresariales: así, además de los clásicos trabajos de ALFARO y MASSAGUER citados *supra*, v., *ad ex.*: CARBAJO GASCÓN, F., «Artículo 15. Violación de normas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor 2011, pp. 411 y ss.; IDEM, «Violación de secretos, inducción y aprovechamiento de la infracción contractual e infracción de normas», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (Dir.) *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, t. II, 2014, pp. 1599 y ss.; EMPARANZA SOBEJANO, A., «Artículo 15. Violación de normas», en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 255 y ss.; SOLER MASOTA, P., «Infracción de normas como acto de competencia desleal», en *Competencia desleal y defensa de la competencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XI, CENDOJ, 2022, pp. 183 y ss.; PEÑAS MOYANO, B., «La violación de normas concurrenciales y o concurrenciales como actos de competencia desleal», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008, pp. 209 y ss.

A mi juicio, el encaje de las estipulaciones que analizamos en el artículo 15.1 LCD, aun cuando se admitiera, resulta de muy difícil o imposible aplicación práctica. Sobre todo, a la vista de los requisitos que han de cumplirse para ello, cuya concurrencia acumulativa ha de ser demostrada en cada caso por el denunciante del comportamiento desleal; a saber³¹⁸: 1º) Que tenga lugar la infracción de una norma jurídica (en el caso analizado las reconocedoras de la libertad de expresión a las que más arriba hubo ocasión de hacer referencia). 2º) Que de dicha infracción derive una ventaja competitiva para el infractor, entendiéndose ésta acaecida cuando el incumplidor mejora su posición de mercado respecto de sus competidores; sobre todo, cuando resulta habilitado para lanzar ofertas comerciales de forma más atractiva a cómo lo venía haciendo con anterioridad a la infracción³¹⁹. 3º) Que la ventaja competitiva obtenida sea significativa, lo que normalmente se producirá en casos de vulneración sistemática de una misma norma, pues no es normal que ventajas aisladas se traduzcan en ventajas competitivas relevantes³²⁰. 4º) Por último, que el infractor se prevalga de dicha ventaja en el mercado, esto es, que tenga repercusión en su posición competitiva o en la de un tercero, pues de lo contrario no se verá afectada la *par condicio concurrentium* y, consecuentemente, la infracción normativa no podrá hacerse acreedora del reproche de deslealtad previsto en el artículo 15.1 LCD.

A la vista de estas exigencias, no parece una labor sencilla para los posibles denunciante (por ejemplo, una asociación profesional o protectora de los intereses de los consumidores y usuarios) demostrar que, a través de la inserción de cláusulas mordaza en los contratos celebrados con su clientela, un determinado empresario o profesional está conculcando el artículo 15.1 LCD. Por ello podría resultar procedente recurrir a otra cláusula especial de la LCD que proporcione, con mayor simplicidad, cobertura a las prácticas derivadas de las cláusulas mordaza objeto de atención. Estoy pensando, en concreto, en el artículo 27.8 LCD. En especial, en el segundo tipo de conductas que en él se tipifican, relativas a la distorsión de las reseñas. La argumentación justificadora de esta solución podría ser la siguiente: 1º) Las prácticas derivadas de una estipulación mordaza o antirseña tienen un evidente carácter negativo, toda vez que consisten en un no hacer: no emitir juicios valor sobre los bienes adquiridos, los servicios contratados o las cualidades de los empresarios en el cumplimiento de sus obligaciones negociales. 2º) Con la imposición de tales cláusulas y, por ende, de esas obligaciones de no hacer, los empresarios y profesionales logran un efecto similar al que conseguirían a través de una manipulación de las reseñas: la no publicación de opiniones negativas relativas a sus prestaciones empresariales y servicios de atención a la clientela. 3º) En cierto sentido, el efecto aludido guarda alguna similitud (sin perjuicio de su mayor gravedad) con el que deriva de algunas conductas que, a mi juicio, han de entenderse comprendidas dentro del concepto de manipulación *ex* artículo 27.8 LCD: la publicación inmediata sólo de las reseñas positivas y el retraso sistemático en publicar las negativas, o la eliminación de las reseñas negativas. En suma, desde este punto de vista,

³¹⁸ V. la doctrina *cit. supra*, en nota precedente.

³¹⁹ Según la SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL de Zamora, de 21 de octubre de 2007, esta exigencia implica «que la violación de la norma jurídica permita al infractor un ahorro de costes de tiempo, o bien de inversión de recursos o elementos materiales, inmateriales, o de otra índole personal, con el consecuente margen comercial de beneficios».

³²⁰ A juicio del TS, la ventaja obtenida por el infractor es significativa cuando como consecuencia de la infracción «se produce desviación acreditada de la clientela de los competidores» a favor del sujeto infractor: STS 512/2005 (Sala 1ª), de 24 de junio de 2005. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL; disponible en <https://vlex.es/vid/competencia-desleal-15-1-18040577>. Crítico con esta interpretación de los términos ventaja significativa se manifiesta BERCOVITZ, quien pone de manifiesto que «si hay que esperar a que se haya desviado la clientela, entonces el mal producido por la competencia desleal será ya irreparable en la mayoría de los casos»: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A, *Apuntes...*, *cit.*, p. 435.

habría que defender una noción amplia del término «distorsionar» ex artículo 27.8 LCD que abarcase también aquellos supuestos en los que se impone a los clientes (con sus correspondientes cláusulas penales en muchos casos) la obligación de no emitir reseñas. Lo que explicaría la aplicación del artículo 27.8 LCD a este tipo de estipulaciones o, más propiamente, a las prácticas mordaza o antirreseñas que de ellas traen causa.

Ahora bien, soy consciente de que insertar las prácticas analizadas en el artículo 27.8 LCD es, probablemente, demasiado forzado. Por ello sería tal vez más oportuno recurrir a la cláusula general de la deslealtad en su formulación relativa a las relaciones de consumo (artículo 4 LCD). Bien entendido que para proceder de este modo habría que admitir, por un lado, que la infracción de normas reconocedoras del derecho a la libertad de expresión, en su condición de reguladoras de un derecho de la personalidad, queda extramuros del artículo 15.1 LCD³²¹, y, por otro, que el artículo 27.8 LCD no es idóneo para aplicarse al asunto que se analiza, sobre la base de entender que una cosa es distorsionar reseñas y otra muy distinta impedir que éstas se emitan³²². La razón de lo que acabo de expresar tiene fácil explicación. Existe pleno consenso en nuestra comunidad jurídica acerca de la improcedencia de aplicar la cláusula general prohibitiva de la deslealtad concurrencial a conductas reguladas en otras cláusulas especiales, pero que no merecen la consideración de desleales por no cumplir los requisitos en ellas establecidos³²³. De donde resulta que en el caso analizado sólo será posible emplear la cláusula general de la deslealtad si se acredita la no subsunción de la conducta (cláusula/práctica mordaza o antirreseña) en ninguna cláusula especial y, en particular, en la cláusula relativa a la violación de normas del artículo 15.1 LCD y en la prohibitiva de la distorsión de reseñas del artículo 27.8 LCD. Por consiguiente, la ilicitud de las cláusulas mordaza o antirreseñas encontraría su fundamento en la contravención de la cláusula general de la buena fe objetiva.

³²¹ En la dirección que (siguiendo casi *ad pedem literae* a la doctrina citada más arriba; en concreto, a MASSAGUER), reproduce la Sentencia, de 18 de septiembre de 2019, del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, *cit. supra*.

³²² Al parecer, ésta es la opinión de MALDONADO MOLINA, J., «El marco legal...», *cit.*, pp. 93 y 94, que, al analizar esta materia, ve la posibilidad de aplicarle al artículo 15.1 LCD, en los términos expuestos en el texto, descartando el recurso al artículo 27.8 LCD. En todo caso, digo que, *al parecer*, es su opinión por cuanto que lo cierto es que dicho autor no se pronuncia de forma expresa sobre este asunto.

³²³ Al respeto, la doctrina jurisprudencial no deja lugar a dudas: Este precepto [con referencia al artículo que consagra la cláusula general] "tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto" (sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, 311/2007, de 23 de marzo, y 1032/2007, de 8 de octubre). Consiguientemente, "esta cláusula no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular" (sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, y 48/2012, de 21 de febrero). Pero sin que ello pueda "servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta -la del artículo 5 LCD-, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuricidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedir las" (sentencias 635/2009, de 8 de octubre, y 720/2010, de 22 de noviembre). (...) como pone de relieve la doctrina, esta cláusula general de represión de la competencia desleal ha de ser objeto de una interpretación y aplicación funcional. Esto es, después de identificar la conducta objeto de enjuiciamiento, debemos valorar su compatibilidad con el modelo de competencia económica que tutelado por la Ley, que es un modelo de competencia basado en el "mérito" o "bondad" (precio, calidad, servicio al cliente...) de las propias prestaciones, entendiendo por tales no sólo los productos o servicios ofertados, sino también la publicidad y el marketing empleados para convencer a los clientes de la bondad de la oferta (STS 468/2013 -Sala 1ª-, de 15 de julio de 2013. ECLI:ES:TS:2013:4498. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SANCHO GARGALLO; disponible en <https://vlex.es/vid/464711062>).

5. A modo de epílogo: valoración de esta regulación y de su incorporación al ordenamiento español

Quiero finalizar con una valoración de la normativa que ha constituido el principal objeto de estudio de este trabajo. Para ello, empezaré realizando un juicio global que, pese a ser esencialmente positivo, irá acompañado de una crítica a algunos extremos susceptibles de mejora [*infra*, 5.1]. Seguidamente, centraré mi reflexión en cómo el legislador español ha incorporado la normativa analizada a nuestro ordenamiento [*infra*, 5.2].

5.1. Juicio global positivo de esta regulación pero crítico con algunos de sus extremos

En líneas generales, he de valorar positivamente la decisión del legislador comunitario de incluir en la Directiva (UE) 2019/2161 determinadas normas destinadas a evitar la realización de malas prácticas de mercado en relación con las reseñas de bienes y servicios y, en suma, a remediar (en la medida de lo posible) las disfunciones o irregularidades que afectan al sistema de reseñas, tan ampliamente difundido, sobre todo en el entorno digital o electrónico (*e-commerce*). Es verdad que, con anterioridad a la aprobación de la referida Directiva, la persecución de estos comportamientos contrarios al principio de la buena fe ya podía hacerse realidad a través de las normas sobre prácticas engañosas de la Directiva 2005/29/CE. Y no menos cierto es también que a ese mismo resultado podía llegarse en nuestro país desde la entrada en vigor de la LCD. No en vano, uno de sus objetivos principales, desde su originaria y plausible redacción de 1991, consistió en evitar la comisión de conductas susceptibles de ocasionar engaño a los consumidores y usuarios, afectando a su *libertad de saber*, dentro de las cuales tienen encaje las prácticas desleales sobre reseñas a las que ha prestado atención la Directiva (UE) 2019/2021³²⁴. Ahora bien, desde mi punto de vista, es loable que el legislador contemporáneo haya puesto el foco de atención, entre otras conductas propias del mercado digital, en las reseñas online de bienes y servicios. Sobre todo, porque es de esperar que dicha normativa contribuya a la transparencia en dicho ámbito. En este sentido, no puedo sino coincidir con quien, tras expresar que la regulación de las reseñas es un «objetivo legítimo del legislador europeo», sostiene que las medidas adoptadas al respecto por la Directiva (UE) 2019/2161 deben ser consideradas «importantes para mejorar la posición del consumidor»³²⁵. Empero, esta opinión positiva de la actuación legislativa en materia de reseñas impulsada desde Bruselas no me impide valorar críticamente (aunque con ánimo constructivo) algunos extremos de las nuevas normas sobre reseñas contenidas en la Directiva (UE) 2019/2161:

1ª.- En primer lugar, he de hacer constar, en la dirección en la que ya tuve ocasión de manifestarme *supra*, que no me parece acertada la opción del legislador comunitario de referirse

³²⁴ De hecho, el modelo social o institucional al que obedece la LCD se caracterizó, entre otros rasgos, por ubicar en un lugar destacado del sistema represor de la competencia desleal a los intereses de los consumidores y usuarios, lo que fue oportunamente anunciado por el Preámbulo de la LCD en los siguientes términos: «Esta nueva orientación de la disciplina trae consigo una apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del legislador mercantil. La nueva Ley, en efecto, se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo (...)».

³²⁵ Así, expresamente: WINNER, M., «La regulación jurídica...», *cit. supra*; en similares términos, *ad ex.*, DUROVIC, M., «Adaptation of consumer law to the digital age...», *cit.*, p. 12; y GONZÁLEZ PONS, E., «Marketing digital...», *cit.*, p. 554 (cierto es que en otro trabajo DUROVIC, en coautoría con otro autor, ofrece más cautelas a una valoración positiva de la regulación de las reseñas en la Directiva UE 2019/2161, por entender que se queda corta en las medidas adoptadas: DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, p. 148).

con el término «producto» tanto a bienes como a servicios. No creo necesario tener que añadir nada más al respecto. Más arriba ya tuve ocasión de exponer las razones que me llevan a pensar de este modo. Tan solo me limitaré a reiterar aquí que, en mi opinión, es preferible diferenciar entre bienes y servicios o, en todo caso, emplear el término «prestación», que es el elegido y utilizado de modo preferente por nuestra LCD.

2ª.- Por otra parte, no llego a comprender las razones por las que el legislador europeo se decanta por emplear en la normativa analizada el vocablo «reseña», salvo a la hora de redactar una de las conductas consideradas *per se* desleales, donde opta por añadir a dicho término el vocablo «aprobación». Como se ha podido comprobar con anterioridad, este dato lleva a un sector de la doctrina a preguntarse (a mi juicio, artificialmente) si el ámbito de aplicación de la norma que alude tanto a reseñas como a aprobaciones es más amplio que el de las restantes, que sólo hablan de reseñas. Aunque, a mi juicio, esta cuestión debe resolverse en sentido negativo, lo cierto es que la regulación estaría más clara si el legislador hubiese optado por emplear en todos los casos el término reseña.

3ª.- Además, en estrecha conexión con lo que acabo de indicar, considero conveniente e incluso necesario, con vistas a evitar equívocos, que esta normativa hubiese proporcionado una definición legal de «reseña», de forma similar a lo que hacen, por ejemplo, el legislador francés o la norma ISO 20488:2018, en los términos expuestos *supra*. Se me podrá objetar que el silencio legal en esta materia no es total, pues la Guía sobre la Directiva 2005/29/CE realiza algunas interesantes precisiones al respecto. Ahora bien, no puede perderse de vista que una Guía es sólo un documento orientativo, como lo advierte la misma Guía relativa a la Directiva 2005/29/CE cuando afirma que «solamente el texto de la propia legislación de la Unión tiene validez jurídica»³²⁶.

4ª.- Por otro lado, y por las mismas razones que acabo de exponer, entiendo que habría sido también conveniente que la Directiva (UE) 2019/2161 ofreciera una noción de «sitio de reseñas». Es cierto que la Guía sobre la Directiva 2005/29/CE se refiere a ellos, incluyendo como tales a los mercados en línea, los motores de búsqueda, las herramientas comparativas, las redes sociales y los espacios web especializados en la valoración de viajes. Pero, como acabo de expresar, la Guía carece de validez jurídica y posee sólo un valor meramente orientativo. Dado que el legislador comunitario tiene una acusada inclinación a ofrecer definiciones de los principales términos utilizados en sus normas, no habría estado mal que en este caso hubiera elaborado unas nociones de reseña y de sitios de reseñas relevantes a los efectos de esta regulación.

5ª.- Otra consideración crítica me merece la norma de la Directiva (UE) 2019/2161 que establece la obligación del empresario (que facilita el acceso de la clientela a las reseñas) de informar de un dato esencial, como es el relativo a si «garantiza que las reseñas publicadas pertenezcan (*sic*) a consumidores que hayan realmente utilizado o adquirido el producto» (*sic*). En concreto, en lo que atañe a esta obligación de información me parecen censurables dos asuntos:

³²⁶ En concreto, en la *Introducción* de la *Guía* se dice (en lo que aquí interesa) lo que sigue: «Esta Guía se ha concebido estrictamente como un documento de orientación; solamente el texto de la propia legislación de la Unión tiene validez jurídica. Las interpretaciones fidedignas del Derecho deben derivarse del texto de la Directiva y directamente de las resoluciones del Tribunal de Justicia. La presente Guía tiene en cuenta las resoluciones del Tribunal de Justicia publicadas hasta octubre de 2021 y no predetermina la evolución de la jurisprudencia de dicho Tribunal».

— El primero se refiere a su diferente redacción en las distintas versiones de la referida Directiva. Y es que mientras la española se limita a disponer que el comerciante ha de informar de si garantiza que las reseñas publicadas pertenecen a consumidores reales y de cómo se procesan las reseñas, la versión francesa, por ejemplo (pero lo mismo puede decirse de la alemana o la inglesa), exige además informar de *las medidas adoptadas para llevar a cabo dicha garantía* («*si et comment le professionnel garantit que les avis...*»). No parece de recibo esta divergencia de redacciones. Sobre todo, porque puede desembocar en normas con tenores diversos en los distintos Estados miembros de la Unión. De hecho, como se ha podido corroborar más arriba, esto es precisamente lo que ha acontecido en este caso. Aunque el principio de interpretación del Derecho interno conforme a las Directivas permite superar este problema, hubiese sido deseable que se hubiese solucionado de raíz.

— El segundo aspecto que me parece susceptible de crítica versa sobre el Considerando 47 de la Directiva (UE) 2019/2161. Como se sabe, el legislador europeo se refiere en él a la obligación de información del comerciante, incorporada al apartado 6 del artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE. En concreto, indica que la información que el comerciante (*rectius*, empresario o profesional) está obligado a proporcionar a los consumidores habrá de aludir a los procesos de verificación o garantía de autenticidad de las reseñas que se han utilizado, con especificación de si dichos procesos se han aplicado o no a la totalidad de reseñas que son accesibles a la clientela. Al respecto, coincido con quien ha puesto de manifiesto que el contenido de este Considerando debería haberse incluido en el articulado de la Directiva (UE) 2019/2161, lo que contribuiría a la seguridad jurídica en la materia³²⁷. Dado que no ha sido así, lo más sensato es postular una interpretación de la norma que sea conforme con el contenido del referido Considerando.

6ª.- También ha de censurarse al legislador comunitario (y tras él al español) que tipifique algunas conductas como desleales en cualquier circunstancia (deslealtad automática o *per se*) cuando ello no es realmente así. Me refiero, en concreto, a la práctica tipificada en el apartado 23 *ter* del Anexo I Directiva 2005/29/CE y el artículo 27.7 LCD, consistente en afirmar que las reseñas son añadidas por consumidores reales sin tomar medidas razonables y proporcionadas para garantizarlo. Como ya tuve ocasión de expresar al analizar esta conducta, el carácter no automático de su deslealtad obedece a que obliga al intérprete y aplicador de la norma a realizar juicios de valor para determinar si las medidas adoptadas por el empresario o profesional merecen o no los calificativos de razonables y proporcionadas. Para lo cual se requiere llevar a cabo un análisis detenido de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Como se ve, todas estas críticas (de pura técnica jurídica) pueden superarse sin excesiva dificultad mediante un adecuado uso de la hermenéutica. Desde el plano de la política legislativa, reitero que, en general, me parece acertada la intervención en materia de reseñas propiciada desde Bruselas. Sobre todo, por poner el foco en este nuevo instrumento de marketing tan ampliamente desarrollado en el entorno digital. De todos modos, una cosa es valorar positivamente la Directiva (UE) 2019/2161 en estos términos y otra que las normas dispuestas para ese fin lleguen a tener la efectividad que sería necesaria para poner remedio a las disfunciones o irregularidades que el legislador comunitario se propone corregir. Se explica así que alguna doctrina estudiosa de la Directiva ponga de manifiesto que la misma no llega a proporcionar un nivel adecuado de protección a los consumidores y usuarios en materia de reseñas. Y que, en coherencia con esta opinión, sugiera la adopción de otras medidas con vistas

³²⁷ WINNER, M., «La regulación jurídica...», *cit. supra*.

a mejorar la regulación actual³²⁸. Además, se ha de tener en cuenta que legislar sobre un determinado asunto supone siempre elegir una opción de entre varias posibles. Por lo que queda la duda acerca de si la opción elegida ha sido o no la más satisfactoria. Desde mi punto de vista, si se comparan las normas sobre reseñas de la Directiva (UE) 2019/2161 con otras posibles regulaciones, tal vez se aprecien algunas carencias en las normas finalmente aprobadas. En concreto, eso creo que ocurre al contrastar las normas de la Directiva (UE) 2019/2161 con las propuestas por el *Research Group on the Law of Digital Services* y por el *European Law Institutem*, plasmadas en el artículo 8 del *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms* y en los artículos 5 a 7 de las *Model Rules on Online Platforms*³²⁹, respectivamente. Por ello otra opción posible habría consistido en fijar en la Directiva unos estándares de actuación en materia de reseñas y disponer que actúan deslealmente (por contravenir las exigencias de la diligencia profesional) quienes los incumplan. Los estándares en cuestión (tomados de los documentos de origen académico a los que me acabo de referir) podrían ser los siguientes: 1º) cuando el empresario afirma que las reseñas accesibles a la clientela provienen de consumidores y usuarios reales ha de garantizarlo mediante la adopción de medidas razonables y proporcionadas; 2º) cuando la reseña es incentivada, por haber sido solicitada a cambio de algún tipo de beneficio, habrá de indicarse dicha circunstancia; 3º) cuando el empresario rechaza una reseña, su autor debe ser informado sin demora indebida sobre el rechazo y los motivos a los que obedece; 4º) el empresario está obligado a publicar las reseñas sin demora injustificada y de tal modo que los usuarios puedan verlas en orden cronológico; 5º) cuando el sistema de reseñas excluya las más antiguas, deberá informarse de dicha circunstancia a los usuarios, no pudiendo ser el período de exclusión superior a 12 meses; 6º) cuando las reseñas se expresen mediante una calificación global, deberá indicarse el número total de reseñas en que se basa la calificación.

5.2. Incorporación de esta normativa al ordenamiento español: persistencia de la desafortunada fragmentación del Derecho de la competencia desleal

Se estará de acuerdo en que en los últimos tiempos el legislador español nos tiene acostumbrados a seguir casi miméticamente a su homónimo europeo a la hora de incorporar a nuestro ordenamiento una determinada Directiva. Por eso podría causar una cierta sorpresa que en este caso no haya procedido de igual modo. Me refiero, en especial, a la forma en la que ha insertado en nuestra legislación la obligación del empresario o profesional de informar a la clientela acerca de si garantiza o no que las reseñas provienen de consumidores reales. Como ha podido comprobarse *supra*, el legislador europeo ha optado por insertar la regla a la que me refiero dentro de la regulación de las prácticas engañosas por omisión; en concreto, en un nuevo apartado (el 6) del artículo 7 Directiva 2005/29/CE. En cambio, el legislador español se ha decantado por introducir esta obligación de información en el artículo 20.4 TRLGDCU, si bien

³²⁸ V. DUROVIC, M. y KNIEPKAMP, T., «Good advice is expensive—bad advice even more...», *cit.*, pp. 149 a 151. Entre las medidas que proponen destacan: 1ª) Exigir a los autores de las reseñas que se identifiquen. Es verdad que emitir las reseñas de forma anónima, como ocurre en la mayoría de los sitios de reseñas, resulta atractivo para quienes las formulan, pues se sienten más libres a la hora de expresar sus verdaderas impresiones acerca de sus experiencias de mercado. Pero exigir a los consumidores que se identifiquen podría evitar las reseñas poco serias y las realizadas por los propios empresarios en perjuicio de sus competidores. Precisamente, ello explica que la norma ISO 20488:2018 excluya las reseñas anónimas 2ª) Establecer formas sencillas de facilitar información al consumidor. Esto podría hacerse realidad a través de la utilización de pequeños iconos dispuestos junto a las reseñas. Por ejemplo, un icono con un signo de exclamación podría ser especialmente útil en los sitios de reseñas abiertos para advertir a los consumidores y usuarios del riesgo de una reseña manipulada. Y un icono con un signo de dólar podría servir para informar al consumidor de que se encuentra ante una reseña incentivada (pues esta doctrina es favorable a la admisión de esta clase de reseñas, aunque dentro de ciertos límites).

³²⁹ A ambos documentos me referí *supra*, en el epígrafe 1.3.

realizando una remisión expresa al artículo 7 LCD relativo a las omisiones engañosas, al disponer en el artículo 20.6 TRLGDCU que la infracción de la obligación establecida por el artículo 20.4 TRLGDCU constituye una práctica desleal en el sentido del artículo 7 LCD. En todo caso, la sorpresa a la que me refiero se desvanece tan pronto se conoce el modo en que viene actuando el legislador español, desde hace ya algunos años, a la hora de incorporar a nuestro ordenamiento los mandatos de las Directivas europeas en materia de competencia desleal. Su proceder, como se sabe, ha consistido en partir la regulación de las prácticas comerciales entre la LCD y el TRLGDCU. Así ha acontecido, sobre todo, a partir de la Ley 29/2009, que ubicó en el TRLGDCU (en concreto, en su artículo 20) la información necesaria que los empresarios y profesionales han de suministrar a los consumidores y usuarios en lo que atañe a la oferta comercial de bienes y servicios. Por eso no sorprende que haya sido en el artículo 20.4 TRLGDCU en donde el legislador ha ubicado la obligación del empresario de informar a los consumidores y usuarios acerca de si garantiza o no que las reseñas accesibles a la clientela provienen de consumidores reales, aunque reenviando en el artículo 20.6 TRLGDCU al artículo 7 LCD con la finalidad de reputar omisión engañosa el incumplimiento de dicha obligación. Desde mi punto de vista, esta forma de legislar ocasiona algunas disfunciones que podían haberse evitado de no haberse optado por la fragmentación de la disciplina de la competencia desleal que la reforma de 2021 (*ex* Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre) ha venido a reforzar. Estas disfunciones podrían explicarse del modo siguiente:

1º) Por un lado, habrá de aceptarse que si el empresario o profesional omite la información sobre reseñas a la que resulta obligado por el artículo 20.4 TRLGDCU, dicha conducta no merecerá de forma automática el reproche de deslealtad en aplicación del artículo 7 LCD. Antes bien, para llegar a esa conclusión tendrá que valorarse si dicha omisión es susceptible de alterar el comportamiento económico del consumidor medio. No otra cosa se infiere del artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE que, al exigir una valoración del impacto que la práctica comercial causa en la decisión de mercado del consumidor, opta por descartar un juicio automático de la deslealtad por omisión. Y lo mismo se deduce del artículo 7 LCD. Naturalmente, cosa distinta será que el empresario asevere garantizar la autenticidad de las reseñas sin adoptar medidas razonables y proporcionadas para comprobar que tales reseñas provienen de consumidores reales. En este caso, como se sabe, incurrirá en la práctica desleal tipificada en el apartado 23 ter del Anexo I Directiva 2005/29/CE y en el artículo 27.7 LCD. Por cierto que, como hubo ocasión de señalar *supra*, dicha práctica se configura legalmente desleal *per se* cuando, sin embargo, exige realizar juicios de valor acerca de si las medidas adoptadas merecen considerarse o no razonables y proporcionadas en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso.

2º) Ahora bien, una vez sentada la idea anterior, cabría preguntarse si sería posible en nuestro Derecho reputar la conducta que se analiza (infracción de la obligación de información del artículo 20.4 TRLGDCU) como automáticamente desleal en aplicación de alguna otra norma jurídica. A mi juicio, esta pregunta merece una respuesta afirmativa. Entiendo (aunque puedo estar equivocado) que esa otra norma bien podría ser el artículo 15.2 LCD, que tipifica como desleal «la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial». De su lectura (en contraste con lo dispuesto en el artículo 15.1 LCD) se deduce que quien solicita ante los tribunales una declaración de deslealtad con fundamento en esta norma sólo está obligado a demostrar que se ha producido la infracción de una norma concurrencial. A estos efectos, cabe considerar que son normas concurrenciales las que «prohíben, limitan o condicionan el desarrollo de actividades o estrategias para la captación,

configuración o mantenimiento de relaciones con proveedores, clientes o consumidores»³³⁰. Pues bien, desde mi punto de vista, el artículo 20.4 TRLGDCU, que obliga al empresario a informar sobre si garantiza o no la autenticidad de las reseñas, habría de recibir la consideración de norma concurrencial. Razón por la cual su infracción caería dentro de la red de deslealtad del artículo 15.2 LCD.

Las consideraciones precedentes conducen a constatar que nos encontramos aquí ante un concurso de normas: el artículo 7 LCD (*ex remisión expresa* proveniente del artículo 20.4 TRLGDCU) y el artículo 15.2 LCD (en el sentido que acabo de exponer). Dicho concurso debe resolverse por el principio de especialidad, esto es, de conformidad con el apotegma clásico según el cual la ley especial desplaza a la general (*lex ex specialis derogat generali*). Por consiguiente, siendo en este caso la norma especial el artículo 7 LCD, por reenviar expresamente a ella un precepto regulador de las reseñas de bienes y servicios, habrá de ser dicha norma la aplicable. Aunque no debe perderse de vista la disfunción que supone que para aplicar el artículo 7 LCD se tenga que analizar en cada caso cómo influye el incumplimiento de la obligación de informar en el comportamiento económico del consumidor medio, frente a lo que se infiere del artículo 15.2 LCD, donde el legislador hace acreedor del reproche de deslealtad al comportamiento consistente en la mera infracción de una norma concurrencial.

Por otra parte, pero como consecuencia también de la fragmentación o «pulsión disgregadora» (Massaguer)³³¹ del Derecho de la competencia desleal español, se ha de tener en cuenta que en nuestro ordenamiento constituye una infracción de consumo la realización de cualquier práctica comercial sobre reseñas proveniente de la Directiva (UE) 2019/2161. Así lo corrobora el artículo 47.1 letra m) del TRLGDCU. Su redacción no deja lugar a dudas, al tipificar expresamente como infracción en materia de consumo «el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios». De modo que las prácticas desleales contra los consumidores se hacen acreedoras de un doble reproche de ilicitud. Por un lado, constituyen un ilícito en el ámbito jurídico privado, perseguible (y, en su caso, condenable) a través de la normativa represora de la competencia desleal (LCD). Pero, al mismo tiempo, conforman un ilícito jurídico público de carácter administrativo, cuya persecución (y eventual sanción) ha de encauzarse a través de la normativa protectora de los consumidores y usuarios (TRLGDCU).

Cabe, por tanto, concluir que la reforma en materia de competencia desleal acometida por el legislador español en 2021 supone un reforzamiento de la tendencia disgregadora en la que vive inmerso el Derecho español de la deslealtad concurrencial, principalmente a partir de 2009. Desde ese momento se han ido dando pasos al frente que han supuesto un fortalecimiento de dicha tendencia. Primero, a través de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual³³², que prohibió y condicionó algunas formas de publicidad (como, *ad ex.*, el emplazamiento de producto). Después, mediante la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria³³³, que reguló ciertos actos de competencia desleal (como, *ad ex.*, la gestión de marcas). Finalmente (de momento), a través del Real Decreto-Ley 24/2021 que, en lo que aquí especialmente interesa, no ha insertado en el articulado de la LCD la totalidad de la normativa sobre reseñas proveniente de Bruselas, sino que se ha valido también del TRLGDCU; en concreto, de su artículo 20, apartados 4, 5 y 6, en los términos más

³³⁰ MASSAGUER FUENTES, J., «Treinta años...», *cit.*, p. 93.

³³¹ *Ibidem*, p. 88.

³³² BOE núm. 79, de 1 de abril de 2010.

³³³ BOE núm. 185, de 3 de agosto de 2013.

arriba analizados. Obviamente esta fragmentación o disgregación de la disciplina de la competencia desleal es una cuestión opinable. Como suele decirse, «para gustos los colores» (*gustibus non disputadum*). A mí, en cualquier caso, no llega a convencerme³³⁴. Me hubiera parecido más plausible haber hecho lo necesario para que la deslealtad concurrencial esté regulada por entero en la LCD. Con una sola salvedad: el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC)³³⁵ que, como se sabe, lleva a cabo una conexión del ilícito de deslealtad con el *antitrust* para perseguir aquellas prácticas concurrenciales que, no siendo colusorias ni abusivas de posiciones de dominio, afectan al interés público por poseer impacto de mercado³³⁶. Aunque la utilización por la autoridad *antitrust* española de este precepto ha sido limitada, siempre he creído en su potencialidad para coadyuvar a un orden concurrencial más saneado. Además, dicha norma reviste una significación especial en el plano dogmático relativo a la construcción del sistema de ilícitos del entero Derecho de la competencia, a cuya tarea está especialmente llamada la doctrina (Larenz)³³⁷. Sobre todo, porque coadyuva a clarificar las relaciones entre las dos grandes leyes que conforman el Derecho de la competencia en lo que atañe a las conductas de mercado: la LCD y la LDC³³⁸. En cualquier caso, este asunto se extralimita claramente del propósito aquí perseguido, por lo que es ya el momento de poner punto final a este trabajo.

6. Bibliografía

ACEDO PENCO, Ángel, «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núms. 14-15, 1996-1997.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Un apunte sobre la Drittwirkung», entrada de blog disponible en: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2019/10/un-apunte-sobre-la-drittwirkung.html> (última consulta: 20 de febrero de 2023).

— «Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 1, 1993, pp. 57 a 122, artículo académico disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1993-10005700122 (última consulta: 20 de febrero de 2023).

— «Competencia desleal por infracción de normas», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 202, 1991.

ALONSO, Marta, «Ratifican la indemnización de 35000 euros al dueño de una clínica veterinaria por injurias en Internet», noticia de prensa disponible en la siguiente dirección electrónica:

³³⁴ Como tampoco convence, *ad ex.*, a CASADO NAVARRO, A., «Prácticas desleales...», *cit.*, p. 33 (de la versión manuscrita).

³³⁵ BOE núm. 159, de 04 de julio de 2007.

³³⁶ *Ad ex.*, entre los trabajos más recientes que abordan el artículo 3 LDC: GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M., «Aproximación a los requisitos constitutivos del ilícito de falseamiento de la libre competencia por actos desleales según recientes pronunciamientos de las autoridades antitrust», en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J. *et al.*, *Nuevas tendencias del Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, Ed. Comares, 2017, pp. 47 y ss.; CASADO NAVARRO, A., «El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Artículo 3 LDC)», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 22, 2018, pp. 1 y ss.

³³⁷ V. su magistral *Metodología de la Ciencia del Derecho* (traducida por RODRÍGUEZ MOLINERO), Ed. Ariel, Barcelona, 1994.

³³⁸ Al respecto me remito a las consideraciones que, en coautoría con Juan Ignacio FONT GALÁN, realizo en *Competencia desleal y antitrust...*, *cit.*, pp. 39 y ss.

<https://www.ifomo.es/articulo/cantabria/cantabria-ratifican-indemnizacion-35000-euros-dueno-clinica-veterinaria-injurias-internet/20220125191427214713.html> (última consulta: 16 de enero de 2023).

AREA TORRES, José Fernando, «Un particular deberá indemnizar con casi 35000 euros a una clínica veterinaria por una campaña de descrédito contra la misma en Internet», entrada de blog en: https://www.abogadopenalistaspontevedra.es/un-particular-debera-indemnizar-con-casi-35-000-euros-a-una-clinica-veterinaria-por-una-campana-de-descredito-contra-la-misma-en-internet_fb44253.html (última consulta: 16 de enero de 2023)

ARROYO AMAYUELAS, Esther., *La armonización del Derecho privado europeo y el impacto de la digitalización*, Working Paper disponible en <https://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/148858> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

ASSEMBLÉE NATIONALE FRANÇAISE, «Question 7945 de M. Benjamin Dirx relatif aux Avis sur Internet et e-réputation», disponible en <https://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-7945QE.htm> (consulta: 30 de enero de 2023).

AUSTRALIAN CONSUMER AND COMPETITION COMMISSION, *Online reviews - a guide for business & review platforms*, 2013, disponible en: <https://www.accc.gov.au/publications/online-reviews-a-guide-for-business-review-platforms> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, «Actos de denigración y actos de comparación» en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (Coord.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

AXINTE, Mónica, «33 plataformas de puntuaciones de vendedor y reseñas de productos de Google», entrada de blog que puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <https://www.datafeedwatch.es/blog/plataformas-de-puntuaciones-google-shopping> (última consulta: 30 de diciembre de 2022).

BARNES, Wayne R., «The good, the bad, and the ugly of online reviews: The trouble with trolls and a role for contract law after the Consumer Review Fairness Act», *Georgia Law Review*, vol. 53, number 2, article 4, 2019, artículo académico que se encuentra disponible en: <https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2291&context=facscholar> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

— «Confidentiality clauses in settlement agreements after the Consumer Review Fairness Act», *Florida State University Law Review*, January 1, 2022, artículo académico disponible en <https://ssrn.com/abstract=4016779> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

BECKER, Carsten, «Entscheidungshilfe Nutzerbewertung: Lösungsvorschläge zum Schutz vor Fake-Bewertungen», editorial disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://online.ruw.de/suche/pdf/wrp/wrp-12-2020-i-04d59e957db20b946292e45b448f9138.pdf> (última consulta: 3 de enero de 2023).

BELLATO, Beatrice, «Recensioni false o negative: quando è diffamazione», entrada de blog disponible en: <https://www.consulenzalegaleitalia.it/false-recensioni-online/> (última consulta: 30 de enero de 2023).

BELADÍEZ ROJO, Margarita, «La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de Derecho privado o de Derecho público», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2021, artículo académico disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/686460> (última consulta: 20 de febrero de 2023).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017.

– «Artículo 3. Ámbito subjetivo», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (Dir.) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor, 2011.

– «Artículo 2. Ámbito objetivo», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (Dir.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, María del Sagrario, «Mayor transparencia en las transacciones realizadas a través de mercados en línea: novedades en el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 40, 2021, artículo académico disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2897> (última consulta: 2 de febrero de 2023)

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, «El delito de injurias», *Diario La Ley*, núm. 2, 1996.

BIFFARO, Luca, «Unfair commercial practices and online consumer reviews: the italian Triadviser case», *Rivista italiana di Antitrust*, núm. 1, 2015, pp. 181 y ss., artículo académico disponible en: https://web.archive.org/web/20180410114039id_/http://iar.agcm.it/article/viewFile/11387/10565 (última consulta 2 de febrero de 2023).

BILBAO UBILLOS, Juan María, «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittwirkung*», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 2017, artículo académico en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-A-2017-10004100074 (última consulta: 20 de febrero de 2023).

– «La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares», artículo académico en https://alojamientos.uva.es/guia_docente/uploads/2013/482/46375/1/Documento32.pdf (última consulta: 20 de febrero de 2023).

– *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado. La noción de state action en la jurisprudencia norteamericana*, Ed. McGraw-Hill, 1997.

BLASCO, Barbara, «Unfair commercial practices, spam, and fake online reviews, The italian perspective and comparatives profiles», *Comparative Law Review*, 24, 2018, artículo académico en [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/jkapelanska,+06.+Blasco_131-154%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/jkapelanska,+06.+Blasco_131-154%20(2).pdf) (última consulta: 2 de febrero de 2023)

BOROWSKI, Martin, «La *Drittwirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales», *Revista de Derecho del Estado*, núm. 45, 2020, p. 3 y ss., artículo académico en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6327> (última consulta: 28 de febrero de 2023).

BRUNELLET, Jacqueline, «Publication de faux avis: première condamnation par la DGCCRF», entrada de blog disponible en <https://www.relationclientmag.fr/Thematique/customer-marketing-1251/veille-tribune-2152/Breves/Tribune-Publicationfaux-avis-premiere-condamnation-DGCCRF-365448.htm> (última consulta: 8 de enero de 2022).

BUNDESKARTELLAMT, *Verbraucherrechtlicher Handlungsbedarf bei Nutzerbewertungen* (Schriftenreihe: «Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft»), Bonn. Oktober 2020, informe que se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_8.pdf?__blob=publicationFile&v=4 ; (última consulta: 3 de enero de 2023).

BUSTO LAGO, José Manuel, «Artículo 19. Principio general y prácticas comerciales», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

CALVERT, Clay, «Gag clauses and the right to gripe: The Consumer Review Fairness Act of 2016 & State efforts to protect online reviews from contractual censorship», 24 *Widener Law Review*, 203, 2018, artículo académico que puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1929&context=facultypub> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

CALVIÑO, Frank, «¿Qué es una reseña y cómo benefician a tu *ecommerce*?», guest post disponible en: <https://www.shopify.com/es/blog/15375945-por-que-los-duenos-de-tiendas-virtuales-deben-aprovechar-las-resenas-en-linea> (última consulta: 2 de enero de 2023).

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Comentario del artículo 3 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dir.) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011.

— «Comentario del artículo 86 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dir.) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011.

CARBAJO GASCÓN, F., «Violación de secretos, inducción y aprovechamiento de la infracción contractual e infracción de normas», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (Dir.) *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, t. II, 2014.

— «Artículo 15. Violación de normas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (Dir.) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor 2011.

CARILLO, Sara, *Le recensioni online nell'industria della ristorazione: la creazione di un Dizionario di content analysis e l'applicazione a un caso aziendale*, Università de Pisa, 2017, tesis doctoral disponible en <https://etd.adm.unipi.it/t/etd-01302018-114209/> (última consulta: 10 de enero de 2023).

CARRASCO PERERA, Ángel, «Más allá de la venta a pérdida: las prácticas comerciales desleales en el Derecho sancionador de consumo», artículo académico disponible en <https://www.gap.com/publicaciones/mas-alla-de-la-venta-a-perdida-las-practicas-comerciales-desleales-en-el-derecho-sancionador-de-consumo/> (última consulta: 22 diciembre 2022).

CASADO NAVARRO, Antonio, «Prácticas desleales contra los consumidores en el mercado digital. A propósito de las novedades introducidas por la Directiva (UE) 2019/2161», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 327, 2023.

— *Consecuencias negociales de las prácticas desleales contra los consumidores. Relaciones entre el Derecho contractual de consumo y el Derecho de la competencia desleal*, Ed. Marcial Pons, 2023.

— «Consecuencias negociales de las prácticas desleales con consumidores: soluciones de Derecho comparado y recientes desarrollos normativos en la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, marzo de 2022, artículo académico disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/6680> (última consulta: 16 de enero de 2023).

— «Publicidad encubierta a través de influencers: normativa aplicable y régimen de responsabilidad», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 31, 2022.

– «Consideraciones críticas sobre la opción del Real Decreto-ley 24/2021 de no incorporar medidas correctoras individuales frente a prácticas desleales con consumidores», en *La Ley Mercantil*, núm. 88, 2022.

– «El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Artículo 3 LDC)», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 22, 2018.

CASANUEVA, Irene, «Condenado a indemnizar con 35000 euros a una clínica veterinaria por «orquestrar una campaña de descrédito» en Internet», noticia de prensa disponible en <https://confilegal.com/20210330-condenado-a-indemnizar-con-35-000-euros-a-una-clinica-veterinaria-por-orquestrar-una-campana-descredito-en-internet/> (última consulta: 16 de enero de 2023).

CASTILLO-CÓRDOVA, Luis, «Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales», en *Actualidad Jurídica*, 155, 2006, artículo académico en <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/1942> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

CEJMER, Zuzanna, «The shift of the marketing paradigm and its implications for brand-consumer communication», en GARCÍA MEDINA, Irene (Coord.), *Diálogos bilaterales entre investigadores de la Glasgow Caledonian University (Reino Unido) y la Universidad de Alicante (España)*, Colección Mundo Digital, Alicante, 2017.

CENTRE EUROPÉEN DES CONSOMMATEURS. FRANCE, «Les avis sur Internet: comment leur faire confiance?», en <https://www.europe-consommateurs.eu/achats-internet/les-avis-en-ligne.html> (última consulta: 30 de enero de 2023).

CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen, «Principio de igualdad y prohibición de discriminación en las relaciones jurídico privadas: la doctrina de la *Drittwirkung*», *Revista Cortes Generales*, 61, 2004, p. 155 y ss., artículo académico en <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/259> (última consulta: 20 de febrero de 2023).

CLEMENT, «Avis consommateur: améliorez votre image et votre visibilité!» entrada de blog disponible en <https://www.guest-suite.com/blog/avis-consommateurs> (última consulta: 2 de enero de 2023).

COMISIÓN GENERAL DE COMERCIO, «La FTC demanda a comercializadores que usaron cláusulas mordaza, amenazas monetarias y demandas judiciales para impedir que los consumidores publicaran comentarios negativos sobre productos para perder peso de eficacia no comprobada», en <https://www.ftc.gov/es/noticias/la-ftc-demanda-comercializadores-que-usaron-clausulas-mordaza-amenazas-monetarias-y-demandas> (última consulta: 13 de enero de 2023).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC), «Informe sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica el TRLGDCU», informe disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc02721> (última consulta: 20 de diciembre de 2022).

COMUNIDAD DE MADRID, «Reseñas online. Cuidado con las reseñas falsas», disponible en <https://www.comunidad.madrid/servicios/consumo/resenas-online-cuidado-resenas-falsas> (última consulta: 29 de diciembre de 2022).

CORTÉS, Iván, «¿Qué son las fake reviews?: todo lo que debes saber sobre las reseñas fraudulentas», entrada de blog disponible en <https://www.retailforum.es/fake-reviews-como-descubrir-su-autenticidad/> (última consulta: 11 de enero de 2023).

CUENA CASAS, Matilde, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, artículo académico disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5612> (última consulta: 3 de enero de 2023).

DE ELIZALDE IBARBIA, Francisco, «La Directiva (UE) 2019/2161 de modernización del Derecho de consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales», *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2021, artículo académico disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/734-3554-1-PB-4.pdf> (última consulta: 3 enero 2023).

DE FÉLIX PARRONDO, Esther, «Principales modificaciones de la Ley de Competencia desleal», artículo académico disponible en <https://studylib.es/doc/7454479> (última consulta: 28 de diciembre de 2022).

DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo Jesús, «El delito de amenazas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 3, 1996.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «Modernización de las normas sobre propiedad intelectual y protección de los consumidores en el entorno digital mediante el Real Decreto-ley 24/2021», *La Ley Unión Europea*, núm. 98, 2021.

DUROVIC, Mateja, «Adaptation of consumer law to the digital age: The case of the new European Directive 2019/2161 on modernisation and better enforcement of consumer law», *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, number 68 (2) 2020, artículo académico disponible en https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/files/129494821/Anali_clanak_MD.pdf (última consulta: 2 de febrero de 2023).

— *European law on unfair commercial practices and contract law*, Hart Publishing, Oxford, 2016, monografía disponible en <http://dx.doi.org/10.5040/9781782258148.ch-003> (última consulta: 2 de febrero de 2023)

— *The impact of the unfair commercial practices directive (2005/29/EC) on contract law*, Florence: European University Institute, EUI PhD theses, 2014, pp. 148 y 149, tesis doctoral disponible en <https://hdl.handle.net/1814/34559> (última consulta: 2 febrero 2022).

DUROVIC, Mateja y KNIPEKAMP, Tim, «Good advice is expensive—bad advice even more: the regulation of online reviews», *Law, Innovation and Technology*, vol. 14, n. 1, pp. 128 y ss., artículo académico disponible en <https://doi.org/10.1080/17579961.2022.2047523> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

EBERS, Martin, «De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», *InDret*, núm. 2, 2010, artículo académico disponible en <https://indret.com/de-la-armonizacion-minima-a-la-armonizacion-plena/> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto, «Artículo 15. Violación de normas», en MARTÍNEZ SANZ, Fernando (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*. Tecnos. Madrid, 2009.

— «Régimen jurídico de las prácticas comerciales con consumidores y usuarios», en *Revista de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010.

ENCABO VERA, Miguel Ángel, *Derechos de la personalidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012.

EUROPEAN COMMISSION, «Press release: Protecting consumers from misleading reviews: 55% of screened websites violate EU law», 20 January 2022, Brussels, noticia de prensa disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_394 (consulta: 2 de febrero de 2022).

— *Study on Online Consumer Reviews in the Hotel Sector*, estudio disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7d0b5993-7a88-43ef-bfb5-7997101db6d5> (última consulta: 3 de enero de 2023).

FEDERAL TRADE COMMISSION, «Consumer Review Fairness Act: What businesses need to know», noticia disponible en <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/consumer-review-fairness-act-what-businesses-need-know> (última consulta: 16 de enero de 2023).

— «Brings first case challenging fake paid reviews on an independent retail website», noticia disponible en <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2019/02/ftc-brings-first-case-challenging-fake-paid-reviews-independent-retail-website> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

FLAQUER RIUTORT, Juan., «Los retos legales de las *fake reviews* en el ordenamiento jurídico español», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 56, 2021 (versión electrónica en la base de datos de Aranzadi).

FONT GALÁN, Juan Ignacio y MIRANDA SERRANO, Luis María, *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

FROCHOT, Didier, «Faux avis de consommateurs: à propos de la norme Afnor Z74-501», entrada de blog en <https://www.les-infostrateges.com/actu/faux-avis-de-consommateurs-a-propos-de-la-norme-afnor-z74-501> (última consulta: 30 de enero de 2023).

FUENTESECA DEGENEFEE, Cristina, *Prácticas comerciales desleales y validez del contrato. El último inciso del artículo 19.2 TRLGDCU*, Ed. J.M. Bosch, 2021.

FUERTES, Cristina, «Autoridad de normas de publicidad: Reino Unido», recurso disponible en [https://hmgong.es/wiki/Advertising_Standards_Authority_\(United_Kingdom\)](https://hmgong.es/wiki/Advertising_Standards_Authority_(United_Kingdom)) (última consulta: 6 de enero de 2023).

GAMELLA CARBALLO, Sandra: *Derecho al honor, intimidad y propia imagen en relación con las nuevas tecnologías*, Editorial Sepin, Madrid, 2018.

GARCÍA PÉREZ, Rafael, «Unión Europea: Una cláusula contractual puede constituir una práctica comercial engañosa (Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012, C-453/10, *Perenicová, Perenic y SOS financ*)», *Actas de Derecho Industrial*, t. 32, 2011-2012.

— «Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 11, 2012.

— «La reforma contra el Derecho de la competencia desleal: ¿hacia el Derecho de la lealtad?», en GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio y GARCÍA VIDAL, Ángel (Dirs.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

— «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal», *Derecho de los Negocios*, núm. 18, 2007.

– «Nuevo texto de la Ley de Competencia Desleal alemana (UWG). Traducción con anotaciones», *Actas de Derecho Industrial*, t. 29, 2008-2009.

– «Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales», *Gaceta Jurídica*, núm. 242, mayo de 2006.

GARCÍA VIDAL, Ángel, «Nuevas prácticas comerciales prohibidas», artículo académico accesible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Nuevas_practicas_comerciales_prohibidas.pdf (última consulta: 19 de diciembre de 2022).

– «La reforma de la Ley de Competencia Desleal por la Ley 29/2009», artículo académico disponible en <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-reforma-de-la-lcd-por-la-ley-29-2009/> (última consulta: 27 de diciembre de 2022).

GARFINKLE, Joshua, «The importance of anti defamation/negative review clauses in business contracts», en <https://www.linkedin.com/pulse/importance-anti-defamationnegative-review-clauses-joshua-garfinkle> (última consulta: 14 de enero de 2023).

GASCÓN, Marta, «Amazon presenta la primera denuncia en España contra una web de reseñas falsas», noticia disponible en <https://www.20minutos.es/tecnologia/actualidad/amazon-presenta-la-primera-denuncia-en-espana-contra-una-web-de-resenas-falsas-5070150/> (última consulta: 19 de diciembre de 2022).

GOLDMAN, Eric., «Understanding the Consumer Review Fairness Act of 2016», en *Michigan Telecom munications & Technology Law Review*, vol. 24, 2017, artículo académico disponible en <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1231&context=mttlr> (última consulta: 12 de enero de 2023).

GONZÁLEZ, María Belén, «Las comunicaciones en el nuevo paradigma de marketing», en *Icono 14*, volumen 15 (2), 2017.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Pedro Mario, «Aproximación a los requisitos constitutivos del ilícito de falseamiento de la libre competencia por actos desleales según recientes pronunciamientos de las autoridades antitrust», en TATO PLAZA, Anxo, COSTAS COMESAÑA, Julio *et al.*, *Nuevas tendencias del Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, Ed. Comares, 2017.

GONZÁLEZ PACANOWSCA, Isabel, «Comentario del Título II: Condiciones generales y cláusulas abusivas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, 2015.

GÓMEZ LOZANO, María del Mar, «Comentario del Artículo 10. Actos de comparación», en BERCOVITZ, Alberto, GALÁN CORONA, Eduardo, QUINTANA CARLO, Ignacio, GRACÍA-CRUCES, José Antonio (Dirs.), *Comentarios a la ley de competencia desleal*, 2011, Ed. Aranzadi (colección Grandes Tratados), 2011.

GÓMEZ SEGADE, J.A., «La nueva cláusula general en la LCD», en GÓMEZ SEGADE, José Antonio y GARCÍA VIDAL, Ángel (Dirs.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje a Fernández-Nóvoa*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ PONS, Elisabet, «Marketing digital, reseñas falsas de consumidores y competencia desleal», en MADRID PARRA, Agustín y ALVARADO HERRERA, Lucía (Dirs.), *Derecho digital y nuevas tecnologías*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, «Ámbito de aplicación de la LCD: STS 59/2019, de 29 de enero», entrada de blog disponible en <https://webs.uab.cat/dretmercantil> (última consulta: 30 de diciembre de 2022).

GROS-DUBOIS, Eric, «Are *non-disparagement* clauses enforceable?», entrada de blog disponible en <https://www.epgdlaw.com/are-non-disparagement-clauses-enforceable/> (consulta: 14 de enero de 2023).

HANKEL, Anna, «Trustworthy versus fake reviews on online marketplaces and review platforms. Time for the EU to regulate transparency of review systems?», tesis para la colación del grado de máster disponible en <https://www.um.edu.mt/library/oar/handle/123456789/70126> (última consulta: 20 de febrero de 2023).

HUN, Kate Mathews, «Gaming the system: Fake online reviews v. consumer law», *Computer Law & Security Review*, [volume 31, issue 1](#), February 2015, artículo académico disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364914001824> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

INSTITUT NATIONAL DE LA CONSOMMATION, «Les avis en ligne: comment leur faire confiance?», comunicado de prensa disponible en <https://www.inc-conso.fr/content/les-avis-en-ligne-comment-leur-faire-confiance> (última consulta: 2 de enero de 2023).

IRÁCULIS ARREGUI, Nerea, «Comentario a la STS de 22 de noviembre de 2010: Aplicación de la LCD: ámbito objetivo: acto de competencia», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 86, 2011.

KEIRSBILCK, Bert, «The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, artículo académico disponible en dirección: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/50.1/COLA2013012> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

LA CALLE RESTREPO, José Miguel, «Entre la libre competencia y la protección del consumidor», artículo profesional disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/entre-la-libre-competencia-y-la-proteccion-al-consumidor (última consulta: 16 de diciembre 2022).

LARA GONZÁLEZ, Rafael, *La denigración en el Derecho de la competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 2007.

LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Traducida por RODRÍGUEZ MOLINERO, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.

LATINI, Stefano, «Perché le aziende devono prestare attenzione alle recensioni dei clienti?», entrada de blog disponible en <https://www.ipsoa.it/magazine/perche-aziende-devono-prestare-attenzione-recensioni-clienti> (última consulta: 9 de enero de 2023).

LINDENFELD, David, «Wie sehr kann man Online-Rezensionen noch trauen?», artículo profesional disponible en <https://www.msn.com/de-de/finanzen/top-stories/wie-sehr-kann-man-online-rezensionen-noch-trauen/ar-AA12WFO6?o cid=FinanceShimLayer> (última consulta: 4 de enero de 2023).

MAKAROV, Alesya, «Me pagan por hacer reviews falsas: así es el negocio que pone en duda la fiabilidad de las puntuaciones online», entrada de blog disponible en la dirección web: <https://www.xataka.com/especiales/me-pagan-hacer-reviews-falsas-asi-negocio-que-pone-duda-fiabilidad-puntuaciones-online> (última consulta: 19 de diciembre de 2022).

MALBON, Justin, «Taking fake online consumer reviews seriously», *Journal of Consumer Policy*, 36, 2013, artículo académico en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2238889 (última consulta: 2 de febrero de 2023).

MALDONADO MOLINA, Francisco Javier, «Las reseñas online de los consumidores: régimen aplicable», artículo académico disponible en <https://www.hispacolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/las-resenas-online-de-los-consumidores-regimen-aplicable/> (última consulta: 19 de diciembre de 2022).

– «El marco legal de los sitios de reseñas y de las reseñas en línea de consumidores», *Revista Lex Mercatoria*, vol. 22, 2022, artículo académico disponible en la siguiente dirección web: <https://revistas.innovacionumh.es/index.php/lexmercatoria> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

MARIQUE, Enguerrand y TROWEL Alain, «La régulation des fake news et avis factices sur les plateformes», *Revue Internationale de Droit Économique*, 3, t. XXXIII, 2019, artículo académico en <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2019-3-page-383.htm> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

MARIMÓN DURÁ, R., «Prácticas comerciales desleales con los consumidores», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2014.

MARTÍN ARESTI, Pilar, «Artículo 27. Otras prácticas engañosas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi, 2011.

MARTINELLI, S., «Contratto e mercato ai tempi dell’algoritmo: reputational feedback system e ranking nella platform economy», ponencia escrita en <https://iris.unito.it/handle/2318/1793816> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

MARTÍNEZ NADAL, Apollònia, «Reputación online de las empresas de alojamiento turístico y publicación por terceros de informaciones negativas (reviews)», en MORILLAS JARILLO, María José, PERALES VISCASILLAS, Pilar y PORFIRIO CARPIO, Leopoldo, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.

– «Publicación en páginas web de valoraciones falsas con incidencia en la reputación digital de los empresarios de alojamiento: ¿una práctica desleal?», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 297, 2015 (versión electrónica en la base de datos de Aranzadi).

[MARTÍNEZ OTERO, Juan María](#), «Fake reviews on online platforms: perspectives from the US, UK and EU legislations», *SN Social Sciences*, 1, article 181, 2021, artículo académico disponible en <https://link.springer.com/article/10.1007/s43545-021-00193-8> (última consulta: 20 de febrero de 2023).

MASSAGUER FUENTES, José, «La reforma de la Ley de Competencia Desleal de 2021: Una reforma menor, coyuntural y continuista del tratamiento de las prácticas comerciales desleales con los consumidores», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 324, 2022 (versión electrónica en la base de datos de Aranzadi).

– «Treinta años de Ley de Competencia Desleal», *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, núm. 55, año 2021, artículo académico disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/7434/documento/art03.pdf?id=12262&forceDownload=true> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

– *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Ed. Civitas, Madrid, 2006.

– «Artículo 7. Actos de engaño», en MASSAGUER FUENTES, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

MASSAGUER FUENTES, José y SOLER MASOTA, Paz, «Artículo 15. Violación de normas», en MASSAGUER FUENTES, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

MAZZONETTO, Myriam, «Esistono delle tutele contro il problema delle false recensioni on-line?», entrada de blog disponible en <https://www.dirittodellinformatica.it/consumatori/consumatori-focus/esistono-delle-tutele-problema-delle-false-recensioni-line.html/> (última consulta: 9 de enero de 2023).

MCCCLUSKEY, Megan, «Inside the war on fake consumer reviews», entrada de blog disponible en <https://time.com/6192933/fake-reviews-regulation/> (última consulta: 9 de enero de 2023).

MELLINAS, Juan Pedro, *et al.*, «El control de irregularidades y Tripadvisor», *Revista Turismo y Desarrollo*, núm. 18, 2015, artículo académico disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.researchgate.net/publication/279973979_El_control_de las_irregularidades_y_Trip_Advisor (última consulta: 15 de diciembre de 2022).

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *La competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

MEHTA, Dharmesh M., «Amazon anuncia nuevas acciones legales para proteger a los consumidores de las reseñas falsas», noticia disponible en la dirección electrónica <https://www.aboutamazon.es/noticias/innovacion/amazon-anuncia-nuevas-acciones-legales-para-proteger-a-los-consumidores-de-las-resenas-falsas> (última consulta: 19 de diciembre de 2022).

MIRANDA SERRANO, Luis María, «La condición de práctica comercial desleal atribuible a un clausulado predispuesto no transparente firmado por un consumidor», entrada blog académico disponible en <https://www.dr-a.es/consejo-academico> (última consulta: 28 de febrero de 2023).

– «Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente. A propósito de algunas experiencias en el sector financiero», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 4, 2022, artículo académico disponible en la dirección electrónica <https://rdsfin.com/wp-content/uploads/2022/11/RDSF-num.-4-2-2022-111-155.pdf> (última consulta: 20 de febrero de 2023),

– «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *InDret*, núm. 2, 2018, artículo académico disponible en <https://indret.com/el-control-de-transparencia-de-condiciones-generales-y-clausulas-predispuestas-en-la-contratacion-bancaria/> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

– «Economía colaborativa y competencia desleal ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios por plataformas digitales?», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, julio-diciembre de 2017, artículo académico disponible en la dirección electrónica <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/28427> (última consulta: 3 de enero de 2023).

– «La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales», en MIRANDA SERRANO, Luis María, VELA TORRES, Pedro y PRÍES PICARDO, Adolfo, *La contratación mercantil, disposiciones generales, protección de los consumidores*, tomo XXX del *Tratado de Derecho Mercantil*, Ed. Marcial Pons, 2006.

MIRANDA SERRANO, Luis María y PAGADOR LÓPEZ, Javier, «La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos», *Diario La Ley*, núm. 8464, 2015.

MIRANDA SERRANO, Luis María y PANIAGUA ZURERA, Manuel, «La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial», en MIRANDA SERRANO, Luis María y PAGADOR LÓPEZ, Javier (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

MORA ASTABURUAGA, Aitor y PRADO SEOAONE, J. Aitor, «Sistemas de reputación online (*Reputational Feedback Systems*), opiniones falsas y competencia desleal», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 16, 2018.

MYERS, Cayce «Online reviews and organizational reputation: U.S. legal issues in combating and removing negative online content», *PRism*, 16 (1), 2020, artículo académico disponible en <https://www.prismjournal.org/uploads/1/2/5/6/125661607/v16-no1-a1.pdf> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

NARCISO, Madalena, «The regulation of online reviews in European Consumer Law», *European Review of Private Law*, vol. 27, 3, 2019, pp. 557 y ss., artículo académico disponible en <https://doi.org/10.54648/erpl2019028> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

— «The unreliability of online review mechanisms» *Journal of Consumer Policy*, 45, 2022, artículo académico disponible en <https://doi.org/10.1007/s10603-022-09514-7> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

NEVEU, Sébastien, «Avis Client. Introduction», entrada de blog disponible en la dirección <https://www.wizville.com/ressources/lexique/avis-client-sollicite/> (última consulta: 2 de enero de 2023).

OFFICE OF ATTORNEY GENERAL, «A.G. Schneiderman announces agreement with 19 companies to stop writing fake online reviews and pay more than \$350,000 in fines», comunicado de prensa en <https://ag.ny.gov/press-release/2013/ag-schneiderman-announces-groundbreaking-1025-million-dollar-settlement-profit> (última consulta: 30 de enero de 2023).

OMSELS, Hermann-Josef, *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, comentario legal disponible en <https://www.omsels.info/> (última consulta: 9 de enero de 2023).

ORLANDO, Salvatore, "The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice", *European Review of Contract Law*, vol. 7, núm. 1, 2011, artículo académico disponible en <https://doi.org/10.1515/ercl.2011.25> (última consulta: 20 de febrero de 2023).

ORTEGA, Cristina, «Sitios de reseñas de clientes: Qué son y ejemplos de los más populares», entrada de blog disponible en <https://www.questionpro.com/blog/es/sitios-de-resenas-de-clientes/> (última consulta: 29 de diciembre de 2022).

OTERO COBOS, M.T., «El patrocinio publicitario con *influencers*: ¿Publicidad encubierta?», en MADRID PARRA, Agustín (Dir.), *Derecho Mercantil y Tecnología*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

PARDO, Álvaro, «Así funcionan las empresas de reseñas falsas online», entrada de blog disponible en <https://www.newtral.es/resenas-falsas-online/20221026/> (consulta: 15 de diciembre de 2022).

PARK, Sangwon y NICOLAU, Juan L. «Asymmetric effects of online consumer reviews», *Annals of Tourism Research*, 2015, 50, pp. 67 y ss., artículo académico disponible en la dirección <https://core.ac.uk/download/pdf/32325955.pdf> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

PASRK, D. *et al.*, «The effect of on-line consumer reviews on consumer purchasing intention: the moderating role of involvement», *International Journal of Electronic Commerce*, vol. 11, 2007, artículo académico disponible en <https://doi.org/10.2753/IEC1086-4415110405> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

PATIÑO ALVÉS, Beatriz, «El engaño en la publicidad», artículo académico disponible en <https://www.beatrizpatino.com/wp-content/uploads/2015/05/EL-ENGA%C3%91O-EN-LA-PUBLICIDAD.pdf> (última consulta: 29 de diciembre de 2022).

PEÑAS MOYANO, Benjamín, «La violación de normas concurrenciales y o concurrenciales como actos de competencia desleal», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008.

PODER JUDICIAL, «Deberá indemnizar con casi 35000 euros a una clínica veterinaria por orquestar una campaña des crédito en internet», comunicación disponible en la dirección electrónica <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Novelties/Debera-indemnizar-con-casi-35-000-euros-a-una-clinica-veterinaria-por--orquestar-una-campana-descredito--en-internet> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

PONTE, Lucille M., «A glass half full? Enduring small business frustrations under the consumer», *Review Fairness Act of 2016*, May 15, 2017, artículo académico disponible en la dirección <https://ssrn.com/abstract=2968569> (última consulta: 11 de enero de 2023).

POUILLARD, Nathalie, «L’avis consommateur: un atout pour votre réputation et vos ventes?», entrada de blog disponible en <https://www.appvizer.fr/magazine/marketing/gestion-feedback/avis-consommateur> (última consulta: 2 de enero de 2023).

PUJOL, Purificación, «La buena fe en la competencia desleal», disponible en la dirección <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-21/1860-la-buena-fe-en-la-ley-de-competencia-desleal-0-5418047397786796> (consulta: 28 de diciembre de 2022).

QUICIOS MOLINA, María Susana, «Comentario de la Disposición adicional 1ª, II, 14ª, LGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, 2000.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, edición del Tricentenario (actualizada a 2022), en <https://dle.rae.es> (última consulta: 29 de diciembre de 2022).

REHAAG, Constantin, PUTH, Anne-Kristin y GOLDSTEIN, Carsten, «Digitalisierung und Lauterkeitsrecht – das neue UWG», entrada de blog disponible en la dirección electrónica <https://www.dentons.com/de/insights/articles/2022/may/16/revised-law-against-unfair-competition-in-germany> (última consulta: 4 de enero de 2023).

ROMERO RODRÍGUEZ, Luis M. y RODRÍGUEZ-HIDALGO, Claudia, «Desinformación y posverdad en los medios digitales: del astroturfing al click-baiting», en ROMERO RODRÍGUEZ, Luis M. y RIVERA ROGEL, Diana E. (Coord.), *La comunicación en el escenario digital*, Ed. Pearson, 2019.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio, «El modelo de conducta en la nueva cláusula general de la Ley de Competencia Desleal. Una crítica leve», *Derecho de los Negocios*, núm. 240, 2010.

RUBIO GIL, Ángeles, JIMÉNEZ BARANDILLA, Iciar y MERCADO IDOETA, Carmelo, «Reputación corporativa online en la Hotelería: el caso Tripadvisor», *Esic Market Economics and Business Journal*, vol. 48, núm. 3, 2017, artículo académico disponible en la dirección electrónica <https://revistasinvestigacion.esic.edu/esicmarket/index.php/esicm/article/view/227/468> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

- RUIZ PERIS, Juan Ignacio (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- «Panorámica de la reforma en materia de competencia desleal», en GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio y GARCÍA VIDAL, Ángel (Dir.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Libro homenaje a Fernández-Nóvoa, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.
- RUSHE, Dominic, «Fake online reviews crackdown in New York sees 19 companies fined», *The Guardian*, 24 Sept. 2013, noticia de prensa disponible en la dirección electrónica <https://www.theguardian.com/world/2013/sep/23/new-york-fake-online-reviews-yoghurt> (consulta: 2 de febrero de 2023).
- SALMINEN, Joni *et al.*, «Creating and detecting fake reviews of online products», *Journal of Retailing and Consumer Services*, vol. 64, 2022, artículo académico disponible en la dirección electrónica <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969698921003374> (última consulta: 2 de febrero de 2023).
- SCHLOTCHAUER, Leandro, *Cambios en el comportamiento del consumidor y el rol de los review-sites. Caso TripAdvisor*, Universidad de San Andrés, 2014, en <https://repositorio.udesa.edu.ar> (última consulta: 7 de enero de 2023).
- SEARA, Fabiana, "No hay sitio para las reseñas falsas en Amazon: la plataforma toma medidas contras las páginas de compraventa de reseñas», entrada de blog disponible en la dirección <https://www.marketingdirecto.com/anunciantes-general/anunciantes/amazon-se-enfrenta-a-las-paginas-de-compraventa-de-resenas> (consulta: 19 de diciembre de 2022).
- SMITH, Ashley, «Study examines the impact of fake online reviews on sales», entrada de blog disponible en <https://www.eurekalert.org/news-releases/964346> (última consulta: 4 de enero de 2023).
- SOLER MASOTA, Paz, «Infracción de normas como acto de competencia desleal», en *Competencia desleal y defensa de la competencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo XI, CENDOJ, 2022.
- STERLING, Greg, «FTC smacks down anti-review ‘non-disparagement clauses’ in form contracts», noticia disponible en <https://searchengineland.com/ftc-smacks-down-anti-review-non-disparagement-clauses-in-form-contracts-320826> (última consulta: 14 de enero de 2023).
- TAPIA HERMIDA, Alberto J., «Síntesis de la reforma en 2021 de la normativa de consumo por los Reales Decretos Ley 7 y 24 en materia de transparencia, ejercicio de sus derechos por el consumidor y responsabilidad civil y administrativa», *Diario La Ley*, núm. 9991, 2022.
- TATO PLAZA, Anxo, «Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales: influencers», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 311, 2019.
- TATO PLAZA, Anxo, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y HERRERA PETRUS, Christian, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2010.
- TORRES MONTESINOS, María del Mar *et al.*, «Cambio de paradigma en el marketing de destinos turísticos», *CULTUR. Revista de Cultura e Turismo*, núm. 2, junio de 2013.
- TOTTY, Michael, «To spot fake online reviews, Target the reviewers», disponible en <https://anderson-review.ucla.edu/to-spot-fake-online-reviews-target-the-reviewers/> (última consulta: 4 de enero de 2023).
- VALANT, Jana, «Online consumer reviews. The case of misleading or fake reviews», disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/571301/EPRS_BRI\(2015\)571301_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/571301/EPRS_BRI(2015)571301_EN.pdf) (última consulta: 10 de enero de 2023).

VARGAS, Ángeles, «Un eslogan de *TripAdvisor* incumplía el código británico sobre publicidad», en https://www.hosteltur.com/162260_eslogan-tripadvisor-incumplia-codigo-britanico-publicidad.html (última consulta: 7 de enero de 2023).

VÁZQUEZ, Jesús, «Astroturfing: una nueva forma de manipulación en las redes sociales», entrada de blog disponible en <https://www.materiagris.es/astroturfing-manipulacion-redes-sociales/> (última consulta: 30 de enero de 2023).

VENTRE, Iván, «El empoderamiento de los consumidores a través de las redes sociales», entrada de blog disponible en <https://egade.tec.mx/es/egade-ideas/opinion/el-empoderamiento-de-los-consumidores-traves-del-uso-de-las-redes-sociales> (última consulta: 7 de enero de 2023).

VIERA MURILLO, Lorena y MORENO-GAVILANES, Klever, «Comunicación de boca en boca como factor de influencia interpersonal del consumidor: un análisis de revisión sistemática», *Digital Publisher CEIT*, vol. 5, n. 6, 2002, artículo académico disponible en <https://doi.org/10.33386/593dp.2020.6-1.379> (última consulta: 2 de febrero de 2023).

VIVAS TESÓN, Inmaculada, «El derecho contractual antidiscriminatorio: Drittwirkung y libertad negocial», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 672 y ss., artículo académico disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5976> (última consulta: 20 de febrero de 2023).

VON HELVERSEN, Bettina *et al.*, «Influence of consumer reviews on online purchasing decisions in older and younger adults», *Decision Support Systems*, vol. 113, 2018, artículo académico disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167923618300861> (última consulta: 8 de enero de 2023).

WETTBEWERBSZENTRALE, "25.05.2022 // UWG-Novelle 2022 – die wichtigsten Änderungen im Überblick - Teil II: Kundenbewertungen, belästigende Werbung, Blacklist Tatbestände und neue Rechtsfolgen", disponible en <https://www.wettbewerbszentrale.de/de/home/news/?id=3569> (consulta: 3 de enero de 2023).

WINNER, Martin, «La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: el Derecho europeo», entrada de blog disponible en <https://almacenederecho.org/la-regulacion-juridica-de-los-contratos-celebrados-a-traves-de-plataformas-el-derecho-europeo> (última consulta: 17 de diciembre de 2022).

WHITTAKER, Susan, «The relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and national contract Laws», en WEATHERILL y BERNIZ (Dirs.), *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29. New rules and new techniques*, Hart, Oxford, 2007.

WIPPER, Anna Kristine y GOFFIN, Marie Valentine, «Fake-Bewertungen vor dem Aus?», entrada de blog disponible en <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/uwg-unlauterer-wettbewerb-novelle-online-shopping-portale-betreiber-transparenz-verbraucherschutz-fake-bewertungen/> (última consulta: 7 de enero de 2023).

YE, Qiang *et al.*, «The impact of online user reviews on hotel room sales», *International Journal of Hospitality Management*, 28, 2009, artículo académico disponible en la dirección electrónica <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0278431908000546> (última consulta: 2 de febrero 2022).

ZAMBONI, Giulia, «Sentenza storica contro le recensioni false su *TripAdvisor*», entrada de blog disponible en <https://www.ilgiornaledelcibo.it/sentenza-recensioni-false-tripadvisor/> (última consulta: 20 de enero de 2023).

ZARRO, Mariacristina, «Online unfair commercial practices: a european overview», *The Italian Law Journal*, vol. 7, núm. 1, 2021, artículo académico disponible en la dirección electrónica <https://www.theitalianlawjournal.it/zarro/> (última consulta: 2 de febrero 2023).

ZENKE, Ines, HEYMANN, Tigran y HOCH, Holger, «Sektoruntersuchung Nutzerbewertungen des Bundeskartellamtes: das Fauchen des zahnlosen Tigers», entrada de blog disponible en <https://www.bbh-blog.de/alle-themen/wettbewerbs-und-kartellrecht/sektoruntersuchung-nutzerbewertungen-des-bundeskartellamtes-das-fauchen-des-zahnlosen-tigers/> (última consulta: 3 de enero de 2023).

La transición del Derecho de consumo hacia el paradigma de la economía circular

Guillem Izquierdo Grau
Universitat Autònoma de
Barcelona

Sumario

-

La Directiva (UE) 2019/771 derogó la Directiva 1999/44/CE e instauró un nuevo régimen para la conformidad de los bienes y los remedios en los contratos de compraventa concluidos entre un vendedor y un consumidor. La propia directiva prevé en su art. 24 que su transposición debía llevarse a cabo el día 1 de julio de 2021 y que la entrada en vigor de las normas de transposición se produciría el día 1 de enero de 2022. Tras un año de la aplicación del nuevo régimen jurídico la doctrina ha comenzado a plantearse cuáles deben ser los ejes de la futura revisión de la Directiva (UE) 2019/771 prevista para junio de 2024. El art. 25 de la Directiva ya prevé algunas materias que deben ser objeto de consideración en la futura reforma. No obstante, en aras a alcanzar los objetivos marcados por el legislador europeo en materia de sostenibilidad se está planteando una reforma más profunda, abarcando, también, algunos derechos de los consumidores reconocidos en la Directiva 2011/83/UE. El objetivo del presente trabajo es, pues, abordar el contenido de las Directivas 2011/83/UE y (UE) 2019/771 para impulsar el derecho contractual europeo hacia el paradigma de la economía circular.

Abstract

-

The Directive (EU) 2019/771 repealed Directive 1999/44/EC and introduced a new regime for the conformity of goods and remedies in sales contracts concluded by a sellers and consumers. Article 24 of the Directive provides that it was to be transposed by 1 July 2021 and that the entry into force of the transposition rules would be 1 January 2022. After one year of application of the new legal regime, the authors have begun to consider what should be the main lines of the future revision of Directive (EU) 2019/771 scheduled for June 2024. Article 25 of the Directive already provides for certain matters that should be considered in the future reform. However, in order to achieve the objectives set by the European legislator in terms of sustainability, a more in-depth reform is being considered, also covering some consumer rights recognised in Directive 2011/83/EU. The aim of this paper is therefore to address the content of Directives 2011/83/EU and (EU) 2019/771 in order to promote European contract law towards the paradigm of the circular economy.

Title: *The transition of consumer law towards the paradigm of the circular economy*

-

Palabras clave: falta de conformidad, reparación, sustitución, remedios contractuales, derecho de desistimiento, deberes de información precontractual, garantías, economía circular, Derecho de consumo, durabilidad, garantías legales.

Keywords: *lack of conformity, right to repair, replacement, contractual remedies, withdrawal right, information requirements, guarantees, circular economy, Consumer Law, durability, legal guarantees.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.05

2.2023

Recepción
03/01/2023

Aceptación
14/02/2023

Índice

-

1. *Introducción*

2. *La revisión de la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores*

- 2.1. Los derechos de información precontractual
 - a. Durabilidad
 - b. Reparabilidad, servicios posventa y piezas de recambio
 - c. Disponibilidad de actualizaciones
 - d. Algunas reflexiones sobre la idoneidad de la información precontractual
- 2.2. El derecho de desistimiento
 - a. ¿Qué hacemos con los bienes devueltos?
 - b. ¿Qué uso podemos hacer de los bienes durante el período de desistimiento?
 - c. ¿Deben interpretarse ampliamente las excepciones al ejercicio del derecho de desistimiento?
 - d. ¿Y si exigimos que el derecho de desistimiento se ejerza de buena fe? ¿Y con justificación?
 - e. ¿Debe asumir el consumidor todos o una parte de los costes de devolución?
- 2.3. Transporte y entrega de los bienes
- 2.4. Conclusiones

3. *La revisión de la Directiva (UE) 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes*

- 3.1. La durabilidad como criterio de la conformidad
- 3.2. El plazo de responsabilidad del vendedor: la garantía legal
- 3.3. La carga de la prueba
- 3.4. Los remedios contractuales
 - a. La reparación y la sustitución
 - b. ¿Cabe reiniciar el plazo de la garantía legal después de la reparación? ¿Y si la reparación fuera siempre exigible?
 - c. La previsión del mismo plazo de garantía para los bienes de sustitución usados o reacondicionados
 - d. Algunas reflexiones del Dieselgate: ¿Por qué se eliminó la referencia a la ilegalidad de la reparación o sustitución? ¿Es reconducible este supuesto al de la “imposibilidad jurídica”?
- 3.5. Especial referencia a los bienes de segunda mano
 - a. ¿Qué entendemos por bienes de segunda mano y bienes reacondicionados?
 - b. La limitación del período de responsabilidad del vendedor
 - c. La transmisión de las garantías a los ulteriores adquirentes
 - d. ¿Cabe aplicar el régimen de la conformidad y remedios a los contratos entre consumidores?
- 3.6. Conclusiones

4. *Bibliografía*

-

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

1. Introducción*

La Directiva 1999/44/CE¹ fue la primera directiva que la Unión Europea adoptó para armonizar los derechos nacionales en materia de falta de conformidad y sus remedios. Mediante la armonización del derecho contractual europeo se pretendía estimular el crecimiento de las compraventas transfronterizas con consumidores. Previendo un marco legal mínimamente armonizado -no olvidemos que la Directiva 1999/44/CE se apoyaba en el principio de armonización mínima- vendedores y consumidores tenían a su alcance un régimen jurídico común en todos los Estados miembros que dotaba de seguridad jurídica a las compraventas transfronterizas. Es por todo ello que la Directiva 1999/44/CE supuso un hito en la evolución del derecho contractual europeo.

Por tanto, los esfuerzos del legislador europeo se han centrado en el estímulo y fortalecimiento de la seguridad jurídica del comercio transfronterizo con consumidores, sin preocuparse por la sostenibilidad de tales directrices ni por el tránsito hacia el paradigma de la economía circular. Es decir, en las últimas décadas la preocupación del legislador europeo se ha centrado en crear un mercado común sin obstáculos que pudieran frenar el comercio transfronterizo. No obstante, la consecución y fortalecimiento del mercado común ha tenido como consecuencia el sacrificio de políticas tendentes a la mejora de la sostenibilidad del consumo.

En el interín, en 2011 la Unión Europea adoptó la Directiva 2011/83/UE², que armoniza los derechos de los consumidores en todos los Estados miembros de la unión. La Directiva 2011/83/UE consagra unos derechos básicos de los consumidores, como el derecho de información precontractual y el derecho de desistimiento. Asimismo, armoniza ciertas normas sobre la entrega de los bienes. El objetivo del legislador europeo no era otro que, en el mismo sentido de la Directiva 1999/44/CE, crear un régimen jurídico uniforme para evitar que la posible desigualdad entre los derechos de los consumidores de los diferentes Estados miembros pudiera disuadirles del comercio transfronterizo.

Sin embargo, a pesar de la consecución de los objetivos fijados para el crecimiento del comercio transfronterizo con consumidores el régimen jurídico instaurado ha dado lugar a unas externalidades que chocaban con la voluntad de la UE de transitar hacia el nuevo paradigma de la economía circular. La andadura hacia el nuevo paradigma de la economía circular se inició en el año 2015, cuando la Comisión Europea publicó su comunicación *Cerrar el Círculo: un plan de*

* El autor de este trabajo es profesor lector (tenure-eligible Serra Húnter) del Departamento de Derecho Privado de la Universitat Autònoma de Barcelona. Contacto: guillem.izquierdo@uab.cat

¹ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. «DOUEL» núm. 171, de 7 de julio de 1999. Tras más de 20 años de su entrada en vigor, en mayo de 2019 el Diario Oficial de la Unión Europea publicaba la nueva Directiva (UE) 2019/771. Esta directiva, que deroga la Directiva 1999/44/CE, sigue sus líneas básicas e instaura el principio de armonización máxima, precisamente para limitar, no sin pocas excepciones, la libertad de los Estados miembros en la transposición de la Directiva (UE) 2019/771 en los respectivos derechos nacionales. A mayor abundamiento, GÓMEZ POMAR, «El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *Indret*, núm. 4, 2019, pp. 1-7.

² Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. «DOUEL» núm. 304, de 22 de noviembre de 2011.

*acción de la UE para la economía circular*³. El documento fijaba las intenciones futuras de la Comisión Europea, que se resumen en un conjunto de principios: una estrategia de la UE para el plástico; un plan de innovaciones e inversiones para adaptar la base de la industria europea al nuevo régimen, el diseño de nuevos procedimientos de gestión de residuos para convertirlos en recursos; nuevos procedimientos de diseño y de producción circulares y, finalmente la capacitación de los consumidores. De acuerdo con el último principio mencionado, los consumidores se erigen en el nuevo paradigma como un grupo de sujetos que están llamados a contribuir activamente al tránsito hacia la economía circular.

Posteriormente, en el año 2020 la Comisión Europea reafirmó su compromiso y adoptó un *Nuevo Plan de acción para la economía circular. Por una Europa más limpia y más competitiva*. El documento prevé un conjunto de sectores sobre los cuales deben centrarse los esfuerzos de la UE para transitar hacia la economía circular. Uno de los ejes sobre los que se articula la intervención de la UE es el empoderamiento de los consumidores. Así, la comunicación dispone que la Comisión Europea *“propondrá una revisión de la legislación de protección de los consumidores de la UE que garantice que estos reciban, en el punto de venta, información fiable y pertinente sobre los productos que incluya datos sobre su vida útil y sobre la disponibilidad de servicios de reparación, piezas de recambio y manuales de reparación. La Comisión estudiará también la posibilidad de seguir reforzando la protección de los consumidores contra el «blanqueo ecológico» y la obsolescencia prematura y establecerá requisitos mínimos para las etiquetas o logotipos de sostenibilidad y las herramientas de información.*

Además, trabajará para establecer un nuevo «derecho a la reparación» y estudiará nuevos derechos sustantivos de carácter horizontal para los consumidores, como la disponibilidad de piezas de recambio, el acceso a servicios de reparación y, en el caso de las TIC y la electrónica, los servicios de actualización. En cuanto al papel que pueden desempeñar las garantías para ofrecer productos más circulares, la Comisión explorará también la posibilidad de introducir cambios con ocasión de la revisión de la Directiva 2019/771.⁴”

Para dar cumplimiento a los compromisos de la Unión Europea en materia de sostenibilidad la UE y, en consecuencia, ejecutar las iniciativas previstas en las anteriores comunicaciones, en el período de 2015 la Comisión Europea adoptó dos nuevas propuestas de Directivas⁵ que finalmente cristalizaron en las Directivas (UE) 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales⁶ y 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de

³ COMISIÓN EUROPEA., Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular, Bruselas, 2.12.2015 COM(2015) 614 final.

⁴ COMISIÓN EUROPEA., Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, Bruselas, 11.3.2020 COM(2020) 98 final.

⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, Bruselas, 9.12.2015 COM(2015) 635 final 2015/0288 (COD).

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, Bruselas 9.12.2015 COM/2015/0635 final - 2015/0288 (COD).

⁶ Directivas (UE) 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. «DOUEL» núm. L

mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE⁷.

Continuando por la senda hacia la economía circular actualmente se encuentra tramitándose una Propuesta de Directiva⁸ que modificará las Directivas 2005/29/CE⁹ y 2011/83/UE. Por lo que se refiere a esta última, la modificación trae causa en el fortalecimiento de los derechos precontractuales de los consumidores en materia de durabilidad y reparabilidad de los bienes¹⁰. La Propuesta de Directiva incluye algunas de las propuestas que habían sido destacadas por la doctrina para adaptar la Directiva 2011/83/UE a las exigencias marcadas en sostenibilidad y economía circular. No obstante, como se expondrá en este trabajo, se echa de menos una reforma de mayor envergadura que abarque otros puntos de la Directiva 2011/83/UE.

Por su parte, el art. 25 Directiva (UE) 2019/771 prevé su revisión para junio de 2024. El precepto, sin establecerlo expresamente, deja entrever que la revisión se encamina hacia el tránsito de la Directiva (UE) 2019/771 en el paradigma de la economía circular, sobre todo cuando hace referencia a la regulación de las compraventas de bienes de segunda mano, un campo que ha sido destacado como un sector del mercado con mucho potencial de crecimiento donde la sostenibilidad y la economía circular tienen un papel muy relevante. En estos momentos existen estudios y diversas aportaciones doctrinales sobre cuáles deberían ser los ejes de la futura revisión de la Directiva (UE) 2019/771, pero aún no existe una Propuesta de Directiva que nos permita valorar las futuras intenciones del legislador europeo. Sin embargo, ello no es óbice para discutir y presentar propuestas en aras a una futura revisión de la Directiva (UE) 2019/771.

136/1 de 22 de mayo de 2019. La directiva se refiere a las especialidades de la conformidad, garantías y remedios contractuales para los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Por tanto, en la medida que son bienes intangibles que se incorporan en un bien tangibles, no afectan a la sostenibilidad y, por tanto, dicha directiva no será objeto de estudio en este trabajo.

⁷ Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE. «DOUEL» núm. L 136/28 de 22 de mayo de 2019.

⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información, Bruselas, 30.3.2022 COM(2022) 143 final 2022/0092(COD). Con las medidas de ajuste que se contienen en la propuesta de directiva los beneficios para los consumidores se traducen en un aumento de su capacidad de ahorro. Asimismo, la reforma que se propone también comporta unos beneficios para las empresas porque no tendrán que adaptar sus prácticas comerciales que inducen a error a los consumidores a las prácticas de otras empresas que sean verdaderamente sostenibles. Además, se prevé un impacto positivo de medio millón de euros para cada Estado miembro.

⁹ 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, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») «DOUEL» núm. L 149/22, de 11 de junio de 2005.

¹⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información, Bruselas, 30.3.2022 COM(2022) 143 final 2022/0092(COD).

En síntesis, en el estado actual de la cuestión, la intervención de la UE se centra en dos grandes bloques. Un primer grupo de medidas afectan al Derecho contractual europeo, un campo donde las Directivas 2011/83/UE y 2019/771 ocupan una posición prominente. Asimismo, el tránsito hacia el paradigma de la economía circular también debe completarse con una revisión de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005. Las afirmaciones ecológicas que realizan las empresas pueden influir decisivamente en el comportamiento de los consumidores y determinadas afirmaciones sobre la durabilidad, la reciclabilidad y el contenido reciclado de un producto que aparecen reflejadas en el etiquetado pueden constituir una práctica desleal. Por esta razón, debe emprenderse el tránsito hacia el paradigma de la economía circular también observando el comportamiento de las empresas en el mercado y restringiendo aquellas conductas que constituyen prácticas desleales. En este sentido, la Propuesta de Directiva publicada en 2022 también pone el foco regulatorio en la modificación de la Directiva 2005/29/CE.

No obstante, se advierte al lector que en este trabajo no encontrará una exposición y estudio de la futura reforma de la Directiva 2005/29/CE. A los efectos de dar al trabajo coherencia interna solamente se abordan las medidas que requieren las Directivas 2011/83 y 2019/771 en aras al tránsito hacia el paradigma de la economía circular. Son las directivas sobre las que la doctrina ha puesto el foco de atención desde la perspectiva del derecho contractual de consumo europeo y, por tanto, se prescinde del tratamiento de la Directiva 2005/29/CE, que se ocupa de las prácticas desleales en la contratación con consumidores, una materia íntimamente relacionada con el Derecho de la competencia.

2. La revisión de la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores

La Directiva 2011/83/UE supuso un punto de inflexión en el derecho contractual europeo y, en particular, en el derecho de consumo. Mediante el principio de armonización máxima el legislador europeo dispuso un conjunto de derechos comunes para todos los consumidores de la Unión Europea, entre los cuales destacan los derechos de información precontractual y el derecho de desistimiento. El primero de ellos pretende asegurar que antes de contratar un bien o un servicio el consumidor tenga conocimiento de sus características más importantes (arts. 5 y 6 Directiva 2011/83/UE). El segundo tiene por objeto facilitar que el consumidor pueda desligarse de la contratación del bien o servicio dentro del plazo de 14 días sin tener la necesidad de alegar las causas que lo han llevado a desistir *ad nutum* (arts. 9 a 16 Directiva 2011/83/UE).

Las razones que motivaron la adopción de la directiva estaban estrechamente vinculadas con la necesidad de crear un marco jurídico uniforme en todos los Estados de la Unión que garantizara la seguridad jurídica en la contratación con consumidores. Por tanto, en el contexto en que se adoptó la Directiva 2011/83/UE el legislador europeo no tuvo en consideración las implicaciones medioambientales de la nueva legislación. Basta con leer los considerandos de la propia directiva para comprobar que no existen referencias a esta cuestión.

En aras de iniciar la transición ecológica del derecho de consumo ya sabemos que en marzo de 2022 la Comisión europea hizo pública la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al

empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información precontractual. Actualmente la propuesta de Directiva está siguiendo el trámite parlamentario previo a su adopción¹¹. Del articulado de la propuesta se desprende que la transición ecológica del derecho de consumo europeo es una prioridad para el legislador europeo y que, en términos económicos, la futura directiva supondría un bienestar para los consumidores de 1.000 millones de euros anuales durante 15 años¹².

A continuación, procedemos a abordar los ejes fundamentales de la reforma que pivota, fundamentalmente, sobre los derechos de información precontractual de los consumidores.

2.1. Los derechos de información precontractual

Los deberes de información precontractual del empresario fueron introducidos por la Directiva 2011/83/UE y constituyen un elemento fundamental para que el consentimiento del consumidor se forme correctamente antes de que quede vinculado contractualmente.

El considerando n.º 22 de la Propuesta de Directiva justifica la necesidad de modificar la Directiva 2011/83/UE en aquello relativo a los deberes de información precontractual. En este sentido, se pretende obligar a los empresarios a informar sobre la durabilidad de los bienes en la garantía comercial, la reparabilidad de los mismos y la disponibilidad de actualizaciones de los bienes con elementos digitales (art. 2.5.b) Directiva (UE) 2019/771), para que los consumidores se conviertan en uno de los actores en la transición ecológica, estimulando el suministro de bienes más duraderos. El incremento de los deberes de información precontractual ya había sido reclamado, pues es en este punto del iter contractual donde el consumidor, dependiendo de la información que se le proporciona, puede promover el suministro de bienes más duraderos¹³. El art. 2 de la Propuesta de Directiva concentra la modificación que debe realizarse sobre la Directiva 2011/83/UE que puede desglosarse en los siguientes puntos.

a. Durabilidad

Uno de los instrumentos clave para estimular el suministro de bienes y productos más duraderos es la garantía comercial (art. 17 Directiva (UE) 2019/771). Es a través de esta garantía que el productor puede responder frente al consumidor por un plazo superior al de la garantía legal de los bienes (dos años, según el art. 10.1 Directiva (UE) 2019/771, sin perjuicio de que se pueda

¹¹ Actualmente se están produciendo las deliberaciones en el seno del Consejo, una vez emitido el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo.

¹² Con las medidas de ajuste que se contienen en la propuesta de directiva los beneficios para los consumidores se traducen en un aumento de su capacidad de ahorro. Asimismo, la reforma que se propone también comporta unos beneficios para las empresas porque no tendrán que adaptar sus prácticas comerciales que inducen a error a los consumidores a las prácticas de otras empresas que sean verdaderamente sostenibles. Además, se prevé un impacto positivo de medio millón de euros para cada Estado miembro.

¹³ KEIRSBILCK/TERRYN/MICHEL/ALONGA, *Sustainable Consumption and Consumer Protection Legislation. How can sustainable consumption and longer lifetime of products be promoted through consumer protection legislation?*, European Parliament. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies, 2020, pp. 1-27.

ampliar hasta los tres años en la legislación de transposición de los Estados miembros, como ha sido el caso de España¹⁴).

Antes de que el consumidor quede vinculado contractualmente la Propuesta de Directiva prevé que debe ser informado sobre la existencia de la garantía de durabilidad (considerando n.º 23 Propuesta de Directiva), y por ello se prevé modificar los arts. 5 y 6 Directiva 2011/83/UE para ampliar los deberes de información precontractual del empresario. No obstante, el tenor literal del considerando n.º 23 de la Propuesta de Directiva acaba disponiendo que sólo será exigible dicha información cuando el productor la facilite. Parece que el cumplimiento del deber de informar sobre la existencia de la garantía comercial queda en las manos del productor, quien puede no revelar esta información al vendedor. Por este motivo considero que sería oportuno obligar a los productores a informar sobre este extremo a los vendedores para que los consumidores fueran informados de su derecho en todas las contrataciones de bienes y servicios. Asimismo, la Propuesta de Directiva sí que establece este deber con carácter obligatorio para los “bienes que consumen energía”. Se trata de un nuevo precepto que es definido por la propia Propuesta de Directiva, cuya definición se integrará en el art. 2 Directiva (UE) 2011/83, que son los bienes cuya durabilidad es la que más preocupa a los consumidores (considerando n.º 24 Propuesta de Directiva)¹⁵.

Me sorprende esta diferencia de tratamiento de los deberes legales de los productores en función de la naturaleza del bien contratado y desconocemos las razones que lo motivan. Quizá la razón se encuentra en la menor durabilidad de estos bienes por el deterioro de las baterías de alimentación, porque son los bienes que más interés despiertan en los consumidores por la amplia gama de servicios que prestan y porque son más costosos que otros tipos de bienes. Sin embargo, a pesar de que puedan existir razones para dar un trato privilegiado a los productores de determinados tipos de bienes, la Propuesta de Directiva no explica estos motivos y sería deseable una aclaración al respecto.

b. Reparabilidad, servicios posventa y piezas de recambio

Otro de los elementos novedosos que incorpora la Propuesta de Directiva es la obligación de informar sobre la “puntuación de reparabilidad”. Se trata de un nuevo concepto que la Propuesta de Directiva quiere incluir dentro del art. 2 Directiva (UE) 2011/83 y que se define como la aptitud del bien para ser reparado, basada en un método establecido de conformidad con el derecho de la Unión Europea (art. 2 Propuesta de Directiva). La Propuesta de Directiva no incluye un anexo o la remisión a otra normativa sectorial para calcular la puntuación de reparabilidad, por lo que debemos esperar a la aprobación definitiva de la futura directiva para valorar esta cuestión. Sería deseable que la puntuación de reparabilidad se estableciera conforme a unos criterios comunes y uniformes para todos los Estados miembros a los efectos de no confundir a los consumidores. Lo que está claro es que lo que pretende el legislador europeo es informar a los consumidores sobre

¹⁴ Para una exposición de la transposición de la Directiva (UE) 2019/771 en España, BARBER CÁRCAMO, «Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿El inicio de un nuevo régimen?», *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2022, pp. 141-186.

¹⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información, Bruselas, 30.3.2022 COM(2022) 143 final 2022/0092(COD). «3 bis) "bien que consume energía": todo bien que depende del insumo de energía (electricidad, combustibles fósiles y fuentes de energía renovables) para funcionar según lo previsto;»

la facilidad que tiene un bien de ser reparado y que tal información influya en su comportamiento previo a la contratación, favoreciendo el suministro de bienes más sostenibles.

Asimismo, la Propuesta de Directiva incluye la obligación de informar, en general, sobre la existencia de servicios posventa y, en particular, sobre servicios de reparación y las condiciones de estos servicios (Considerando n.º 32 Propuesta de Directiva). Posteriormente, el mismo considerando establece que cuando no se haya establecido la puntuación de reparabilidad, los vendedores deberán facilitar a los consumidores información sobre la disponibilidad de piezas de recambio y un manual de usuario y de reparación. Del tenor literal del considerando n.º 32 Propuesta Directiva se desprende que el legislador europeo configura este deber de información dando prioridad a la publicación de la puntuación de reparabilidad y, en su defecto, el suministro de información sobre la disponibilidad de piezas de recambio y el manual de usuario y de reparación. Considerando que son elementos del deber de información precontractual que no son excluyentes, pues se puede informar sobre la puntuación de reparabilidad, la existencia de piezas de recambio y el manual de usuario y de reparación, quizá el legislador europeo está concibiendo de tal forma el deber de información como una sanción para el comerciante que no informa sobre la puntuación de reparabilidad. Es decir, si dificulta que el consumidor pueda contratar fundadamente mediante la no publicación de la puntuación de reparabilidad, su deber de información se verá agravado porque tendrá que facilitar información más sensible sobre el bien¹⁶.

c. Disponibilidad de actualizaciones

Las actualizaciones son fundamentales para que los bienes con elementos digitales sigan siendo conformes con el contrato de compraventa. En este sentido, las actualizaciones pueden mejorar y reforzar el elemento del bien constituido por contenidos o servicios digitales, ampliar sus funcionalidades, adaptarlo a los avances técnicos, protegerlo frente a las nuevas amenazas para la seguridad o servir a otros fines (considerando n.º 28 Directiva (UE) 2019/771). Por tanto, en la medida que las actualizaciones de los elementos digitales pueden afectar a la durabilidad y funcionalidad del bien, la Propuesta de Directiva dispone que debe informarse al consumidor sobre el plazo de tiempo durante el cual recibirá actualizaciones (considerando n.º 29 Propuesta de Directiva). No obstante, para no abrumar al consumidor con tanta información se dispone que dicha información sólo deberá suministrarse cuando el suministro de actualizaciones de los elementos digitales sólo tenga lugar en un único acto y cuando el plazo sea superior al de la garantía comercial de durabilidad, que debe ser superior a dos años (art. 2 Propuesta de Directiva).

¹⁶ WIENS, Using copyright to keep repair manuals secret undermines circular economy, THE GUARDIAN, (Dic. 20, 2013), <https://www.theguardian.com/sustainable-business/copyright-law-repair-manuals-circulareconomy>. Según el autor, los productores están invocando sus derechos de propiedad intelectual sobre los manuales de usuario o de reparación para no facilitarlos a los consumidores. En Estados Unidos algunos estados han aprobado normas que pretenden conciliar, por un lado, los derechos de los consumidores a que el bien sea reparado y, por otro lado, los derechos de propiedad intelectual de los productores, preservando información sobre su negocio que no sea necesaria para reparar el bien. En este sentido, SCHUELLER, Who has the Right to Repair?, FLEET MAINTENANCE (Feb. 12, 2018), <https://www.fleetmaintenance.com/in-the-bay/diagnostic-and-repair/article/20989863/who-has-the-right-to-repair>. MAK, TERRY, «Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law», *Journal of Consumer Policy*, núm. 43, 2019, pp. 238.

Sin duda alguna, la ampliación del deber de información precontractual del vendedor para incluir información sobre las actualizaciones es bienvenida. Sin embargo, las actualizaciones también pueden acabar afectando a la funcionalidad del bien con elementos digitales, dado que el bien dispondrá durante toda su vida útil del mismo *hardware*, pero tendrá que desarrollar sus funciones con *software* cada vez más sofisticados. Por esta razón algún autor se ha planteado la posibilidad de reiniciar el plazo de la garantía legal después del suministro de la actualización de los contenidos digitales¹⁷.

d. *Algunas reflexiones sobre la idoneidad de la información precontractual*

El objetivo de los deberes de información precontractual no es otro, como se ha comentado, que el consumidor tenga conocimiento de determinadas características del bien o servicio contratado y del empresario. No obstante, a pesar del loable propósito del legislador europeo se ha criticado la eficacia de los tales deberes de información¹⁸. El consumidor en muchas ocasiones no lee, entiende o conoce la información que se le está suministrando. Por tanto, la eficacia de tales deberes que se imponen al empresario es discutida. La eficacia de la información precontractual sobre sostenibilidad aún es controvertida, pues existe algún estudio que pone de manifiesto que dicha información no tiene un efecto importante en la mayoría de consumidores y que dicha información sólo es útil para un grupo reducido de consumidores que es sensible a esta materia¹⁹. No obstante, otro estudio pone de manifiesto que hubo un incremento de más de un 10% en las compras de bienes y productos sostenibles debidamente identificados como tales²⁰. En todo caso, a pesar de la controvertida eficacia de los deberes de información en general y de la información sobre sostenibilidad de los productos en particular, la Propuesta de Directiva incluye el reforzamiento de estos deberes.

El reforzamiento de los deberes de información precontractual es bienvenido en aras a la transición del Derecho de consumo hacia la economía circular porque permite que los consumidores, un grupo de sujetos que están llamados a asumir un papel fundamental en esta materia, sean más sensibles en cuestiones de sostenibilidad. No obstante, el legislador europeo podría dar un paso más decisivo y conducir el comportamiento de los consumidores hacia patrones de consumo más sostenibles a través de los conocidos como empujones verdes o *green nudges*²¹. Se trataría, en general, de fomentar un consumo más sostenible condicionando el

¹⁷ SOTO PINEDA, «Reflexiones acerca de las posibles incompatibilidades de la obsolescencia programada con el sistema de defensa de los consumidores», *Actualidad Civil*, núm. 6, 2015, p. 9.

¹⁸ BEN-SHAHAR/SCHNEIDER, *More than you wanted to know. The Failure of Mandate Disclosure*, Princeton University Press, Princeton, 2014. LOEWENSTEIN, SUNSTEIN/GOLMAN, «Disclosure: Psychology Changes Everything», *Annual Reviews Economics*, núm. 6, 2014, pp. 391-419.

¹⁹ O'ROURKE/RINGER, «The Impact of Sustainability Information on Consumer Decision Making», *Journal of Industrial Ecology*, vol. 20, núm. 4, 2015, pp. 882-892.

²⁰ COMISIÓN EUROPEA, «Consumer testing of alternatives for communicating the Environmental Footprint profile of products», 2019, disponible en https://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/pdf/2019_EF_commtest_report.pdf.

²¹ Para los *nudges* en general, KENDALL, «Nudge – Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness», *Sustainability Accounting, Management and Policy Journal*, vol. 1, núm. 1, 2010, pp. 106-112. ALEMANNI/SIBONY, *Nudge and the Law: A European Perspective*, Hart Publishing, Londres, 2015. Sobre los *green nudges*, SCHUBERT, «Green nudges: Do they work? Are they ethical?», *Ecological Economics*, núm. 132, 2017, pp. 329-342. OECD, *Tackling Environmental Problems with the Help of Behavioural Insights*, <https://read.oecd-ilibrary.org/environment/tackling-environmental-problems-with-the-help-of-behavioural->

comportamiento de los consumidores. Por ejemplo, cuando el consumidor debe escoger la modalidad de entrega el empresario tendría que informarle sobre la existencia de opciones más sostenibles y empujarlo al ejercicio de la opción más sostenible. De esta forma, se materializarían los deberes de información precontractual en materia de sostenibilidad en los comportamientos que adoptan los consumidores en el mercado. Es decir, el empresario no cumpliría su deber abrumado al consumidor con información que, como se ha expuesto, en muchos casos no consigue el efecto deseado, sino que tal información tendría una traducción práctica permitiendo al consumidor optar por un sistema de entrega más sostenible.

2.2. El derecho de desistimiento

Al costado de los deberes de información precontractual, el derecho de desistimiento que asiste a los consumidores es otro de los pilares de la Directiva 2011/83/UE. Su reconocimiento se debe, fundamentalmente, a la voluntad del legislador comunitario de promover las contrataciones entre empresarios y consumidores transfronterizas o a distancia. En este tipo de contrataciones el consumidor no puede examinar el bien de la misma forma como si estuviera en el establecimiento comercial del vendedor. Se les reconoce el derecho a desistir si, después de recibir el bien, no es como se esperaba (considerando n.º 37 Directiva (UE) 2011/83). De esta forma se compensa la asimetría contractual en la contratación electrónica, habida cuenta que una vez el consumidor recibe el bien lo puede examinar y valorar²². Sin embargo, existen aplicaciones que permiten una visualización más detallada del producto (escáner en 3D del producto) e incluso existen aplicaciones para diseñar un avatar para comprobar la conformidad del producto antes de comprarlo²³.

Como consecuencia del estímulo de la contratación transfronteriza actualmente los contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento representan el 61% de los envíos transfronterizos, lo que conlleva un incremento de las externalidades asociadas al ejercicio de este derecho (contaminación atmosférica, congestión del tráfico, gestión de los bienes devueltos y residuos etc) y, en este sentido, el derecho de desistimiento, tal y como se encuentra regulado, puede incrementar los costes medioambientales, puesto que además de los costes asociados al envío del producto, en ejercicio de este derecho el bien es devuelto al establecimiento del empresario²⁴. Además, la crisis sanitaria del COVID-19 ha incrementado el comercio electrónico, por lo que se ha puesto el foco en este derecho²⁵.

La regulación actual del derecho de desistimiento es sumamente protectora para los consumidores²⁶, pues es un derecho que no puede derogarse por estar sometido al principio de

[insights_9789264273887-en#page5](#). DEMARQUE/CHARALAMBIDES/HILTON/WAROQUIER, «Nudging sustainable consumption: The use of descriptive norms to promote a minority behavior in a realistic online shopping environment», *Journal of Environmental Psychology*, núm. 43, 2015, pp. 166-174.

²² REKAITI/VAN DER BERGH, «Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach» *Journal of Consumer Policy*, vol. 23, núm. 4, 2000, pp. 379-381.

²³ Por ejemplo, <https://www.shavatar.me/> y <https://sizer.me/>.

²⁴ OLÁH/KITUKUTHA/HADDAD/PAKURÁR/MÁTÉ/POOP, «Achieving Sustainable E-Commerce in Environmental, Social and Economic Dimensions by Taking Possible Trade-Offs» *Sustainability*, vol. 11, núm. 1, 2018, p. 2.

²⁵ KEIRSBILCK/TERRY/N/MICHEL/ALONGA, *Sustainable Consumption and Consumer Protection Legislation. How can sustainable consumption and longer lifetime of products be promoted through consumer protection legislation?*, p. 20.

²⁶ TERRY/N/VAN GOOL, «The role of European consumer regulation in shaping the environmental impact of e-commerce», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 10, núm. 3, 2021, pp. 95-96. Los autores destacan que las empresas dan aún más facilidades a los consumidores para el ejercicio del derecho de desistimiento. Por

armonización máxima y, además, los consumidores pueden ejercitarlo sin necesidad de motivar la causa por la que devuelven el bien, se ejerce sin cargo alguno (el art. 13 Directiva 2011/83/UE impone los costes de devolución al vendedor)²⁷, y pueden usar el bien antes de que finalice el plazo de 14 días para el ejercicio de este derecho conforme a su *naturaleza, las características o el funcionamiento de los bienes* (art. 14.2 Directiva 2011/83/UE).

La Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE no incluye ninguna propuesta de reforma de la Directiva 2011/83/UE en el sentido de modificar la actual regulación del derecho de desistimiento para adaptarla a los objetivos de la transición ecológica. Me parece que en este punto el legislador europeo quiere anteponer la protección del consumidor a los objetivos medioambientales. A continuación, abordamos las propuestas que ha ofrecido la doctrina para alinear el derecho de desistimiento con los objetivos de la transición ecológica.

a. ¿Qué hacemos con los bienes devueltos?

La consecuencia inmediata que conlleva el ejercicio del derecho de desistimiento es la resolución del contrato y, consiguientemente, la restitución de las prestaciones. En este sentido, el consumidor devuelve los bienes comprados al empresario sin coste alguno. Según algunos estudios las devoluciones representan entre el 7% y el 20% del comercio electrónico, en función de la categoría de los bienes²⁸. Por tanto, la pregunta que nos planteamos es qué debemos hacer con los productos devueltos. Una salida que están dando las empresas a estos bienes es el mercado de segunda mano con sustanciales descuentos. No obstante, algunos estudios apuntan a que estos bienes son destruidos, donados a organizaciones benéficas o bien son vendidos a recicladores industriales²⁹.

Ante la falta de una regulación sobre el destino de los bienes devueltos por los consumidores en ejercicio de su derecho de desistimiento una posible alternativa sería obligar a los empresarios a revenderlos en el mercado de bienes de segunda mano con descuentos atractivos, siempre que el bien pudiera ser revendido en las condiciones que lo devuelve el consumidor, es decir, sin pasar por un proceso de reforma o reacondicionamiento que podría encarecerlo en contra del objetivo que se persigue, que es su reintroducción en el mercado, o también imponer la sustitución de los

ejemplo, se admite la devolución del bien, aunque el consumidor lo devuelva sucio sin que pueda revenderse o incluso pagan anticipadamente los costes del reenvío. Existe una competencia feroz entre las empresas para ganarse a los consumidores, evitando valoraciones negativas que repercutan en su reputación.

²⁷ SIMON, «Limits of EU citizens' capacity for sustainable consumption», *EELF Annual Conference 2021*, Bournemouth University, 2021. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=VA9TWGHONgs>. A los efectos de armonizar los derechos de los consumidores con los objetivos de la transición economía circular no han faltado voces que reclaman que los cargos asociados a la devolución del bien sean satisfechos por el consumidor. De esta forma, su decisión de compra sería más meditada.

²⁸ ECOMMERCE FOUNDATION, «Ecommerce Benchmark & Retail Report 2016», 2016, disponible en <https://www.ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2016/06/Ecommerce-Benchmark-Retail-Report-2016.pdf>. SENDCLOUD, The state of e-commerce returns in 2022 and beyond, <https://www.sendcloud.com/state-of-ecommerce-returns-and-beyond/>. El estudio demuestra que las devoluciones aumentaron en el año 2021 en Estados Unidos y que la tendencia se mantendrá en los próximos años. En Estados Unidos se estima que en 2021 las devoluciones representaron el 10% de las transacciones, con un coste estimado de 101 billones de dólares. DOPSON, Elise, The Plague of Ecommerce Return Rates and How to Maintain Profitability, SHOPIFY (Ag. 25, 2021), <https://www.shopify.com/enterprise/ecommerce-returns>.

²⁹ TERRY/VAN GOOL, «The role of European consumer regulation in shaping the environmental impact of e-commerce», p. 95.

bienes no conformes con bienes usados o reacondicionados, posibilidad que se abordará más adelante.

b. *¿Qué uso podemos hacer de los bienes durante el período de desistimiento?*

Durante el período de ejercicio del derecho de desistimiento el consumidor puede hacer un uso de bien conforme a la naturaleza, las características y el funcionamiento de los bienes (art. 14.2 Directiva 2011/83/UE). El considerando n.º 47 Directiva 2011/83/UE explica cómo debe interpretarse el precepto y nos dice que el uso que puede hacer el consumidor de los bienes durante este período no puede ser más amplio que el que podría hacer en el establecimiento mercantil cuando se prueba el bien. No obstante, el mismo considerando establece que, aunque el consumidor se exceda en el uso del bien durante el período de desasimiento no se ve privado de este derecho, sino que será responsable de la pérdida de su valor³⁰. No obstante, la práctica ha demostrado que los consumidores, a pesar de usar el bien más de lo debido, lo devuelven en el establecimiento del empresario sin más consecuencias. Es decir, los empresarios por no generar una impresión negativa en los consumidores limitando su derecho de desistimiento no les imponen los costes de la depreciación del producto³¹.

Para poner fin a esta situación el legislador europeo en ejercicio de sus competencias podría impedir que las empresas dieran un trato más favorable a los consumidores que el prevenido en la propia Directiva y, de esta forma, velar por la salvaguarda de los principios consagrados en el considerando n.º 47 Directiva 2011/83/UE. Además, si se trata de conseguir que las compras de los consumidores sean más razonadas y motivadas y, de esta forma, evitar la compraventa compulsiva de bienes y contrarias a la buena fe, también podría eliminarse la posibilidad de ejercitar el derecho de desistimiento si a la vista del producto devuelto no existen dudas que el consumidor ha extralimitado en su uso, sobrepasando el uso que haría del mismo en una tienda.

c. *¿Deben interpretarse ampliamente las excepciones al ejercicio del derecho de desistimiento?*

El art. 16 Directiva 2011/83/UE establece un conjunto de excepciones al ejercicio del derecho de desistimiento, excepciones que se justifican por la naturaleza del bien o servicio contratado (considerando n.º 49 Directiva 2011/83/UE). El TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la excepción del art. 16.e) Directiva 2011/83/UE en el caso C-681/17, de 27 de marzo de 2019³². En este caso el TJUE determina que el uso de un colchón después de haber sido desprecintado no impide el ejercicio del derecho de desistimiento porque el colchón puede ser tratado con productos de limpieza y desinfección para ser utilizado nuevamente por un tercero.

³⁰ COMISIÓN EUROPEA, «Study on the application of the Consumer Rights Directive 2011/83/EU», 2017, disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6f790c9e-a7e6-11e7-837e-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>. Los empresarios han manifestado las dificultades para calcular el deterioro del bien.

³¹ TERRY/N/VAN GOOL, «The role of European consumer regulation in shaping the environmental impact of e-commerce», p. 96.

³² Sentencia de 27 de marzo de 2019, slewo — schlafen leben wohnen GmbH/Sascha Ledowski, C-681/17, ECLI:EU:C:2019:255.

Existen algunos autores que ha criticado la interpretación de las excepciones al derecho de desistimiento que está haciendo el TJUE en clave ambiental³⁵. No obstante, una interpretación como la que proponen aquellos autores también podría ser criticada. Si impedimos al consumidor el ejercicio de su derecho de desistimiento en casos como el enjuiciado quizá le aboquemos a comprar otro producto en sustitución del originario. Asimismo, los presupuestos del ejercicio del derecho de desistimiento son muy diferentes a los del saneamiento por falta de conformidad, por lo que no acabamos de compartir una interpretación amplia de las excepciones al ejercicio del derecho de desistimiento.

d. *¿Y si exigimos que el derecho de desistimiento se ejerza de buena fe? ¿Y con justificación?*

La legislación sumamente proteccionista de los consumidores ha dado lugar a que estos lleven a cabo prácticas contrarias a la buena fe. Por ejemplo, son conocidos los casos de consumidores que compran la misma pieza de ropa de diferentes colores o de diferentes tallas y luego devuelven las que no les gustan o no son de su talla³⁴. La razón por la que se producen dichas prácticas es porque la Directiva 2011/83/UE no exige que el derecho de desistimiento tenga que ejercitarse de buena fe³⁵. Además, los tribunales nacionales no podrían impedir el ejercicio del derecho de desistimiento que no es ejercitado de buena fe porque la Directiva 2011/83/UE no lo prevé³⁶. En este sentido, está claro que el art. 7 CC impone que los derechos han de ejercitarse siempre de buena fe, pero el TJUE ha establecido que la aplicación de una norma nacional no puede menoscabar la plena eficacia y la aplicación uniforme de las disposiciones comunitarias.

En la práctica algunas empresas están vetando a consumidores que devuelven recurrentemente los productos que compran, sin informarles de ello³⁷. Existen algunos autores que no se oponen a esta práctica, pero exige transparencia e información a los consumidores para que tengan conocimiento de las consecuencias de las compras y devoluciones compulsivas³⁸.

³⁵ TERRY/VAN GOOL, «The role of European consumer regulation in shaping the environmental impact of e-commerce», p. 98.

³⁴ ROSENBAUM/KUNTZE, «Looking good at the retailer's expense: investigating unethical retail disposition behavior among compulsive buyers», *Journal of Retailing and Consumer Services*, núm. 12, 2005, pp. 217-225. HJORT/LANTZ, «The impact of returns policies on profitability: A fashion e-commerce case», *Journal of Business Research*, núm. 69, 2016, pp. 4980-4985.

³⁵ LOOS, B. M, «Rights of Withdrawal», Centre for the Study of European Contract Law. Working Paper Series, núm. 4, 2009, pp. 15-17.

³⁶ Sentencia de 12 de mayo de 1998, Alexandros Kefalas y otros/Elliniko Dimosio (Estado helénico), C-367/96, ECLI:EU:C:1998:222, apartados 21 y 22. *“Por consiguiente, no puede considerarse contrario al ordenamiento jurídico comunitario que los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen una norma nacional, como la del artículo 281 del Código Civil helénico, para apreciar si un derecho derivado de una disposición comunitaria se ejerce de forma abusiva. [...] no obstante, que la aplicación de una norma nacional de dicha naturaleza no puede menoscabar la plena eficacia y la aplicación uniforme de las disposiciones comunitarias en los Estados miembros (véase la sentencia Pafitis y otros, antes citada, apartado 68). En especial, al efectuar la apreciación del ejercicio de un derecho derivado de una disposición comunitaria, los órganos jurisdiccionales no pueden modificar su alcance ni poner en peligro los objetivos por ella perseguidos.”*

³⁷ CLARK, Amazon and Waitrose ban customer for complaints and returning too much, THE GUARDIAN (Ag. 13. 2022), <https://www.theguardian.com/money/2022/aug/13/amazon-waitrose-customer-banned-complaints-returning-too-much>.

³⁸ TERRY/VAN GOOL, «The role of European consumer regulation in shaping the environmental impact of e-commerce», p. 98.

Como es sabido, el derecho de desistimiento se ejerce *ad nutum*, es decir, sin necesidad de que el consumidor alegue alguna causa que justifique la restitución de las prestaciones y la resolución del contrato. Por ello, nos podríamos plantear si el hecho de exigir el ejercicio motivado del derecho sería una opción viable en clave medioambiental. Y considero que no es una opción a tener en cuenta por las dificultades que entraña su aplicación. No puede elaborarse un catálogo de causas que justifiquen el ejercicio del derecho de desistimiento, similar al listado de criterios para determinar la conformidad de un bien (arts. 5, 6, 7, 8 y 9 Directiva (UE) 2019/771). Si el consumidor no fuera capaz de señalar una causa para el ejercicio del derecho de desistimiento sólo podría resolver el contrato si concurre una falta de conformidad y los presupuestos de ambas instituciones son muy distintos, tal y como he apuntado. Además, otro problema que podría presentarse es de índole probatoria. Aunque el consumidor señalase una causa que ampare el ejercicio del derecho de desistimiento, podría no ser verdad y no habría modo alguno de probar que el ejercicio del derecho de desistimiento se ha realizado correctamente.

e. *¿Debe asumir el consumidor todos o una parte de los costes de devolución?*

La asunción de una parte de los costes de devolución del bien por parte del consumidor podría repercutir en una reducción del porcentaje de devoluciones, con las externalidades positivas que esta medida comportaría (gestión de los bienes devueltos, reciclaje del embalaje, costes de transporte, etc). A pesar de que la legislación de consumo de la Unión Europea trata de equiparar los derechos y deberes de los consumidores y empresarios, en esta materia parece que el coste de los derechos de los consumidores es asumido íntegramente por los empresarios, quienes a su vez repercuten los costes al resto de consumidores con un aumento de precio de bienes y productos³⁹. Por tanto, me planteo la posibilidad de que el consumidor asuma una parte de los costes de devolución para desincentivar las compras compulsivas. Una medida de este tipo no me parece desacertada, pues salvando las grandes diferencias que existen entre el derecho de desistimiento y la falta de conformidad, la sentencia de 16 de junio de 2011, Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer y Ingrid Putz/ Medianess Electronics GmbH, C-65/09 y C-87/09, ya determinó la imposición de una parte de los costes de la sustitución del bien al consumidor cuando fuera el único remedio posible para subsanar la falta de conformidad y comportase elevados costes para el vendedor⁴⁰.

2.3. Transporte y entrega de los bienes

De conformidad con el considerando n.º 51 Directiva 2011/83/UE, no compete a la Unión establecer normas sobre el lugar y las modalidades de entrega de los bienes. El art. 18 Directiva 2011/83/UE dispone que los bienes serán entregados a los consumidores sin ninguna demora indebida y en el plazo máximo de 30 días. Si el empresario no cumple con el plazo de entrega acordado o en el plazo máximo de 30 días el consumidor está obligado a dar al empresario un plazo adicional para que pueda cumplir su obligación de entrega. En caso de una nueva frustración de la entrega el consumidor puede resolver el contrato. Por tanto, las modalidades de entrega de los bienes y el lugar donde debe cumplirse la obligación es una cuestión que depende de los derechos nacionales.

³⁹ BEN-SHAHAR/POSNER, «The Right to Withdraw in Contract Law», *The Journal of Legal Studies*, vol. 40, núm. 1, 2011, pp. 144-145.

BEN-SHAHAR/BAR-GILL, «Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law», *Common Market Law Review*, núm. 50, 2013, pp. 120-126.

⁴⁰ Sentencia de 16 de junio de 2011, Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer y Ingrid Putz/ Medianess Electronics GmbH, C-65/09 y C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396.

Existen Estados miembros que han introducido algunas reglas para que el transporte y la posterior entrega de los bienes sea más sostenible. Es el caso de Bélgica, que está estudiando regular la última fase del proceso de entrega de los bienes (*last mile*), promoviendo la recogida de los bienes por los propios consumidores en un punto de entrega (*pick-up point*), en lugar de la entrega a domicilio (*home delivery*)⁴¹. Existen algunos estudios que revelan que la entrega del bien en un punto de recogida reduce el ejercicio del derecho de desistimiento y el número de devoluciones⁴². Además, las emisiones medias de CO2 por producto entregado son menores que las entregas a domicilio.

Para reducir el número de entregas fallidas y, por consiguiente, las emisiones de gases de efecto invernadero se han propuesto tres posibles estrategias⁴³. En primer lugar, puede impulsarse la interacción entre el consumidor y el repartidor, permitiendo que el primero pueda escoger una hora de entrega más concreta. Actualmente los consumidores reciben una indicación aproximada de cuándo se realizará la entrega. De esta forma, los consumidores podrían ajustar más la hora de entrega del paquete en su domicilio dentro de una franja horaria determinada, cuando se encuentren en su domicilio. O bien posibilitar el seguimiento del pedido cuando esté en proceso de entrega para poder calcular la hora de entrega aproximada⁴⁴. Esta opción podría funcionar cuando se trata de grandes empresas con medios económicos suficientes para implantar dichas tecnologías. El impulso de estas tecnologías podría realizarse desde los deberes de información precontractual que consagra la Directiva 2011/83/UE. Si los empresarios estuviesen obligados a informar sobre las modalidades de entrega y la tecnología asociada para hacerlas más eficientes el consumidor podría escoger opciones de entrega más eficientes. No obstante, como hemos dicho anteriormente, para que tal reforzamiento de los deberes de información precontractual tenga una eficacia práctica, es necesario anudar dichos deberes con la tecnología pertinente.

La segunda estrategia se basa, en general, en el internet de las cosas (IoT) y, en particular, en el uso de buzones o porteros inteligentes que permiten guardar las entregas cuando el consumidor no se encuentra en su domicilio o la entrada en el domicilio del consumidor de una forma segura para depositar el paquete. De esta forma, el repartidor entrega el paquete, aunque el consumidor se encuentre ausente, evitando un nuevo desplazamiento y trasladando los riesgos al

⁴¹ https://www.ccecrb.fgov.be/dpics/fichiers/2020-02-10-05-18-30_doc192298nl.pdf.

PAAZL, Delivering Sustainability. When shipping gets serious, <https://www.retailinsiders.nl/docs/826a7f1d-11c0-4bd7-9d8f-beacbb0c4092.pdf>. No obstante, la recogida del producto en un punto medio tampoco es la mejor opción para aquellos consumidores que viven lejos de un núcleo urbano y, por tanto, deben desplazarse muchos kilómetros hasta llegar al punto de recogida. CÁRDENAS/BECKERS/VANELSLANDER, Thierry, «E-commerce last-mile in Belgium: Developing an external cost delivery index», *Research in Transportation Business & Management*, núm. 24, 2017, pp. 123-129.

⁴² VAN LOON, DEKETELE/DEWAELE/MCKINNON/RUTHERFORD, «A comparative analysis of carbon emissions from online retailing of fast moving consumer goods», *Journal of Cleaner Production*, núm. 106, 2015, p. 482. MCKINNON, CULLINANE, «Comparative analysis of the carbon footprints of conventional and online retailing: A “last mile” perspective», *International Journal of Physical Distribution & Logistics Management*, núm. 40, 2010, pp. 103-123.

⁴³ TERRY/N/VAN GOOL, «The role of European consumer regulation in shaping the environmental impact of e-commerce», p. 93.

⁴⁴ ABDULJABBAR/DIA/ASSADI/BAGLOEE, «Applications of Artificial Intelligence in Transport: An Overview», *Sustainability*, vol. 11, núm. 189, 2019, p. 14.

consumidor. Existen algunas empresas que ya ofrecen estos productos, aunque su implantación en nuestras ciudades aún es residual⁴⁵.

La tercera estrategia consiste en prever puntos de entrega en zonas urbanas o rurales a las que los consumidores se tengan que dirigir para obtener su pedido, cuando éste ha sido entregado y el consumidor estaba ausente o bien entregar el paquete directamente en un punto de entrega. Los costes ambientales de esta medida van a depender, también, de los medios de transporte que utilicen los consumidores para ir y volver del punto de recogida.

El problema de las entregas fallidas imputables al consumidor no es abordado directamente por la Directiva 2011/83/UE, que es sumamente proteccionista para los consumidores. El problema de la falta de entrega es regulado como un incumplimiento imputable al empresario y no al consumidor (art. 18 Directiva 2011/83/UE). Ante la imposibilidad de entregar los bienes dentro del plazo acordado con el consumidor o dentro del plazo de 30 días desde la celebración del contrato, los riesgos son imputables al empresario, a pesar de que la falta de entrega sea imputable al consumidor que se ausenta o no determina la fecha de entrega, etc. Una solución que podría adoptarse es que en caso de entrega fallida los riesgos se trasladen al consumidor⁴⁶, pero ello nos conduce a un nuevo problema: determinar cuándo estamos ante una entrega fallida imputable al consumidor y cuándo la entrega fallida es imputable al empresario. Ante esta situación algunos autores han apuntado a las nuevas tecnologías y al internet de las cosas (timbres inteligentes), como posible solución para dirimir los casos controvertidos⁴⁷. Sin pronunciarnos sobre la viabilidad de esta opción consideramos que aún está lejos de ser aplicable debido al estado poco avanzado del parque inmobiliario actual.

La Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE tampoco incluye ninguna propuesta de reforma de este extremo, seguramente porque no es una materia que sea competencia del legislador europeo puesto que esta materia es disponible por los Estados miembros, es decir, no está sometida al principio de armonización máxima. En este sentido, sería recomendable que los Estados miembros promovieran iniciativas legislativas para regular la última fase del transporte y entrega de los bienes a los consumidores, en lugar de dejar esta materia en manos de los empresarios.

2.4. Conclusiones

Por lo que se refiere a la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE podemos decir que incluye parcialmente las propuestas que ha ido formulando la doctrina para adaptar la Directiva 2011/83/UE a las

⁴⁵ LOXONE, Smarts Access Control, <https://www.loxone.com/enen/products/access-control/>. PARCEL HOME, Never miss a delivery with ParcelHome, <https://www.parcelhome.com/>. BRINGME, Bringme Box: smart parcel locker, <https://www.bringme.com/uk-en/office/virtual-reception/bringme-box>. CITIBOX, Buzones inteligentes, <https://citibox.com/es/buzones-inteligentes>.

⁴⁶ Considerando n.º 51 Directiva 2011/83/UE. El considerando prevé el caso de que el bien sea entregado a un tercero indicado por el consumidor, como puede ser un vecino.

⁴⁷ TERRY/VAN GOOL, «The role of European consumer regulation in shaping the environmental impact of e-commerce», p. 93.

exigencias de la transición ecológica. La Propuesta de Directiva incluye el fortalecimiento de los derechos de información precontractual de los consumidores para favorecer la competencia en el mercado estimulando el suministro de bienes más duraderos. No obstante, la Propuesta de Directiva no incluye ninguna reforma de las modalidades de ejercicio del derecho de desistimiento, en particular, imponer los costes de devolución a los consumidores para que sus compras sean más meditadas. Por tanto, a la luz de la Propuesta de Directiva publicada podemos concluir que, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan realizar en el texto definitivo el legislador europeo no acaba de posicionarse decididamente por la transición ecológica, seguramente porque un retroceso en el nivel de protección de los derechos de los consumidores que se ha conseguido en los últimos años podría contravenir el principio de alta protección de los consumidores del art. 114 y 169 TFUE) y porque resulta muy difícil apostar decididamente por la sostenibilidad sin que ello repercuta negativamente en la economía.

3. La revisión de la Directiva (UE) 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes

La Directiva (UE) 2019/771 ha derogado la longeva Directiva 1999/44/CE, que regulaba la conformidad de los bienes y los remedios contractuales. No obstante, algunos autores tratan de buscar el porqué de la reforma, habida cuenta que la nueva directiva sigue las mismas líneas que la directiva derogada y varios aspectos escapan del principio de armonización máxima que insta la nueva directiva⁴⁸.

Por lo que respecta a los objetivos de sostenibilidad, las referencias que se contienen en la Directiva (UE) 2019/771 son más bien escasas. En los considerandos de la Directiva (UE) 2019/771 tan solo encontramos una referencia en el número 32, referida a la durabilidad como criterio para determinar la falta de conformidad. Posteriormente, es el art. 7.1.d) Directiva (UE) 2019/771 el que se refiere a esta cuestión.

3.1. La durabilidad como criterio de la conformidad

La Directiva (UE) 2019/771, a diferencia de su antecesora, incorpora una definición de durabilidad en el art. 2.13): *“la capacidad de los bienes de mantener sus funciones y rendimiento requeridos en condiciones normales de utilización.”* Se trata de una novedad destacable que viene a introducir un nuevo criterio para determinar la conformidad del bien. En este sentido, el tenor literal del art. 7.1.d) Directiva (UE) 2019/771 dispone lo siguiente: *“[los bienes] presentarán la cantidad y poseerán las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad, funcionalidad, compatibilidad y seguridad, que presentan normalmente bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el vendedor, o en su nombre, por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado”*. Del tenor literal del precepto transcrito se desprenden dos formas de valorar la conformidad: por un lado, un criterio más objetivo que se mide en relación con la durabilidad que presentan los bienes del mismo tipo y, por otro lado, un criterio más subjetivo, las expectativas razonables del consumidor. Además, las declaraciones realizadas por cualquier

⁴⁸ LILLEHOLT, «A Half-built House? The New Consumer Sales Directive Assessed as Contract Law», *Juridica Internacional*, núm. 28, 2019, pp. 3-8.

operador económico de la cadena de transacciones (vendedor, productor, proveedor) también será tenida en cuenta para valorar la conformidad del bien, en tanto que pueden generar una confianza en el consumidor.

La referencia a la durabilidad que normalmente presentan los bienes del mismo tipo sería un buen parámetro para determinar la conformidad si existieran unos baremos objetivos que fijaran la vida útil de los bienes, pero el caso es que no existe una regulación sectorial europea que prevea un plazo de durabilidad para los diferentes tipos de productos, por lo que habrá de valorarse caso por caso⁴⁹. Por tanto, teniendo en cuenta que existe la tendencia de fabricar los bienes que devienen obsoletos poco después de superarse el plazo de la garantía legal, la referencia comparatista a la durabilidad de los bienes del mismo tipo no supone un gran avance en materia de sostenibilidad. Por lo que concierne al parámetro subjetivo de las expectativas razonables de durabilidad del consumidor, en la medida que el art. 10.1 Directiva (UE) 2019/771 fija el plazo de la garantía legal en dos años, sin perjuicio de que los Estados miembros lo puedan ampliar, es prácticamente irrelevante. Aunque el consumidor espera que un ordenador dure cinco años, una vez transcurrido el plazo de la garantía legal su expectativa será irrelevante⁵⁰. Si el bien no cumple las expectativas de durabilidad del consumidor aun habiendo superado el plazo de la garantía legal, el vendedor no responderá por la falta de conformidad.

3.2.El plazo de responsabilidad del vendedor: la garantía legal

El art. 10.1 Directiva (UE) 2019/771 establece el plazo de responsabilidad de dos años del vendedor. Por tanto, la falta de conformidad del bien defectuoso debe ponerse de manifiesto dentro de este plazo de tiempo para que el consumidor pueda reclamar la puesta en conformidad. Para el caso de los bienes con elementos digitales el plazo se amplía durante el período de tiempo dentro del cual el vendedor se obliga a suministrar contenidos o servicios digitales (art. 10.2 Directiva (UE) 2019/771). En virtud del art. 10.3 Directiva (UE) 2019/771 el plazo no se ve afectado por el principio de armonización máxima y los Estados pueden ampliarlo. Ello trae causa en el carácter de armonización mínima de la Directiva 1999/44/CE que permitió que los Estados miembros adoptaran plazos más largos. En todo caso, la adopción de la Directiva (UE) 2019/771 no ha supuesto un avance en materia de sostenibilidad, dado que mantiene el mismo plazo de responsabilidad que fijaba la Directiva 1999/44/CE (dos años ampliables).

En aras al impulso de la transición ecológica del derecho de consumo, una futura revisión de la Directiva (UE) 2019/771 podría contemplar una ampliación del plazo de la garantía legal. Esta medida sería deseable, en tanto que existen Estados donde el plazo de garantía históricamente ha sido superior al de dos años fijado en las Directivas 1999/44/CE y 2019/771 y esta circunstancia

⁴⁹ BARBER CÁRCAMO, «Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿El inicio de un nuevo régimen?», p. 153.

⁵⁰ En el mismo sentido, GARCÍA GOLDAR, «The inadequate approach of Directive (EU) 2019/771 towards the circular economy», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 29, núm. 1, 2022, pp. 9-24. GARCÍA GOLDAR, «Propuestas para garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles (ODS 12)», *Revista de Fomento Social*, núm. 76/1, 2021, p. 100.

no ha comportado costes superiores para las empresas. Este es el caso de Noruega⁵¹, que prevé un plazo de responsabilidad del empresario de cinco años para bienes como ordenadores, teléfonos móviles y otros electrodomésticos⁵². No obstante, aquellos Estados donde tradicionalmente se han ajustado al plazo de las directivas manifiestan su disconformidad y consideran que los costes de producción se trasladarán al consumidor final⁵³. La ampliación del plazo legal de garantía de una forma uniforme para todos los bienes aporta claridad y seguridad jurídica. No obstante, casa mal con el criterio de la durabilidad para determinar la conformidad del bien. En la medida que el plazo sería el mismo para todos los bienes las expectativas de durabilidad de los consumidores no tendrían una incidencia práctica importante, como ocurre actualmente, porque el plazo sería el mismo independientemente de la naturaleza del bien y de las expectativas del consumidor.

Además de ampliar el plazo de responsabilidad del vendedor, se han planteado otras posibilidades en aras a la futura revisión de la Directiva 2019/771. Entre ellas destacan las opciones legislativas de Finlandia y Países Bajos que prevén que la garantía se extienda durante toda la vida útil del bien⁵⁴. A falta de una normativa que determine la vida útil de los bienes, el plazo de responsabilidad del vendedor dependerá de las expectativas razonables de los consumidores. Por tanto, esta forma de fijación del plazo de la garantía legal no aporta seguridad jurídica a los consumidores ni a los empresarios. Por este motivo la legislación sobre esta materia de los Países Bajos ha sido criticada por falta de claridad que puede repercutir en un aumento de la litigiosidad⁵⁵. No obstante, si la futura revisión de la Directiva (UE) 2019/771 determinase la vida útil de los bienes y previera un plazo legal de garantía acorde con la naturaleza de los bienes sería un paso muy importante para incorporar las expectativas razonables de durabilidad de los bienes en el plazo de la responsabilidad del empresario.

3.3. La carga de la prueba

La responsabilidad del empresario tiene como presupuesto previo que el bien no debe ser conforme en el momento del traspaso del riesgo y que tal defecto se manifieste dentro del plazo legal de garantía. Además, requiere que el consumidor pruebe que el bien no era conforme en el momento de la entrega. Para relajar las exigencias de la prueba sobre la preexistencia del defecto en el momento de la entrega el art. 11 Directiva (UE) 2019/771 establece que se presumirá la falta

⁵¹ MAITRE-EKERN/DALHAMMAR, «A Scandinavian Perspective on the Role of Consumers in the Circular Economy», en KEIRSBILCK/TERRYN (eds.), *Consumer Protection in a Circular Economy*, Intersentia Publishing nv, Cambridge, 2019, pp. 215-216.

Act relating to Consumer Purchases, disponible en <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2002-06-21-34>.

⁵² SUPREME COURT judgement of 21 September 2007, Rt. 2007 s. 1274. “The cell phone judgement” (*mobiltelefondommen*).

⁵³ COMISIÓN EUROPEA, «Study on the costs and benefits of extending certain rights under the Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/94/EC», 2017, disponible en [file:///C:/Users/gizqu/Downloads/study%20on%20the%20costs%20and%20benefits%20of%20extending%20certain-DS0117247ENN%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/gizqu/Downloads/study%20on%20the%20costs%20and%20benefits%20of%20extending%20certain-DS0117247ENN%20(1).pdf)

⁵⁴ Art. 7:17 Código civil holandés, disponible en <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook077.htm>.

MAK/LUJINOVIC, «Towards a Circular Economy in EU Consumer Markets. Legal possibilities and Legal Challenges and the Dutch Example», en KEIRSBILCK/TERRYN (eds.), *Consumer Protection in a Circular Economy*, Intersentia Publishing nv, Cambridge, 2019, pp. 168-169.

⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA, «Study on the costs and benefits of extending certain rights under the Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/94/EC», 2017, disponible en [file:///C:/Users/gizqu/Downloads/study%20on%20the%20costs%20and%20benefits%20of%20extending%20certain-DS0117247ENN%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/gizqu/Downloads/study%20on%20the%20costs%20and%20benefits%20of%20extending%20certain-DS0117247ENN%20(1).pdf)

de conformidad cuando se manifieste dentro del primer año después de la entrega, ampliando el plazo de seis meses que anteriormente preveía el art. 5.3 Directiva 1999/44/CE, y previendo que tal plazo pueda ser ampliado en la legislación de transposición.

La ampliación del plazo de la carga de la prueba sin duda alguna es bienvenida para el impulso de la economía circular. Durante este período de tiempo los vendedores asumen un mayor riesgo si se manifiesta la falta de conformidad, habida cuenta que, a sensu contrario, deberán probar que el bien era conforme en el momento de la entrega. Por tanto, productores y vendedores se asegurarán de que el bien cumpla con los criterios de la conformidad por un plazo de tiempo más largo, y sin duda alguna la carga de la prueba influye en tal comportamiento. No obstante, la ampliación de la carga de la prueba también presenta el inconveniente de incentivar a los consumidores a usar de una forma más descuidada e irresponsable los bienes, pues si el bien deviene no conforme dentro del plazo de tiempo estipulado para revertir la carga de la prueba de la falta de conformidad, los vendedores podrían acceder a sustituir el bien y dar la razón a los consumidores para evitar lesionar su reputación⁵⁶. Por todo ello se ha considerado que este aspecto de la Directiva (UE) 2019/771 es importante para el tránsito hacia la economía circular, pero hay otras medidas para estimularlo⁵⁷. Se ha propuesto establecer una presunción iuris tantum de permitir la reparación del bien si éste deja de ser conforme poco después de expirar el plazo de la garantía legal⁵⁸.

3.4. Los remedios contractuales

Siguiendo el mismo esquema que la Directiva 1999/44/CE, la nueva Directiva (UE) 2019/771 dedica un bloque de normas a los remedios puestos a disposición de las partes para subsanar la falta de conformidad. Como se decía, el art. 13.1 Directiva (UE) 2019/771 dispone los remedios que tiene el consumidor ante el vendedor: la reparación o la sustitución del bien, y la rebaja del precio o la resolución del contrato. Por su parte, el art. 13 Directiva (UE) 2019/771 establece la jerarquía de remedios a los que el consumidor puede acogerse cuando aprecie la falta de conformidad y desee reclamar al vendedor. El primer nivel de remedios está constituido por la reparación y la sustitución del bien y, si estos remedios no fueran suficientes para subsanar la falta de conformidad o fueran imposibles o desproporcionados, el consumidor podría acogerse a los remedios del segundo nivel, estos son la reducción del precio y la resolución del contrato. Es decir, el consumidor no es totalmente libre a la hora de escoger los remedios del art. 13.1 Directiva (UE) 2019/771, sino que los arts. 13.2 y 3 Directiva (UE) 2019/771 imponen claramente un orden jerárquico. Así pues, ante una falta de conformidad, el consumidor debe informar al vendedor para que este tenga la oportunidad de restablecer la conformidad del bien, para así fomentar un consumo razonable y aumentar la durabilidad de los productos (considerandos 50 y 51 Directiva (UE) 2019/771).

Ahora bien, la jerarquía que establece la Directiva (UE) 2019/771 entre los remedios se produce entre las dos categorías de remedios. En primer lugar, el consumidor puede escoger los remedios que efectivamente subsanan la falta de conformidad, es decir, la reparación o la sustitución y, en

⁵⁶ GÓMEZ POMAR, «Economic Analysis of the Directive», en BIANCA/GRUNDMANN (eds.), *EU Sales Directive. Commentary*, Intersentia, Oxford, 2002, pp. 69-71.

⁵⁷ VAN GOOL/MICHEL, «The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis», en *European Journal of Consumer and Market Law*, núm. 4, 2021, pp. 136-148.

⁵⁸ GARCÍA GOLDAR, «Propuestas para garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles (ODS 12)», *Revista de Fomento Social*, núm. 76/1, 2021, p. 107.

segundo lugar, los remedios que tratan de salvaguardar el justo equilibrio de las prestaciones, la reducción del precio y la resolución del contrato. Por tanto, entre los remedios del primer nivel (reparación y sustitución), no existe jerarquía alguna y el derecho del consumidor sólo está limitado por la imposibilidad o desproporcionalidad del remedio escogido. Ninguno de los límites que son impuestos al consumidor, la imposibilidad o la desproporcionalidad han sido interpretados en clave de la economía circular⁵⁹. Solo existe un pronunciamiento del Tribunal Supremo de Noruega que valora la desproporcionalidad en clave medioambiental⁶⁰.

a. La reparación y la sustitución

De conformidad con la jerarquía de remedios implantada a través de la Directiva 1999/44/CE y mantenida por la Directiva (UE) 2019/771, la primera opción que tiene el consumidor ante cualquier falta de conformidad es reclamar al vendedor la reparación o la sustitución del bien⁶¹. La Directiva (UE) 2019/771 no define qué debe entenderse por ninguna medida de corrección del primer nivel, pero el art. 1.2.f) Directiva 1999/44/CE sí definía qué debía entenderse por “reparación”: *“en caso de falta de conformidad, poner el bien de consumo en un estado que sea conforme con el contrato de venta.”*

Anteriormente he apuntado que la Directiva (UE) 2019/771 no establece una verdadera jerarquía de remedios, habida cuenta que ante la falta de conformidad el consumidor puede escoger entre la reparación o la sustitución. Una vez haya comunicado el remedio al vendedor, éste podrá alegar la imposibilidad o la desproporcionalidad de la medida correctora. Se ha señalado la falta de una verdadera jerarquía entre los remedios del primer nivel como un aspecto a tener en cuenta en una futura revisión de la Directiva (UE) 2019/771⁶². Y es que para fomentar el tránsito hacia la economía circular deben adoptarse medidas para impulsar la reparación y, de esta forma, que aumente la durabilidad de los bienes. No obstante, consideramos que no debe anteponerse en todo caso la reparación como remedio primario. Para salvaguardar el justo equilibrio de las prestaciones la reparación debería imponerse cuando los costes de este remedio sean inferiores a la sustitución del bien, en términos económicos para el vendedor y en clave medioambiental⁶³.

Asimismo, existen otros obstáculos que dificultan el impulso de la reparación. Un elemento que puede determinar la viabilidad de la reparación es la disponibilidad de piezas de recambio

⁵⁹ La imposibilidad de subsanar la falta de conformidad con los remedios del primer nivel se ha interpretado aludiendo a la ineficacia del remedio, la imposibilidad de encontrar piezas de sustitución. Por su parte, la desproporcionalidad ha sido interpretada en clave económica del vendedor.

⁶⁰ MAITRE-EKERN/DALHAMMAR, «A Scandinavian Perspective on the Role of Consumers in the Circular Economy», en KEIRSBILCK, Bert, TERRY, Evelyne (eds.), *Consumer Protection in a Circular Economy*, Intersentia Publishing nv, Cambridge, 2019, pp. 215-216. STS de Noruega de 17 de febrero de 2006, Rt 2006, s 179. Un consumidor compró unas botas que se rompieron al cabo de seis semanas de la compraventa. El consumidor pidió su sustitución y el vendedor la rechazó alegando la desproporcionalidad del remedio. El Tribunal dio la razón al vendedor, interpretando la desproporcionalidad en clave medioambiental.

⁶¹ Para una exposición crítica en materia de sostenibilidad de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, CARRASCO PERERA, «Más allá del Dieselgate: el insostenible caso en favor de remedios sostenibles en las ventas al consumidor», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 45, 2023, pp. 2-28. En la opinión de este autor, el remedio de la reducción del precio es el único que no produce externalidades.

⁶² MAK/TERRY, «Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law», pp. 235-238.

⁶³ EUROPEAN LAW INSTITUTE, «European Commission’s Public Consultation on Sustainable Consumption of Goods – Promoting Repair and Reuse. Response of the European Law Institute», 2022, disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_Sustainable_Consumption_of_Goods.pdf.

(considerando n.º 33 Directiva (UE) 2019/771). La Directiva (UE) 2019/771 no impone a los vendedores la obligatoriedad de disponer de piezas de recambio durante un plazo de tiempo determinado. Sin embargo, el propio considerando abre la puerta a que mediante las legislaciones nacionales de transposición los Estados miembros puedan imponer la obligatoriedad de disposición de piezas de recambio. Este es el caso de España, que aprovechó la transposición de la Directiva (UE) 2019/771 para introducir semejante obligación por un plazo de 10 años (art. 127.1 bis TRLGDCU). En aras al fomento de la economía circular sería conveniente regular este extremo de forma común para todos los Estados miembros, en lugar de dejarlo en manos de los legisladores nacionales. Lo prevenido en el considerando n.º 33 Directiva (UE) 2019/771 es una mera propuesta a los Estados miembros que demuestra que la directiva no se encamina decididamente en pro de la reparación de los bienes⁶⁴.

Para el caso de la sustitución, aunque no lo dispone el art. 2 Directiva (UE) 2019/771, por sustitución debería entenderse el reemplazo del bien por otro idéntico sin que estuviera afectado por alguna falta de conformidad. No obstante, la Directiva (UE) 2019/771 tampoco dice si el bien de sustitución debe ser nuevo o puede ser un bien de segunda mano de que dispusiera el vendedor en el momento de la apreciación de la falta de conformidad⁶⁵. No existe hasta el momento ningún pronunciamiento del TJUE que interprete cómo debe llevarse a cabo la sustitución del bien, es decir, si debe proporcionarse al consumidor un bien nuevo o uno de segunda mano que tenga unas características similares. Ante este panorama, existe algún autor que mantiene que, si el bien defectuoso es genérico, habría que admitir que la sustitución del bien podría llevarse a cabo por otro de características similares, no teniendo que ser el bien de sustitución necesariamente nuevo⁶⁶. En caso contrario, si fueron fabricados escasos ejemplares del bien y no puede sustituirse por otro de las mismas características porque no existen otros bienes similares en el mercado, está claro que en este caso la sustitución del bien es imposible. No existe tampoco ningún pronunciamiento del TJUE que defina en qué consiste la “imposibilidad”. El considerando n.º 16 Directiva 1999/44/CE hablaba de imposibilidad respecto a las compraventas de bienes de segunda mano.

Por tanto, la Directiva (UE) 2019/771 no aclara cómo debe efectuarse la sustitución. A falta de un pronunciamiento claro del TJUE sobre esta materia, los tribunales nacionales, inspirados por la sentencia de 17 de abril de 2008, *Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, C-404/06⁶⁷ han venido estableciendo que la sustitución de un bien defectuoso debe efectuarse con un bien nuevo. Así ha sucedido en los Países Bajos, donde existe algún caso en el que los tribunales han exigido que la sustitución se lleve a cabo con un bien nuevo⁶⁸. Tales pronunciamientos no deben sorprendernos si tenemos en cuenta que la Directiva

⁶⁴ BARBER CÁRCAMO, «Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿El inicio de un nuevo régimen?», pp. 154-155.

⁶⁵ LOOS, B. M., «European harmonisation of online and distance selling of goods and the supply of digital content», Center for the Study of European Contract Law. Working Paper Series núm. 08, 2016, p. 12.

⁶⁶ ATAMER, «Replacement of non-conforming goods “free of charge”: is there a need to differentiate between B2B and B2C sales contracts?», *Uniform Law Review*, núm. 25, 2020, p. 78.

⁶⁷ Sentencia de 17 de abril de 2008, *Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal del Distrito de Amsterdam de 18 de abril de 2017. MAK, TERRY, «Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law», p. 236.

(UE) 2019/771 trata de proteger el justo equilibrio de las prestaciones de las partes y, como hemos destacado, no tiene entre sus prioridades el tránsito hacia una economía circular.

En sede de sustitución de bienes defectuosos una propuesta que puede plantearse es la posibilidad de realizar la sustitución con bienes usados o reacondicionados. De entrada, algunos estudios ponen de manifiesto que los consumidores no confían en esta posibilidad, pues creen que los bienes usados o reacondicionados no tienen las mismas garantías de fiabilidad que los bienes nuevos⁶⁹. No obstante, los resultados demuestran una clara mejora en este campo en los últimos cinco años. El 80% de los bienes no presentaban ningún problema. En este sentido, si se impusiera la necesidad de realizar la sustitución con bienes usados o reacondicionados, consideramos que debería regularse mejor la forma de llevar a cabo la sustitución. Los vendedores deberían probar el bien antes de entregárselo al consumidor ante una falta de conformidad. Por tanto, deberían adoptarse algunos criterios para valorar la idoneidad del bien de sustitución, es decir, fijar unos criterios para valorar la conformidad del bien de sustitución antes de entregarlo al consumidor⁷⁰. Y, en todo caso, el consumidor tendría que ser informado del resultado de las pruebas practicadas y de las posibles faltas de conformidad detectadas.

b. ¿Cabe reiniciar el plazo de la garantía legal después de la reparación? ¿Y si la reparación fuera siempre exigible?

Para superar la desconfianza de los consumidores una vez manifestada la falta de conformidad y después de procederse a la reparación o sustitución del bien, se han planteado algunas propuestas que podría incorporar una futura revisión de la Directiva (UE) 2019/771. Por lo que se refiere a la reparación, algunos autores se han planteado la posibilidad de prever el reinicio del plazo de la garantía legal después de la reparación⁷¹. De esta forma se alargaría la vida útil de los bienes, habida cuenta que el vendedor estaría obligado a ponerlos en conformidad durante un plazo de tiempo más largo. Se trata de una posibilidad que ya ha sido adoptada en algunos Estados miembros (Austria Croacia, Dinamarca, Estonia y Grecia)⁷².

Actualmente el art. 10.3 Directiva (UE) 2019/771 prevé que los Estados miembros mantengan o adopten plazos más largos que los indicados en los arts. 10.1 y 2 Directiva (UE) 2019/771, por lo que ya hemos comentado que esta materia no se encuentra sujeta al principio de armonización máxima. En aras a la futura revisión de la Directiva (UE) 2019/771 podría contemplarse la posibilidad de reiniciar el plazo de la garantía legal después de la reparación del bien o al menos suspenderlo mientras la reparación se está realizando, en la línea del art. 122 TRLGDCU.

⁶⁹EUROCONSUMERS, «Refurbished iphones are getting better and better», <https://www.euroconsumers.org/activities/refurbished-iphones-improve>.

⁷⁰ LOOS, B. M., «Rubbish or recycling? Furthering sustainability by developing specific provisions for the sale of second-hand goods» Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper núm. 2022-15, Amsterdam Centre for Transformative private law Working Paper núm. 2022-02, 2002, p. 1-23. El autor se plantea la posibilidad de no aplicar algunos de los criterios objetivos para determinar la falta de conformidad, pero entonces la pregunta es la siguiente: si se derogan algunos criterios objetivos de la conformidad, ¿cómo se valorarían las expectativas razonables de los consumidores en las compraventas de bienes de segunda mano?

⁷¹ MAK/TERRYN, «Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law», p. 237.

⁷²COMISIÓN EUROPEA, «Study on the costs and benefits of extending certain rights under the Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/94/EC», 2017, disponible en [file:///C:/Users/gizqu/Downloads/study%20on%20the%20costs%20and%20benefits%20of%20extending%20cert%20ain-DS0117247ENN%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/gizqu/Downloads/study%20on%20the%20costs%20and%20benefits%20of%20extending%20cert%20ain-DS0117247ENN%20(1).pdf)

Otra posibilidad que se ha planteado es que la reparación se configure como un remedio que siempre esté al alcance de los consumidores⁷³. Es decir, durante el plazo legal de garantía el consumidor podría solicitar todos los remedios que prevé la Directiva (UE) 2019/771, siempre y cuando se cumplan los presupuestos de su exigibilidad. Sin embargo, a pesar de haber transcurrido el plazo de la garantía legal, si la falta de conformidad se manifiesta posteriormente el consumidor podría solicitar igualmente la reparación.

c. *La previsión del mismo plazo de garantía para los bienes de sustitución usados o reacondicionados*

En el caso de la sustitución la situación es similar. Una vez entregado un bien de sustitución, si fuera un bien usado o reacondicionado la garantía legal tendría que ser la misma, como si fuera un bien nuevo. De esta forma podrían superarse los prejuicios y reticencias de los consumidores ante los bienes usados porque los consumidores tendrán la seguridad que tanto los bienes nuevos, como los bienes usados o reacondicionados tendrán las mismas garantías⁷⁴.

d. *Algunas reflexiones del Dieselgate: ¿Por qué se eliminó la referencia a la ilegalidad de la reparación o sustitución? ¿Es reconducible este supuesto al de la “imposibilidad jurídica”?*

Coincido con CARRASCO PERERA en que el *Dieselgate*⁷⁵ ha puesto de manifiesto las vulnerabilidades del Derecho contractual (falta de conformidad) y de daños europeo (responsabilidad por daños causados por productos defectuosos)⁷⁶. Sin el ánimo de hacer en este epígrafe un análisis de las STS 561/2021, Civil (Pleno), de 23 de julio⁷⁷ y la sentencia de 14 de julio de 2002, DS/ Porsche Inter Auto GmbH & Co KG, Volkswagen AG, C-145/20⁷⁸, considero que pueden hacerse algunas reflexiones algunos aspectos de la Directiva (UE) 2019/771 en clave de sostenibilidad.

En el momento en que se detectó que los vehículos del Grupo Volkswagen fabricados entre los años 2008 y 2015 incorporaban un dispositivo que era capaz de detectar cuándo el vehículo se

⁷³ GARCÍA GOLDAR, «The inadequate approach of Directive (EU) 2019/771 towards the circular economy», p. 16. GARCÍA GOLDAR, «Propuestas para garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles (ODS 12)», p. 107.

⁷⁴ MAK/TERRYN, «Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law», p. 237. LOOS, B. M., «Rubbish or recycling? Furthering sustainability by developing specific provisions for the sale of second-hand goods», pp. 16-17.

⁷⁵ Para una introducción al caso, CARRASCO PERERA/GARCÍA MONTORO, «Batalla legal contra Volkswagen: el desmedido interés de los afectados en obtener un beneficio económico del escándalo Dieselgate», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 18, 2016, pp. 2-5. VECINA AZNAR, «El TJUE abre abre las puertas a la resolución contractual en los vehículos afectados por el Dieselgate», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 43, 2022, pp. 35-37.

⁷⁶ CARRASCO PERERA, «Dieselgate: soluciones contractuales y extracontractuales», 2020, disponible en https://www.gap.com/wpcontent/uploads/2020/07/Dieselgate_soluciones_contractuales_extracontractuales.pdf.

⁷⁷ STS 561/2021, Civil (Pleno), de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3068). RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Análisis del Dieselgate desde el Derecho civil (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 561/2021, de 23 de julio)», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXV, 2022, fasc. II, pp. 635-724.

⁷⁸ Sentencia de 14 de julio de 2002, DS/ Porsche Inter Auto GmbH & Co KG, Volkswagen AG, C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572. JANSSEN «The Dieselgate Saga: the Next Round», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, núm. 5, 2022, pp. 169-172. ARBOUR «The Volkswagen Scandal at the CJEU: Defeat Devices between the Conformity Guarantee and Environment Law», *European Journal of Risk Regulation*, núm. 13, 2022, pp. 670-681.

encontraba en la fase de pruebas anterior a su homologación y, en este contexto, era capaz de falsear los resultados para que las emisiones de gases contaminantes no superaran los límites reglamentarios, las autoridades alemanas en octubre de 2015 requirieron a Volkswagen la retirada de los vehículos afectados y adoptar las medidas necesarias para la adecuación de los niveles de emisiones a la legislación vigente. En virtud de tal requerimiento Volkswagen reparó los vehículos afectados con una reprogramación del dispositivo prohibido que no solo se desactivaba durante las pruebas de circulación, sino también cuando la temperatura ambiental entre los 15°C y 33°C y el vehículo se encontraba por debajo de los 1.000 metros de altitud. Es decir, la reparación se hizo igualmente con una reprogramación del dispositivo prohibido que falseaba las emisiones reales de gases contaminantes en las condiciones descritas.

Nos encontramos, por tanto, ante una reparación que era ilegal porque el vehículo seguía incorporando un dispositivo prohibido a los efectos del art. 5 Reglamento n.º 715/2007⁷⁹. Tal modo de proceder por parte de Volkswagen nos remonta a lo que preveían los arts. 9 y 11 de la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia. El art. 9 de la Propuesta de Directiva preveía que el consumidor podía acogerse a la reducción del precio o la resolución del contrato si la reparación o la sustitución eran imposibles o ilegales. Por su parte, el art. 11 de la Propuesta de Directiva limitaba el derecho del consumidor a escoger entre la reparación o la sustitución cuando el remedio del primer nivel escogido fuera imposible o ilegal. Ambos artículos aluden a la ilegalidad de los remedios del primer nivel sin explicar en qué puede consistir una ilegalidad referida a los remedios. Es en el considerando n.º 27 de la Propuesta de Directiva que encontramos otra referencia a la desproporcionalidad de los remedios. A pesar de que el considerando incorpora un supuesto de imposibilidad a los efectos de precisar este concepto, no sucede lo mismo con la ilegalidad de los remedios⁸⁰.

La Directiva 1999/44/CE no aludía a la ilegalidad de los remedios como un límite a la facultad de elección del consumidor entre los remedios del primer nivel o como un condicionante que abría la puerta a los remedios del segundo nivel. Sin embargo, sí que encontramos una referencia a la ilegalidad de los remedios en la frustrada Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (en adelante, CESL). El art. 110.3.a) CESL disponía que el comprador podía reclamar el cumplimiento forzoso de la obligación al vendedor, salvo que el cumplimiento resultase imposible o hubiera dejado de ser lícito. Por su parte, el tenor literal del art. 111 CESL era muy similar al art. 11 Propuesta de Directiva, pues establecía que cuando se apreciase una falta de conformidad en las compraventas de consumo el consumidor podía escoger, en primer lugar, entre la reparación o la sustitución,

⁷⁹ Reglamento (CE) núm. 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos. «DOUEL» núm. 171, de 29 de junio de 2007.

⁸⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, Bruselas, 9.12.2015 COM(2015) 635 final 2015/0288 (COD). “(27) La elección del consumidor entre la reparación y la sustitución solo debe limitarse cuando la opción elegida resulte desproporcionada en comparación con la otra opción disponible, imposible o ilegal. Por ejemplo, podría resultar desproporcionado solicitar la sustitución de bienes por motivo de un rasguño menor si dicha sustitución genera costes significativos cuando el rasguño podría repararse fácilmente.”

salvo que el remedio escogido fuera imposible o ilícito. La doctrina⁸¹ comentarista del CESL trató de encontrar un sentido a la ilicitud de los remedios reconduciendo este supuesto a las restricciones impuestas por terceros Estados.

La Directiva (UE) 2019/771 no contiene ninguna referencia a la ilegalidad o ilicitud de los remedios del primer nivel, como un hecho que condicione la libertad de elección del consumidor de reclamar la reparación o la sustitución del bien o, o bien que habilite el ejercicio de los remedios del segundo nivel. La desaparición, por tanto, de la ilicitud o ilegalidad de reparación o sustitución conduce a preguntarme si en el futuro podrían producirse más casos como el Dieselgate, donde Volkswagen trató de subsanar la falta de conformidad de los vehículos afectados con una reparación mediante una reprogramación de un dispositivo que también resultaba prohibido por el art. 5 Reglamento n.º 715/2007.

En materia de falta de conformidad sí que ha habido avances respecto al texto de la Directiva 1999/44/CE. La Directiva 1999/44/CE no se refería específicamente a la conformidad de un bien de acuerdo con la legislación técnica aplicable de la Unión o de un Estado miembro. Es por este motivo que en el caso Dieselgate el TJUE fue preguntado por la conformidad de un vehículo que incorpora un dispositivo prohibido según el art. 5 Reglamento n.º 715/2007 de acuerdo con el art. 2.2.d) Directiva 1999/44/CE. El art. 2.2.d) Directiva 1999/44/CE preceptuaba que los bienes *“presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar”*. Este criterio de la conformidad, que actualmente aparece recogido en el art. 7.1.a) Directiva (UE) 2019/771, obliga a realizar un análisis comparativo del mercado para comprobar si el bien cuya conformidad se discute satisface las prestaciones habituales que los bienes del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar. A falta, por tanto, de un criterio de la conformidad en la Directiva 1999/44/CE que juzgue la conformidad de acuerdo con la legislación técnica aplicable, el TJUE declara que, de acuerdo con el art. 2.2.d) Directiva 1999/44/CE los consumidores pueden esperar que un vehículo de motor que dispone de la homologación CE no incorpore un dispositivo prohibido, según el art. 5 Reglamento n.º 715/2007.

Actualmente el art. 7.1.a) Directiva 2019/771 dice que la conformidad de los bienes deberá valorarse de acuerdo con la aptitud *“para los fines a los que normalmente se destinan bienes del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente de la Unión o nacional, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector;”* lo que supone que aunque las partes no se hayan pronunciado en el contrato de compraventa sobre este extremo (criterios subjetivos de la conformidad del art. 6 Directiva 2019/771), la conformidad deberá valorarse objetivamente atendiendo a lo dispuesto en la normativa técnica aplicable del producto. Por tanto, el art. 7.1.a) Directiva 2019/771 viene a referirse a un aspecto de la conformidad que la Directiva 1999/44/CE no se refería específicamente, aunque a tenor de la Sentencia de 14 de julio de 2002, DS/ Porsche Inter Auto GmbH & Co KG, Volkswagen AG, C-145/20, era subsumible en el art. 2.2.d) Directiva 1999/44/CE.

⁸¹ ZOLL, «Commentary of the article 111 CESL», en SCHULZE, Reiner (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 507-511.

Ahora la Directiva (UE) 2019/771 ha declarado que la conformidad de un bien deberá valorarse, también, según la legislación técnica aplicable. La aclaración es bienvenida, aunque implícitamente el mismo criterio se encontraba en el art. 2.2.d) Directiva 1999/44/CE. No cabe lugar a dudas que la contravención de la normativa técnica aplicable supondrá una falta de conformidad. No obstante, una vez declarada la falta de conformidad, a tenor del art. 13 Directiva (UE) 2019/771 el bien podría ser reparado con un dispositivo ilegal como ocurrió en el caso de la Sentencia de 14 de julio de 2002, DS/ Porsche Inter Auto GmbH & Co KG, Volkswagen AG, C-145/20, habida cuenta que, al contrario de la Propuesta de Directiva, ha desaparecido la referencia a la ilegalidad o ilicitud de la reparación o sustitución, en el sentido que condicione la libertad de elección del remedio para subsanar la falta de conformidad o que este supuesto habilite al consumidor para reclamar los remedios del segundo nivel.

Desconozco los motivos que han llevado al legislador europeo a eliminar la referencia a la ilicitud o ilegalidad de los remedios, pero lo que está claro es que, para transitar hacia el paradigma de la economía circular y la sostenibilidad, los remedios contractuales deben ir en la misma dirección y, por tanto, no comprendo desde este punto de vista la supresión de la legalidad o licitud de los remedios. Por tanto, a tenor de lo dispuesto en el considerando n.º 48 Directiva (UE) 2019/771 considero que la ilegalidad o ilicitud de los remedios podría ser un supuesto de “imposibilidad jurídica”.

3.5. Especial referencia a los bienes de segunda mano

En los últimos años se han incrementado las compraventas de bienes de segunda mano, sobre todo debido a la irrupción de nuevas plataformas intermediarias como Wallapop, Vinted y similares, que ponen en contacto a particulares de bienes usados que compran y venden bienes de segunda mano. Además, el mercado de bienes reacondicionados, como son, por ejemplo, los bienes con elementos digitales (teléfonos móviles inteligentes, relojes, etc) en los últimos años también ha experimentado un notable crecimiento. No obstante, a pesar del auge de las compraventas de bienes de segunda mano la Directiva (UE) 2019/771 sigue las mismas líneas que su antecesora y no disciplina esta materia como debería, habida cuenta de la importancia creciente de estas transacciones.

La Directiva (UE) 2019/771 vuelve a diseñar un régimen jurídico que permite a los Estados miembros establecer algunas diferencias en cuanto al período de responsabilidad del vendedor. El art. 10.6 Directiva (UE) 2019/771 permite a los Estados miembros establecer que los vendedores y los consumidores puedan acordar un plazo de responsabilidad menor para las compraventas de bienes de segunda mano, que en ningún caso podrá ser inferior a un año, en la misma línea que el art. 7.1 Directiva 1999/44/CE. Prácticamente todos los Estados miembros hicieron uso de esta prerrogativa y establecieron un plazo de responsabilidad menor del vendedor para los bienes de segunda mano⁸². Asimismo, el art. 3.5.a) Directiva (UE) 2019/771 permite a los Estados miembros excluir de su ámbito de aplicación las compraventas de bienes de segunda mano realizadas en subasta pública, de la misma forma que lo preveía el art. 1.3 Directiva 1999/44/CE.

⁸² SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER, EBERS, *EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis*, Universität Bielefeld, 2007, p. 643.

A continuación, se aborda el régimen jurídico de las compraventas de bienes de segunda mano en la Directiva (UE) 2019/771, destacando los aspectos que deben reformarse en la futura revisión de la directiva en 2024.

a. ¿Qué entendemos por bienes de segunda mano y bienes reacondicionados?

Debemos comenzar destacando que la Directiva (UE) 2019/771 no contiene una definición de bienes de segunda mano, (art. 2 Directiva (UE) 2019/771, a pesar de que en su articulado (art. 3.5, 10.6 y 25) se refiere a ellos, así como en algunos considerandos (36, 43, 71). Sin embargo, el TJUE sí que se ha pronunciado sobre el concepto de bienes de segunda mano, adoptando un concepto restrictivo⁸³. En general, por bien de segunda mano podemos entender que estamos ante un bien que no es nuevo y que ha sido usado en el pasado por otra persona. Sin embargo, a pesar de la simplicidad del concepto existen supuestos controvertidos que han llegado a los Tribunales de otros Estados miembros. En materia de sostenibilidad destacan dos sentencias de tribunales alemanes, que adoptaron un buen criterio desde el punto de vista de la sostenibilidad, sosteniendo que los bienes que habían sido devueltos por un consumidor en ejercicio del derecho de desistimiento sin haberlos usado no tenían la condición de bienes de segunda mano, es decir, seguían siendo bienes nuevos, así como los bienes que no podían revenderse utilizando el empaquetado o precinto original porque había sido dañado⁸⁴.

Ante la falta de definición de este tipo de bienes, considero que la futura revisión de la Directiva (UE) 2019/771 debería abordar la definición de bienes de segunda mano objetivamente, es decir, prescindiendo de las declaraciones de las partes y, en caso de duda, excluir del concepto aquellos bienes que una vez devueltos sin dañarse puedan ser vendidos como bienes nuevos.

El concepto de bienes reacondicionados no aparece en la Directiva (UE) 2019/771, a pesar de que vayan ganando cotas en el mercado de bienes de segunda mano. Se ha definido el reacondicionamiento como el proceso a través del cual un bien usado o defectuoso readquiere las propiedad y características de un bien nuevo a través de procedimientos de clasificación selección, inspección, desmontaje, limpieza, reprocesado y montaje. Existe un elemento que permite diferenciar los bienes de segunda mano de los bienes reacondicionados, hasta el punto de poder constituir otra categoría de bienes: el proceso al que se someten estos últimos para recuperar las propiedades y características de los bienes nuevos⁸⁵. El reacondicionamiento de bienes debería ser estimulado en la futura revisión de la Directiva (UE) 2019/771, en tanto que aumenta la vida útil de los bienes, evitando la generación de residuos y el reaprovechamiento de piezas.

A pesar de los beneficios del reacondicionamiento de bienes, no hay consenso sobre la consideración de esta categoría de bienes como bienes nuevos o bienes de segunda mano. Anteriormente hemos expuesto que algunos tribunales han impedido que la sustitución de

⁸³ Sentencia de 13 de julio de 2017, Christian Ferenschild/JPC Motor SA, C-133/16, ECLI:EU:C:2017:541, apartado 46.

⁸⁴ LOOS, B. M, «Rubbish or recycling? Furthering sustainability by developing specific provisions for the sale of second-hand goods», p. 6.

⁸⁵ BRACQUENÉ/BRUSSELAERS/DAMS/PEETERS/DE SCHEPPER/DUFLOU/DEWULF, «Repairability criteria for energy related products. Study in the BeNeLux context to evaluate the options to extend the product life time. Final Report», 2018, disponible en: https://www.benelux.int/files/7915/2896/0920/FINAL_Report_Benelux.pdf.

bienes defectuosos se lleve a cabo mediante bienes reacondicionados⁸⁶. Estas decisiones se adoptaron considerando el carácter sumamente proteccionista de la legislación de consumo vigente hasta el momento, pero desde el punto de vista de la sostenibilidad se alejaban de los objetivos de la economía circular. Además, la doctrina también se encuentra dividida sobre este particular. Por un lado, existen autores que afirman que cuando los bienes han sido reacondicionados y vuelven a ser ofrecidos a consumidores deben ser considerados bienes de segunda mano⁸⁷. Por otro lado, existe un conjunto de autores que tratan de equiparar los bienes nuevos y los bienes reacondicionados, aplicando a estos últimos algunas de las garantías que la Directiva (UE) 2019/771 establece para los bienes nuevos, como el plazo de responsabilidad del vendedor⁸⁸.

Sea cual fuere el posicionamiento que acabe adoptando el legislador europeo en esta materia, lo que está claro es que los bienes reacondicionados constituyen una nueva realidad que, aun existiendo en el momento de la adopción de la Directiva (UE) 2019/771, ha quedado al margen de ella y que, en ocasión de la revisión de esta directiva prevista en 2024 podría adoptarse alguna previsión para este tipo de bienes. A mi juicio, en la medida que los bienes reacondicionados han pasado por un procedimiento de clasificación selección, inspección, desmontaje, limpieza, reprocesado y montaje no pueden equipararse a los bienes nuevos, pero ello no quiere decir que no les sean aplicables las garantías que prevé la Directiva (UE) 2019/771 para los bienes nuevos, en aras al impulso de la economía circular.

b. La limitación del período de responsabilidad del vendedor

Desde la adopción de la Directiva 1999/44/CE los bienes de segunda mano han sido concebidos como una categoría de bienes inferior en comparación con los bienes nuevos y, de acuerdo con este planteamiento, la Directiva 1999/44/CE ya previó un sistema de garantías inferior para este tipo de bienes. En este sentido, el art. 7.1 Directiva 1999/44/CE ya preveía que los Estados miembros podían permitir a los vendedores y consumidores reducir el plazo legal de responsabilidad de los vendedores, que en todo caso debía ser superior a un año, sin justificar en los considerandos de la directiva esta posibilidad⁸⁹. El art. 10.6 Directiva (UE) 2019/771 arrastra

⁸⁶ Sentencia del Tribunal del Distrito de Amsterdam de 18 de abril de 2017. MAK, TERRY, «Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law», p. 236.

⁸⁷ MICKLITZ/SCHIEFKE/LIEDTKE/KENNING/SPECHT-RIEMENSCHNEIDER/BAUR, «E-commerce and the trade-off between consumer protection and sustainability», Advisory Council for Consumer Affairs at the German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, 2020, p. 26.

⁸⁸ VAN GOOL/MICHEL, «The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis», p. 138. EUROPEAN LAW INSTITUTE, «European Commission's Public Consultation on Sustainable Consumption of Goods – Promoting Repair and Reuse. Response of the European Law Institute», 2022, disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_Sustainable_Consumption_of_Goods.pdf.

⁸⁹ Sin embargo, sí que encontramos una explicación en las Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 6 de abril de 2017, Christian Ferenschild/JPC Motor SA, C-133/16, ECLI:EU:C:2017:284: «Estimo, pues, que el objetivo de la excepción prevista en el artículo 7, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 1999/44 no es tanto tener en cuenta el carácter específico de los bienes de segunda mano como permitir a las partes gestionar el riesgo contractual. Se trata de permitir a las partes, pese a la celebración de un contrato sobre bienes de segunda mano, establecer excepciones a determinadas disposiciones de la Directiva. Imponer a las partes la obligación de respetar todas las exigencias establecidas en la Directiva podría constituir un obstáculo al desarrollo del mercado de bienes de

tal previsión, pero a diferencia de su antecesora el considerando n.º 43 Directiva (UE) 2019/771 justifica la opción adoptada, amparándose en la libertad contractual y en los deberes de información precontractual.

Pero lo cierto es que si la futura revisión de la Directiva (UE) 2019/771 tiene entre sus objetivos los bienes de segunda mano (art. 25 Directiva (UE) 2019/771), la limitación de responsabilidad del vendedor en las compraventas de bienes de segunda mano no está justificada. Existen estudios que demuestran que no existen diferencias entre los Estados miembros que adoptaron la previsión de limitar la responsabilidad del vendedor y los que no⁹⁰. Por tanto, la limitación del plazo de responsabilidad del vendedor para las compraventas de bienes de segunda mano solo sería deseable si efectivamente contribuye a estimular el mercado de bienes de segunda mano, con el inconveniente que en este caso los consumidores no se ven atraídos por este mercado porque las garantías son menores. No limitando el plazo de responsabilidad del vendedor se equipararían ambas categorías de bienes y el consumidor vería como se fortalecería el sistema de garantías, aumentando su confianza en las compraventas de bienes de segunda mano.

c. La transmisión de las garantías a los ulteriores adquirentes

Otro de los inconvenientes con los que se encuentran los consumidores de bienes de segunda mano es la imposibilidad de ejercitar los remedios de la Directiva (UE) 2019/771 cuando el bien no se ha adquirido directamente del vendedor, sino de otro particular. Este es el caso de bienes de segunda mano que son vendidos a través de plataformas como Wallapop o Vinted. Esta situación se produce a causa del ámbito de aplicación subjetivo que prevé la Directiva (UE) 2019/771, pues solo es aplicable a los contratos de compraventa celebrados entre vendedores y consumidores (art. 3.1 Directiva (UE) 2019/771).

Ante esta situación se ha propuesto una transferencia automática de las garantías comerciales del primer comprador/consumidor a los ulteriores adquirentes del bien⁹¹. A mi modo de ver las cosas para que fuera posible la transferencia automática de la garantía comercial a los ulteriores compradores no sería necesaria una revisión del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/771. Los derechos que corresponden al primer comprador/consumidor se transferirían a los compradores ulteriores, de tal forma que el vendedor respondería por haber puesto en circulación el bien durante el plazo por el cual se extiende la garantía, independientemente del consumidor que reclame la puesta en conformidad del bien de segunda mano.

d. ¿Cabe aplicar el régimen de la conformidad y remedios a los contratos entre consumidores?

Habida cuenta del incremento de las compraventas de segunda mano entre consumidores que fundamentalmente se llevan a cabo mediante plataformas de intermediación otra posibilidad que

segunda mano. El mantenimiento de un alto nivel de protección de los consumidores entraña costes de transacción relativamente elevados, lo cual puede disuadir a las empresas de desarrollar este tipo de actividad. Si dichos costes debieran quedar incluidos en el precio y ser soportados por el consumidor, el mercado de bienes de segunda mano perdería su característica principal, a saber, la capacidad de ofrecer a los consumidores bienes a precios atractivos.”

⁹⁰ LOOS, B. M, «Rubbish or recycling? Furthering sustainability by developing specific provisions for the sale of second-hand goods», pp. 13-16.

⁹¹ LOOS, B. M, «Rubbish or recycling? Furthering sustainability by developing specific provisions for the sale of second-hand goods», pp. 13-19. TWIGG-FLESNER, Christian «Consumer Goods Guarantees in the DCFR», *European Review of Private Law*, núm. 4, 2009, p. 644.

podría plantearse es aplicar a este tipo de contratos la regulación sobre falta de conformidad y remedios, con algunas adaptaciones que vienen motivadas por el hecho que en los contratos entre consumidores no existe una desigualdad contractual entre las partes contratantes⁹². Un autor⁹³ ha defendido que tal regulación aplicable a los contratos concluidos entre consumidores no debería ser adoptada por el legislador europeo, sino que debería ser adoptada espontáneamente por los legisladores de los Estados miembros, afirmando que los consumidores no se ven disuadidos de comprar bienes de segunda mano en otros Estados miembros por la falta de conocimiento de las normas de otros Estados. Además, existe un elemento que conduce decisivamente a que dicha legislación sea adoptada por los Estados miembros: la Unión Europea tiene competencias en materia de consumo para tratar de equilibrar la posición desigual de los consumidores cuando interactúan en el mercado. Se presume que el consumidor es la parte débil del contrato y, por ello, la legislación europea en materia de consumo trata de equiparar los derechos y las obligaciones de ambas partes del contrato. Si los consumidores actúan como vendedores y compradores en las plataformas intermedias de intercambio de productos, no está claro que exista este desequilibrio entre las partes.

3.6. Conclusiones

El art. 25 Directiva (UE) 2019/771 prevé su revisión a más tardar el día 12 de junio de 2024. A falta de un año y medio para el cumplimiento del plazo estipulado se han ido señalando aquellos aspectos de la Directiva (UE) 2019/771 que deberían modificarse en aras al tránsito hacia el paradigma de la economía circular. Algunas de estas propuestas fueron trasladadas a la Comisión Europea en la consulta pública realizada entre el día 11 de enero y el día 5 de abril de 2022. La índole de las propuestas permite constatar que la economía circular y la sostenibilidad deben incardinarse entre los objetivos de la reforma de la Directiva (UE) 2019/771 que tendrá lugar en 2024, habida cuenta que el texto actual no contiene las referencias necesarias a esta cuestión, y que existe un amplio margen de mejora en los aspectos señalados.

No obstante, a pesar de la ambición de las propuestas planteadas considero que la futura regulación no debe situarse en el polo opuesto de la regulación actual, sino que las exigencias de la economía circular y de la sostenibilidad deben ser un parámetro más a tener en cuenta para fijar, por un lado, los objetivos globales de la reforma (tránsito hacia la economía circular) y, por otro lado, el justo equilibrio entre los derechos de los consumidores y vendedores.

4. Bibliografía

ABDULJABBAR, Rusul, DIA, Hussein, ASSADI BAGLOEE, Saeed, «Applications of Artificial Intelligence in Transport: An Overview», *Sustainability*, vol. 11, núm. 189, 2019, pp. 1-25.

ALEMANNI, Alberto, SIBONY, Anne-Lise, *Nudge and the Law: A European Perspective*, Hart Publishing, Londres, 2015.

⁹² LOOS, B. M, «Rubbish or recycling? Furthering sustainability by developing specific provisions for the sale of second-hand goods», p. 19. Según este autor, no sería aplicable a los contratos concluidos entre consumidores la presunción de la falta de conformidad del art. 11 Directiva (UE) 2019/771.

⁹³ LOOS, B. M, «Rubbish or recycling? Furthering sustainability by developing specific provisions for the sale of second-hand goods», p. 20.

ARBOUR, Marie-Eve, «The Volkswagen Scandal at the CJEU: Defeat Devices between the Conformity Guarantee and Environment Law», *European Journal of Risk Regulation*, núm. 13, 2022, pp. 670-681.

ATAMER, Yesmin M., «Replacement of non-conforming goods “free of charge”: is there a need to differentiate between B2B and B2C sales contracts?», *Uniform Law Review*, núm. 25, 2020, pp. 67-91.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, «Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿El inicio de un nuevo régimen?», *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2022, pp. 141-186.

BEN-SHAHAR, Omri, POSNER, Eric A., «The Right to Withdraw in Contract Law», *The Journal of Legal Studies*, vol. 40, núm. 1, 2011, pp. 115-148.

BEN-SHAHAR, Omri, SCHNEIDER, Carl E., *More than you wanted to know. The Failure of Mandate Disclosure*, Princeton University Press, Princeton, 2014.

BEN-SHAHAR, Omri, BAR-GILL, Oren, «Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law», *Common Market Law Review*, núm. 50, 2013, pp. 109-126.

BRACQUENÉ, Ellen, BRUSSELAERS, Jan, DAMS, Yoko, PEETERS, Jef, DE SCHEPPER, Karel, DUFLOU, Joost DEWULF, Wim, «Repairability criteria for energy related products. Study in the BeNeLux context to evaluate the options to extend the product life time. Final Report», 2018, disponible en: https://www.benelux.int/files/7915/2896/0920/FINAL_Report_Benelux.pdf.

BRINGME, Bringme Box: smart parcel locker, <https://www.bringme.com/uk-en/office/virtual-reception/bringme-box>.

CÁRDENAS, Iván, BECKERS, Joris, VANESLANDER, Thierry, «E-commerce last-mile in Belgium: Developing an external cost delivery index», *Research in Transportation Business & Management*, núm. 24, 2017, pp. 123-129.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Dieselgate: soluciones contractuales y extracontractuales», 2020, disponible en https://www.gap.com/wpcontent/uploads/2020/07/Dieselgate_soluciones_contractuales_extracontractuales.pdf.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Más allá del Dieselgate: el insostenible caso en favor de remedios sostenibles en las ventas al consumidor», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 45, 2023, pp. 2-28.

CARRASCO PERERA, Ángel, GARCÍA MONTORO, Lourdes, «Batalla legal contra Volkswagen: el desmedido interés de los afectados en obtener un beneficio económico del escándalo Dieselgate», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 18, 2016, pp. 1-16.

CITIBOX, Buzones inteligentes, <https://citibox.com/es/buzones-inteligentes>.

CLARK, Jess, Amazon and Waitrose ban customer for complaints and returning too much, THE GUARDIAN (Ag. 13. 2022), <https://www.theguardian.com/money/2022/aug/13/amazon-waitrose-customer-banned-complaints-returning-too-much>.

DEMARQUE, Christophe, CHARALAMBIDES, Laetitia, HILTON, Denis J., WAROQUIER, Laurent, «Nudging sustainable consumption: The use of descriptive norms to promote a minority behavior in a realistic online shopping environment», *Journal of Environmental Psychology*, núm. 43, 2015, pp. 166-174.

ECOMMERCE FOUNDATION, «Ecommerce Benchmark & Retail Report 2016», 2016, disponible en <https://www.ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2016/06/Ecommerce-Benchmark-Retail-Report-2016.pdf>.

SENDCLOUD, The state of e-commerce returns in 2022 and beyond, <https://www.sendcloud.com/state-of-ecommerce-returns-and-beyond/>.

EUROCONSUMERS, «Refurbished iphones are getting better and better», <https://www.euroconsumers.org/activities/refurbished-iphones-improve>.

COMISIÓN EUROPEA, «Consumer testing of alternatives for communicating the Environmental Footprint profile of products», 2019, disponible en https://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/pdf/2019_EF_commtest_report.pdf.

«Study on the application of the Consumer Rights Directive 2011/83/EU», 2017, disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6f790c9e-a7e6-11e7-837e-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>.

«Study on the costs and benefits of extending certain rights under the Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/94/EC», 2017, disponible en [file:///C:/Users/gizqu/Downloads/study%20on%20the%20costs%20and%20benefits%20of%20extending%20certain-DS0117247ENN%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/gizqu/Downloads/study%20on%20the%20costs%20and%20benefits%20of%20extending%20certain-DS0117247ENN%20(1).pdf)

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular, Bruselas, 2.12.2015 COM(2015) 614 final.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, Bruselas, 11.3.2020 COM(2020) 98 final.

DOPSON, Elise, The Plague of Ecommerce Return Rates and How to Maintain Profitability, SHOPIFY (Ag. 25, 2021), <https://www.shopify.com/enterprise/ecommerce-returns>.

EUROPEAN LAW INSTITUTE, «European Commission's Public Consultation on Sustainable Consumption of Goods – Promoting Repair and Reuse. Response of the European Law Institute», 2022, disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_Sustainable_Consumption_of_Goods.pdf.

GARCÍA GOLDAR, Mónica, «Propuestas para garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles (ODS 12)», *Revista de Fomento Social*, núm. 76/1, 2021, pp. 91-114.

«The inadequate approach of Directive (EU) 2019/771 towards the circular economy», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 29, núm. 1, 2022, pp. 9-24.

GÓMEZ POMAR, Fernando, «Economic Analysis of the Directive», en BIANCA, Massimo C., GRUNDMANN, Stefan (eds.), *EU Sales Directive. Commentary*, Intersentia, Oxford, 2002, pp. 69-71.

«El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *Indret*, núm. 4, 2019, pp. 1-7.

HJORT, Klass, LANTZ, Björn, «The impact of returns policies on profitability: A fashion e-commerce case», *Journal of Business Research*, núm. 69, 2016, pp. 4980-4985.

JANSSEN, André, «The Dieselgate Saga: the Next Round», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, núm. 5, 2022, pp. 169-172.

KEIRSBILCK, Bert, TERRY, Evelyne, MICHEL, Anaïs, ALONGA, Ivano, *Sustainable Consumption and Consumer Protection Legislation. How can sustainable consumption and longer lifetime of products be promoted through consumer protection legislation?*, European Parliament. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies, 2020, pp. 1-27.

KENDALL, Keith, «Nudge – Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness», *Sustainability Accounting, Management and Policy Journal*, vol. 1, núm. 1, 2010, pp. 106-112.

LILLEHOLT, Kare, «A Half-built House? The New Consumer Sales Directive Assessed as Contract Law», *Juridica Internacional*, núm. 28, 2019, pp. 1-8.

LOEWENSTEIN, George, SUNSTEIN, Cass R., GOLMAN, Russell, «Disclosure: Psychology Changes Everything», *Annual Reviews Economics*, núm. 6, 2014, pp. 391-419.

LOOS, Marco B. M., «Rights of Withdrawal», Centre for the Study of European Contract Law. Working Paper Series, núm. 4, 2009, pp. 1-30.

«European harmonisation of online and distance selling of goods and the supply of digital content», Center for the Study of European Contract Law. Working Paper Series núm. 08, 2016, pp. 1-36.

«Rubbish or recycling? Furthering sustainability by developing specific provisions for the sale of second-hand goods» Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper núm. 2022-15, Amsterdam Centre for Transformative private law Working Paper núm. 2022-02, 2002, p. 1-23.

LOXONE, Smarts Access Control, <https://www.loxone.com/enen/products/access-control/> (consulta realizada el día 16 de noviembre de 2022).

MAITRE-EKERN, Eléonore, DALHAMMAR, Carl, «A Scandinavian Perspective on the Role of Consumers in the Circular Economy», en KEIRSBILCK, Bert, TERRY, Evelyne (eds.), *Consumer Protection in a Circular Economy*, Intersentia Publishing nv, Cambridge, 2019, pp. 201-223.

MAK, Vanessa, TERRY, Evelyne, «Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law», *Journal of Consumer Policy*, núm. 43, 2019, pp. 227-248.

MAK, Vanessa, LUJINOVIC, ENNA, «Towards a Circular Economy in EU Consumer Markets. Legal possibilities and Legal Challenges and the Dutch Example», en KEIRSBILCK, Bert, TERRY, Evelyne (eds.), *Consumer Protection in a Circular Economy*, Intersentia Publishing nv, Cambridge, 2019, pp. 161-183.

MCKINNON, Alan, CULLINANE, Sharon «Comparative analysis of the carbon footprints of conventional and online retailing: A “last mile” perspective», *International Journal of Physical Distribution & Logistics Management*, núm. 40, 2010, pp. 103-123.

MICKLITZ, Hans W., SCHIEFKE, Nikola, LIEDTKE, Christa, KENNING, Peter, SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, Louisa, BAUR, Nina «E-commerce and the trade-off between consumer protection and sustainability», Advisory Council for Consumer Affairs at the German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, 2020, pp. 1-47.

OECD, Tackling Environmental Problems with the Help of Behavioural Insights, https://read.oecd-ilibrary.org/environment/tackling-environmental-problems-with-the-help-of-behavioural-insights_9789264273887-en#page5

OLÁH, Judit, KITUKUTHA, Nicodemus, HADDAD, Hassam, PAKURÁR, Miklós, MÁTÉ, Dominican, POOP, József «Achieving Sustainable E-Commerce in Environmental, Social and Economic Dimensions by Taking Possible Trade-Offs» *Sustainability*, vol. 11, núm. 1, 2018, pp. 1-22.

O’ROURKE, Dara, RINGER, Abraham «The Impact of Sustainability Information on Consumer Decision Making», *Journal of Industrial Ecology*, vol. 20, núm. 4, 2015, pp. 882-89.

PAAZL, Delivering Sustainability. When shipping gets serious, <https://www.retailinsiders.nl/docs/826a7f1d-11c0-4bd7-9d8f-beacbb0c4092.pdf>.

PARCEL HOME, Never miss a delivery with ParcelHome, <https://www.parcelhome.com/>.

REKAITI, Pamaría, VAN DER BERGH, Roger «Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach» *Journal of Consumer Policy*, vol. 23, núm. 4, 2000, pp. 371-407.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María «Análisis del Dieselgate desde el Derecho civil (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 561/2021, de 23 de julio)», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXV, 2022, fasc. II, pp. 635-724.

ROSENBAUM, Mark S., KUNTZE, Ronald «Looking good at the retailer's expense: investigating unethical retail disposition behavior among compulsive buyers», *Journal of Retailing and Consumer Services*, núm. 12, 2005, pp. 217-225.

SCHUBERT, Christian «Green nudges: Do they work? Are they ethical?», *Ecological Economics*, núm. 132, 2017, pp. 329-342.

SCHUELLER, Erica, Who has the Right to Repair?, FLEET MAINTENANCE (Feb. 12, 2018), <https://www.fleetmaintenance.com/in-the-bay/diagnostic-and-repair/article/20989863/who-has-the-right-to-repair>.

SCHULTE-NÖLKE, Hans, TWIGG-FLESNER, Christian, EBERS, Martin *EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis*, Universität Bielefeld, 2007.

SIMON, Rita «Limits of EU citizens' capacity for sustainable consumption», *EELF Annual Conference 2021*, Bournemouth University, 2021. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=VA9TwGHONgs>.

SOTO PINEDA, Jesús Alfonso «Reflexiones acerca de las posibles incompatibilidades de la obsolescencia programada con el sistema de defensa de los consumidores», *Actualidad Civil*, núm. 6, 2015, pp. 1-21.

TERRYN, Evelyne, VAN GOOL, Elias «The role of European consumer regulation in shaping the environmental impact of e-commerce», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 10, núm. 3, 2021, pp. 89-101.

TWIGG-FLESNER, Christian «Consumer Goods Guarantees in the DCFR», *European Review of Private Law*, núm. 4, 2009, pp. 641-657.

VAN GOOL, Elias, MICHEL, Anaïs «The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis», en *European Journal of Consumer and Market Law*, núm. 4, 2021, pp. 136-148.

VAN LOON, Patricia, DEKETELE, Lieven, DEWAELE, Joost, MCKINNON, Alan, RUTHERFORD, Christine «A comparative analysis of carbon emissions from online retailing of fast moving consumer goods», *Journal of Cleaner Production*, núm. 106, 2015, pp. 478-486.

VECINA AZNAR, Álvaro «El TJUE abre abre las puertas a la resolución contractual en los vehículos afectados por el Dieseldgate», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 43, 2022, pp. 34-51.

WIENS, Kyle, Using copyright to keep repair manuals secret undermines circular economy, THE GUARDIAN, (Dic. 20, 2013), <https://www.theguardian.com/sustainable-business/copyright-law-repair-manuals-circulareconomy>.

ZOLL, Fryderyk «Commentary of the article 111 CESL», en SCHULZE, Reiner (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 507-511.

Cárteles duros y Derecho penal: reflexiones a partir de su reciente criminalización en España

Sumario

-

En el presente artículo se analiza el nuevo escenario creado a partir de la publicación de La Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. Analiza en qué medida dichas alteraciones sugieren un refuerzo penal a la aplicación pública del Derecho de la Competencia en los casos de cárteles de núcleo duro, con especial atención a los cárteles en licitaciones, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la clemencia penal y el programa de cumplimiento antitrust.

Abstract

-

This article analyses the new scenario created from the edition of the Organic Law 14/2022, of December 22, intended to transpose European Union Directives and other provisions for the adaptation of criminal legislation to European Union law and reform of crimes against moral integrity, public disorder and smuggling of dual-use weapons. It considers to what extent these changes imply a penal reinforcement to the public application of Competition Law regarding hard core cartels, with special attention to bid rigging, criminal liability of legal entities, penal leniency and antitrust compliance programs.

Zusammenfassung

-

Dieser Artikel analysiert die durch das Gesetz 14/2022 vom 22. Dezember herbeigeführte Reform. Das Gesetz geht um die Umsetzung der europäischen Richtlinien und anderer Bestimmungen zur Anpassung des Strafrechts an das Recht der Europäischen Union sowie die Reform der Straftaten gegen die moralische Integrität, und des Schmuggels von Waffen mit doppeltem Verwendungszweck. Wird in dem Artikel die Frage gestellt, inwieweit diese Änderungen eine strafrechtliche Verstärkung der öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in Fällen von Hardcore-Kartellen nahelegen, mit besonderem Augenmerk auf Ausschreibungskartellen, der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen, der strafrechtlichen Kronzeugenregelung und dem Programm zur Einhaltung der Kartellvorschriften.

Title: *Hard core cartels and Penal law: reflections from its recent criminalization in Spain*

Titel: *Hardcore-Kartelle und Strafrecht: Überlegungen zu derzeitigen Kriminalisierung in Spanien*

-

Palabras clave: *derecho penal de la competencia; cárteles duros; cárteles en licitaciones; responsabilidad penal de la persona jurídica; programas de cumplimiento antitrust*

Keywords: *Competition Criminal Law; Hard-core cartels; Bid rigging; Criminal liability of the legal person; Antitrust Compliance Programs*

Stichwörter: *Wettbewerbsstrafrecht; Hardcore-Kartelle; Angebotsabsprachen; Strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person; Kartellrechtliche Compliance-Programme*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.06

-

2.2023

Recepción
11.11.2022

-

Aceptación
27.12.2022

-

Índice

-

1. Planteamiento inicial

2. Una primera precisión relacionada con los cárteles duros

3. Aproximación al Derecho público de la competencia de corte angloamericano

4. Escenario europeo: la lucha contra el abuso de mercado

5. La competencia como bien jurídico-penal protegido

5.1. Integridad y confianza en los mercados

5.2. Sistema de economía de mercado y libre competencia

5.3. Protección penal de la competencia y cárteles duros

6. Cárteles duros y subsunción típica

6.1. Dificultades de subsunción típica de los cárteles duros en el art. 284.1 CP con anterioridad a la L.O. 1/2019

6.2. El nuevo art. 284.1.1º CP: finalmente la criminalización de los cárteles duros

6.3 El art. 262 CP y los cárteles en licitaciones

7. Responsabilidad penal corporativa


7.1. Programas de cumplimiento en materia de competencia o *compliance antitrust*

7.2. La «clemencia penal» y los *whistleblowers*

8. Breves conclusiones

9. Bibliografía

-

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

1. Planteamiento inicial

Resulta interesante -y a la vez intrigante- analizar cómo evolucionó la legislación de defensa de la competencia, o legislación *antitrust*, en España y su progresivo distanciamiento del orden penal, obviando la tradición decimonónica del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas que resulta de la libre competencia, mientras se trataba de consolidar lo que sería la primera normativa administrativa *antitrust* española -la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963- hasta llegar a la actual Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC, en adelante), que se transformó en el referente único a la hora de sancionar el fenómeno que aquí nos interesa más de cerca: los cárteles duros (*hard core cartels*) o restricciones horizontales contrarias a la competencia.

No es, sin embargo, el propósito de estas líneas profundizar en el análisis histórico de los motivos determinantes de dicho distanciamiento¹, sino constatar en qué medida las alteraciones de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, , además de las alteraciones efectuadas en el actual tipo penal de maquinaciones para alterar el precio de las cosas del art. 284.1.1º del Código Penal por la reforma del año 2019, permiten alcanzar las conductas de cárteles duros. La mirada hacia atrás se justifica tan solamente por el hecho de que la reforma llevada a cabo en el año 2019 resucitó la fórmula utilizada en los inicios del movimiento de codificación de la legislación penal en Europa y que también se utilizaba en el Código Penal español de 1848-50²: los «medios artificiosos».

Lo cierto es que los medios artificiosos como medios comisivos para promover alteraciones de precios anticompetitivas habían sido abandonados por el Código Penal de 1973, que los sustituyó por la famosa fórmula «usando cualquier otra maquinación» (art. 540, CP 1973) -y de ahí, el decimonónico delito de maquinaciones-, que a su vez, no sobrevivió a las críticas de que padecía de ambigüedad y generaba inseguridad jurídica, siendo eliminado definitivamente con la edición del Código Penal de la democracia, el Código Penal de 1995, que restringió la comisión del delito a los medios comisivos de la violencia, amenaza o engaño o la difusión de noticias falsas (art. 284, CP 1985).

La exclusiva utilización del ordenamiento administrativo-sancionador venía condicionada, en gran parte, por los medios comisivos exigidos por el art. 284 del Código Penal de 1995, que prácticamente inviabilizaban la subsunción de los cárteles duros, pues, como regla, no se emplea violencia o se difunden noticias falsas, ni opera un engaño para su comisión. En la casi totalidad de los casos se trata de un acuerdo voluntario entre empresarios, un pacto de no competir, fruto de la reunión de voluntades orquestada con el objetivo de falsear la competencia y obtener beneficios económicos extras a través de la práctica de sobreprecios por el cártel.

¹ Remitimos el lector al minucioso y detallado análisis histórico efectuado por CUERDO MIR, *Tradiciones penales y Derecho público de la Competencia*, 2016, pp. 383-390. Cfr., también, el monográfico de BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de precios. Especial referencia a los artículos 262, 281 y 284 CP*, 2001.

² Art. 451 CP 1848: «Los que esparciendo falsos rumores, o usando de cualquier otro artificio, consiguieren alterar los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia en las mercancías, acciones, rentas públicas o privadas, o cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación»; cuyas concordancias según PACHECO, son el Código penal napoleónico de 1810 de Francia, las Partidas, el Digesto y el Código Penal austríaco. Cfr. PACHECO, *El Código Penal Concordado y Comentado. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera*, 1848 (reimpresión 2000), pp. 1273-1283, donde señala que también fueron de gran influencia los Códigos Penales brasileño y napolitano.

Si bien algunos autores defendían -no sin dificultades- que algunas conductas colusorias contrarias a la competencia podían subsumirse en el decimonónico tipo penal de maquinaciones³, la jurisprudencia no se hizo eco de los reclamos doctrinales, quizás bajo la premisa de que el Derecho Administrativo Sancionador y la imposición de multas millonarias eran suficientes y desplegaban los efectos disuasorios necesarios. Ni siquiera con relación a los cárteles en licitaciones se planteó seriamente su tipificación como delito de alteración de precios en concursos y subastas públicos del art. 262 CP⁴, con lo cual -pudiendo o no-, hasta la fecha apenas se utilizó la vía penal, pese a la gran lesividad social que presentan los cárteles duros y los déficits -cada vez más evidentes- de que la sanción puramente económica no era capaz de detener este tipo de criminalidad.

Para poder entender bien la preocupación previa que subyace al análisis que pretendemos realizar en el presente trabajo, nos parece adecuado, primeramente, hacer una precisión conceptual de los cárteles duros (a), así como, una breve incursión en el Derecho público de la Competencia de corte angloamericano, en la medida en que se trata de la legislación paradigmática en este ámbito (b); para entonces adentrarnos en el análisis del cambio de paradigma impuesto por la L.O. 14/2022 y sus efectos en términos de tipificación penal de los cárteles duros (c) y las consecuencias en términos del sistema penal de responsabilidad corporativa actual (d).

2. Una primera precisión conceptual relacionada con los cárteles duros

El significado jurídico preciso de los cárteles duros puede ser elusivo. Inicialmente, en relación con su uso epistemológico, en la definición legal -como en las cosas de la vida-, puede ser más fácil reconocer el fenómeno que describirlo. Quizás ese sea el problema. ¿Qué son los cárteles empresariales? ¿Un acuerdo? ¿Una asociación empresarial para delinquir? Con frecuencia el término se utiliza en ambos sentidos, pero la discusión va más allá de los posibles significados semánticos, pues su conceptualización limita el objeto de regulación de este fenómeno, lo que, como veremos, tiene relevancia en términos de protección penal de la competencia.

La definición de cárteles viene dada por el apartado 2º de la Disposición Adicional 4ª de la LDC, como «todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta y otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la

³ Sobre la ponderación de las razones de inhibición penal frente a la eficacia de la sanción administrativa o, por el contrario, la necesidad de utilización de la sanción de prisión en virtud de los déficits de eficiencia y eficacia de la sanción administrativa, temas a los que no nos dedicaremos en este estudio, *vid.* FONSECA FURTADO, *Cárteles de núcleo duro y Derecho penal ¿Por qué criminalizar las colusiones empresariales?*, 2017; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Conductas restrictivas de la competencia y Derecho penal», en ROBLES MARTÍN-LABORDA (coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, 2017, pp. 79-121; también, BLANCO CORDERO, «La sanción penal de los cárteles horizontales de núcleo duro: propuesta político-criminal para el Derecho penal y de la Unión Europea», en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, pp. 75-109; MENDO ESTRELLA, «¿Es posible sancionar penalmente los cárteles económicos actualmente en España? Propuestas de futuro (1)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (65-1), 2012, pp. 225-251; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia?», en MARTÍNEZ LAGE/PETITBÓ JUAN (dirs.), *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, 2008, pp. 75 ss. Un análisis más global en FERNANDES GODINHO/CASTRO MARQUES, *Competition criminal law: an international and global trend?*, SHS Web of Conferences, 92, 03011, 2021.

⁴ Si bien el problema con relación al art. 262 CP es distinto, pues se refiere a los «postores» lo que restringe el ámbito de aplicación únicamente a las subastas, *vid. infra* 6.3.

propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia»⁵.

La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) adopta un concepto un poco distinto, como «la actividad que consista en coordinar el comportamiento de una empresa en el mercado o influir en los parámetros de competencia a través de conductas tales como la fijación, directa o indirecta, de precios, de otras condiciones comerciales o de servicio, de cuotas de producción o de ventas, los intercambios de información sobre precios a aplicar o cantidades proyectadas; el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, la restricción de las importaciones o las exportaciones o los boicots colectivos»⁶.

Resulta evidente que son definiciones muy amplias, que incluyen conductas que no coinciden con el concepto más restricto de cárteles duros o *hard core cartels*⁷. Hay algunos elementos que son comunes a los cárteles en sentido amplio y, específicamente, al subgénero de los cárteles duros: a) un acuerdo de voluntades; b) entre competidores; c) para restringir la competencia. Ahora bien, aunque estos elementos comunes son claros, no nos ayudan a precisar exactamente qué tipo de conductas determinan que el acuerdo empresarial pueda restringir o eliminar la competencia o que puedan considerarse integrantes del concepto más restrictivo de cárteles duros.

Una primera precisión técnica importante es que los acuerdos anticompetitivos pueden ser realizados entre empresas en un mismo plano o nivel en el mercado, es decir, entre competidores directos -llamados «acuerdos horizontales»-, o en niveles diversos como, por ejemplo, entre proveedores y principales, y, por este motivo, se denominan «acuerdos verticales»⁸ para restringir o eliminar la competencia.

En la definición que acabamos de mencionar es imprescindible que las empresas «compitan entre sí», con lo cual los acuerdos «verticales» contra la competencia no integran el concepto de

⁵ El concepto fue modificado por 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, que supuso la transposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia. Cfr. RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, «El nuevo concepto de cártel de la LDC a la luz de la práctica de la CNMC», en BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, 2019, pp. 37-82.

⁶ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA, *¿Qué es un cártel?* - CNMC Blog, acceso en 09/11/2022. Esta definición se basa en la Disposición Adicional 4ª, apartado 2, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁷ Sobre la tipología de los cárteles duros a través de un análisis de los casos resueltos por la CNC y la CNMC véase CORTI VARELA, J. «Tipología de cárteles duros: un estudio de los casos resueltos por la CNC y la CNMC», en BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, 2015, pp. 109-130.

⁸ A nivel internacional, cfr. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO, *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, C/M (98)7/PROV, adoptada por el Consejo en la 921ª Sesión en 25 de marzo 1998, disponible en: Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels - OECD, acceso el 16/05/2022; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, «Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties», *Building blocks for effective anti-cartel regimes*, Grupo de Trabajo sobre Cárteles, 4ª Conferencia anual, Bonn, Alemania, 6-8 junio, 2005, disponible en: Building Blocks Report - ICN (internationalcompetitionnetwork.org), acceso el 09/11/2022.

cárteles duros⁹. La clave para entender el tratamiento jurídico diferenciado que se da a las restricciones verticales está en que se consideran conductas racionales desde el punto de vista económico y jurídico¹⁰, una vez que las empresas involucradas no compiten entre sí. Por consiguiente, los acuerdos «horizontales» son los que únicamente integran el concepto de «cárteles duros», pues como se trata de empresas que están en un mismo eslabón del mercado y compiten entre sí, la colusión entre ellas configura la especie de cárteles económicos que más daños causa a la competencia y por este motivo se califican como «duros».

Ahora veamos las modalidades de cárteles duros. La primera y más común de ellas es el pacto de fijación de precios, que se produce cuando se fija o altera, al alza o a la baja, voluntariamente y de manera más o menos simultánea, el precio de un mismo producto. No es necesario que todas las empresas pongan el mismo precio, además el acuerdo puede consistir en establecer precios mínimos o crear o eliminar descuentos.

Con relación al sistema de precios, resulta imprescindible que se efectúen algunas consideraciones preliminares relacionadas con las colusiones. Las políticas de precios que se entienden como anticompetitivas son: a) las de precios excesivamente elevados; b) excesivamente bajos; y c) discriminatorios. Los primeros son los típicos de empresas monopolistas u oligopolistas o con poder de mercado (los supuestos de abuso de posición dominante) y son propios de situaciones de ausencia o disminución de la competencia.

En general, los cárteles económicos practican alteraciones de precios al alza y logran beneficios superiores a los que se obtendrían con unos precios a nivel competitivo, con una lesividad que se destaca en términos cuantitativos y cualitativos de las demás conductas de alteración de precios.

Los precios excesivamente bajos son denominados precios predatorios y, si se mantienen durante un período largo de tiempo, obligan a entrar en pérdidas a empresas rivales y, en ocasiones, provocan su desaparición del mercado.

Los precios discriminatorios se traducen en la práctica de diferentes precios por prestaciones equivalentes. La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal dispone en su artículo 17 que, salvo disposición contraria de las leyes o reglamentos, la fijación de los precios es libre y señala que, no obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal. El abuso en la fijación de precios -en el caso del *discriminatory pricing* de que habla este precepto-, es un tema de competencia desleal entre empresas, que no tiene por qué integrar el tipo de injusto de cárteles de núcleo duro. Las leyes antidiscriminación de precios suelen formar parte de la normativa dirigida a salvaguardar los intereses de los pequeños negocios (Pymes), pues la ilegalidad de la discriminación no depende en absoluto de su efecto nocivo para la competencia.

⁹ Tampoco integran el concepto de cárteles duros otras conductas prohibidas enumeradas en el art. 1º de la LDC como, por ejemplo, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, la venta casada, etc.

¹⁰ Como correctamente señala ZURIMENDI ISLA, A. «El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales», *InDret*. (1), 2007: «los acuerdos verticales, al ser celebrados por no competidores, esto es, por personas con intereses distintos pero que sí son conciliables y compatibles, son desde el punto de vista económico totalmente racionales, pues la intención natural de las partes será colaborar contractualmente resolviendo los problemas de las partes compatibilizando sus intereses con el objetivo de optimizar los beneficios de ambos reduciendo los costes de transacción, fin que resulta lícito».

La formación de los precios debe ocurrir con una cierta libertad. Lo que existe en el mercado es una libertad relativa de precios que arroja, cuando no hay escasez de un producto, unos precios normales, que oscilan entre un máximo y un mínimo, pero que, al mismo tiempo, son sumamente relativos -por eso, los precios pueden subir en Navidades y en verano en zonas turísticas aun cuando no exista razón de escasez que lo justifique¹¹. Se trata de la evolución ordinaria del mercado, dentro de sus propias circunstancias.

Por otro lado, otra importante modalidad de cárteles duros es la del amaño de licitaciones, que suele producirse en los concursos de adjudicación de contratos públicos y consiste en acordar conjuntamente las ofertas a presentar con el fin de eliminar o reducir la competencia¹², establecer precios más elevados o los denominados sobrepuestos para obtener ventajas económicas ilícitas.

Por último, la limitación de la producción y reparto de mercados consiste, respectivamente, en fijar cuotas de producción para mantener artificialmente alto el precio de un producto y pactar las empresas no entrar en el territorio una de la otra o repartir los clientes entre sí.

En suma, los acuerdos horizontales sobre los términos de la competencia o sobre cuando competir «no se consideran una actividad normal de unión» entre empresas integrando sus actividades como forma de garantizar más eficiencia y beneficiar a los consumidores (v.g., una *joint venture*), sino que se entienden como un «juego sucio» que no respeta las reglas y, por eso, merecen ser sancionados. Las alteraciones artificiosas de precios a través de los pactos o acuerdos colusorios empresariales están prohibidas en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos de países con economía de mercado, lo que incluye a los países miembros de la Unión Europea, varios de los cuáles utilizan sanciones penales contra una o varias modalidades de conductas de cárteles duros¹³.

3. Aproximación al Derecho público de la competencia de corte angloamericano

Como es bien sabido, la cuna del Derecho *antitrust* es Estados Unidos, donde desde muy tempranamente se desarrolló un Derecho público de la competencia con un brazo articulado en el Derecho penal. El Derecho de la Competencia norteamericano se estructura en dos grandes bloques que operan en dos planos distintos: a) en el «plano vertical», en el que el Poder público

¹¹ Esto explica por qué en Estados Unidos: a) algunos acuerdos verticales también forman parte de la Sección 1ª de la *Sherman Act*; b) las prácticas que hacen referencia a otros aspectos de la relación comercial distintos al precio, como por ejemplo, los acuerdos anudados o los acuerdos de distribución exclusiva, regulados por la Sección 3ª de la *Clayton Act*, han sido más toleradas tanto por los Tribunales como por la legislación del Congreso, a no ser que sus efectos anticompetitivos fueran evidentes. En España, son atípicas las conductas de precios abusivos ante la escasez de un bien y las conductas de acaparamiento tienen relevancia penal solo si los productos son de primera necesidad (art. 281 CP). Por otro lado, si el precio es intervenido por el Estado y no se fija libremente, pues está sometido a control o autorización administrativa, no se da la posibilidad de formación de cárteles económicos.

¹² Sobre la colusión entre oferentes a licitaciones véase la *Guía sobre contratación pública y competencia*, elaborada por la antigua Comisión Nacional de la Competencia, pero que explica las modalidades de posturas encubiertas, supresión de propuestas, rotación del ganador, comúnmente utilizadas por las empresas participantes en cárteles en licitaciones. Disponible en: [guia_contratacion_v41_0.pdf](#) ([hacienda.gob.es](#)). Acceso el 09/11/2022. Cfr., también, RAMOS MELERO, «Diseño de la competencia por el mercado de los servicios de interés económico general: evitar el ‘bid rigging’», en BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, 2019, pp. 531-556.

¹³ Cfr. el mapa de la criminalización de cárteles duros en los países miembros de la Unión Europea en FONSECA FORTES-FURTADO, *Cárteles de núcleo duro*, 2017, p. 117.

es el protagonista a través de órganos judiciales u otro orden gubernativo con poderes de investigación y procesales, con capacidad para imponer sanciones; y b) en el «plano horizontal», en el que se encarga la protección de la competencia al ámbito privado, dentro de una relación entre iguales o, al menos, entre sujetos con igual acceso a medios y recursos, y donde un tercero, que puede ser un órgano jurisdiccional civil o mercantil, puede declarar ilícita la conducta y cesarla, además de poder fijar la reparación de los daños ocasionados a la víctima¹⁴.

El Derecho público de la Competencia se desarrolló de manera muy discreta en Europa en términos comparativos con Estados Unidos, sobre todo en el plano vertical en el que la protección penal de la competencia tiene particularidades que descansan, principalmente, pero no solo, en la posibilidad de aplicar penas privativas de libertad a las personas físicas que desde el entramado empresarial son las que, en efecto, controlan las actividades colusorias de las empresas.

Así, la sección penal de la *Antitrust Division* del *Department of Justice* (DOJ)¹⁵ se ocupa de los casos más graves que afectan a la competencia¹⁶, o sea, de las restricciones horizontales, o los denominados cárteles duros, cuya definición hemos visto más detalladamente en el apartado anterior. Así que la intervención del DOJ está sujeta al principio acusatorio¹⁷ y es selectiva, pues no se ocupa de las demás infracciones que están en la legislación administrativa sancionadora *antitrust*.

Así las cosas, la jurisprudencia norteamericana ha restringido la acción penal a los supuestos de cárteles duros a los que se les aplica la regla *per se*¹⁸ de la *Sherman Act* y que causen una grave afectación de la dinámica competitiva¹⁹ y exige una relación de imputación entre la afectación

¹⁴ Cfr. JIMÉNEZ CARDONA, *La aplicación del derecho antitrust en los EEUU*, 2021, p. 17.

¹⁵ La *Antitrust Division* en la actualidad se divide en dos secciones: la penal y la civil. En principio, es el órgano que ostenta el monopolio del ejercicio de la acción penal, sin olvidarnos de los sujetos legitimados para actuar en otras jurisdicciones.

¹⁶ El modelo norteamericano adopta el sistema de triple atribución de legitimación, como pone de relieve JIMÉNEZ CARDONA, *La aplicación del Derecho antitrust en los EEUU*, p. 77: «En dicho sistema se reconoce la legitimación para la incoación y represión de conductas anticompetitivas, en sede de *public enforcement*, tanto a la *Antitrust Division* (en virtud de la sección 15, letras a y f, de la *Clayton Antitrust Act*), como a la *FTC* (de acuerdo con lo dispuesto en la sección 42 y siguientes de la *Federal Trade Comision Act*). Igualmente, se contempla la capacidad para promover acciones civiles a aquellos particulares que resulten afectados por las prácticas anticompetitivas en virtud de lo dispuesto en la sección 4, letra a, de la *Clayton Antitrust Act*; así como, de forma más excepcional, a los fiscales generales de los diferentes Estados, según lo dispuesto en las secciones 4, letra c, y 16 de la *Clayton Antitrust Act* (ambas referidas a las acciones *parens patriae*). El criterio de la gravedad es el que determina la actuación penal por parte de la *Antitrust Division*; sin embargo, el cauce principal de las demandas se verifica en la jurisdicción civil – medio de resolución de conflictos por excelencia –, lo que implica una distancia abismal entre el sistema estadounidense y el europeo.

¹⁷ Este órgano tiene determinadas facultades resolutivas, tales como iniciar una acción judicial contra un determinado sujeto sin la previa decisión favorable del órgano jurisdiccional penal por infracción de las disposiciones de la *Sherman Antitrust Act* (el *Grand Jury*), poner fin anticipadamente al proceso a través de un acuerdo transaccional o conformidad (*pleas*).

¹⁸ La regla *per se* del Derecho de la competencia norteamericano se refiere a determinados tipos de acuerdos restrictivos de la competencia que se consideran prohibidos por su propia naturaleza y cuya ilegalidad se presume.

¹⁹ La restricción no es casual, como explica JIMÉNEZ CARDONA, *La aplicación del Derecho antitrust en los EEUU*, p. 85: «Ello es así, porque si la jurisdicción penal hubiera optado por extender su conocimiento a las restantes tipologías de conductas anticompetitivas se hubiera acabado por comprometer seriamente la viabilidad del proceso civil. A causa de las *vis attractiva* que envuelve el proceso penal y del efecto suspensivo que comporta sobre el ejercicio de las restantes acciones de reclamación civil (vid. la sección 15 de la *Clayton Antitrust Act*), el ejercicio de la acción penal por parte de la *Antitrust Division* acarrearía la suspensión o la no incoación de las actuaciones en sede jurisdiccional civil, lo que, en definitiva, además de vaciar de contenido el objeto del proceso civil, acabaría por asignar, *ipso facto*, derechos de acción de primera y segunda categoría.», pues solo en caso de no actuación de la *Antitrust División* los demás legitimados podrían deducir pretensiones civiles.

de la competencia y la conducta colusoria, y, por último, se exige un elemento subjetivo consistente en el ánimo o intención de subvertir la dinámica competitiva por parte del infractor²⁰.

Los países miembros de la U.E. en general adoptan un modelo administrativo/civil (*private enforcement*) de protección de la competencia, cuya característica básica es la no utilización del Derecho penal y de la prisión como pena, con la sanción económica como protagonista exclusiva, con excepción de los países que optaron por una criminalización parcial de las conductas de cárteles, como es el caso de Alemania después de haber destapado graves casos de cárteles en licitaciones de importantes obras públicas y sus relaciones con la corrupción de funcionarios y con el amaño de licitaciones (§ 298 del StGB)²¹. Con la reforma del año 2022 España se suma a los países que optan por la criminalización y a continuación veremos los antecedentes de la reforma y su alcance.

4. Escenario europeo: la lucha contra el abuso de mercado

Una de las primeras directivas de la Unión Europea en materia penal²² trata del abuso de mercado, bajo cuyo concepto se encuentran acciones que persiguen intervenir el normal funcionamiento de los mercados y que, por consiguiente, afectan a la competencia y pueden estar relacionadas con el abuso de información privilegiada, la comunicación ilícita de información privilegiada y con las alteraciones de precios fraudulentas²³.

²⁰ Sobre el elemento subjetivo consistente en infringir el normal funcionamiento del mercado véase *United States vs. Guy Potter and Matthew Giovenco*, 11-CR-316 (2014). También sobre la intencionalidad de la conducta exigida para la configuración del ilícito penal: *United States v. Giordano*, 416 U.S. 505 (1974); *United States vs. Brighton Bldg. Maintenance Co.*, 598 U.S. 1101 (7th Cir. 1979); *United States vs. Cargo Service Stations Inc.*, 657 U.S. 676 (5th Cir. 1981); *United States vs. Seville Indus. Machinery Corp.*, 696 F. Supp. 986 (1988).

²¹ Sobre los modelos de criminalización (total, parcial y el de no-criminalización) y su incidencia global, véase FONSECA FORTES-FURTADO, *Cárteles de núcleo duro*, 2017, pp. 111-150.

²² Respecto del alcance y dimensiones de las competencias penales de la Unión Europea con relación a los cárteles, cfr. LOZANO MANEIRO, «La Criminalización de los cárteles en la Unión Europea», en BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, 2015, pp. 763-794, especialmente las conclusiones (pp. 791-793), donde profundiza sobre las ventajas y desventajas de la criminalización de los cárteles, concluyendo que «parece difícil negar que las sanciones penales, especialmente las que se traducen en medidas privativas de libertad, son el mejor mensaje que puede darse sobre el juicio que merecen determinadas conductas por parte de una sociedad», añadiendo enseguida que «las dimensiones de los cárteles y las dificultades para detectar prácticas que llevan un enorme enriquecimiento injusto apuntan a que son obra de sofisticadas organizaciones en las que parece diluirse la responsabilidad personal» y que «la criminalización conjunta a nivel europeo de los cárteles sería una clara señal sobre el reproche moral que merecen las personas que se esconden en la opacidad de la responsabilidad empresarial».

²³ En aras de no extendernos, nos hacemos eco simplemente de la definición de abuso de mercado que nos aporta, por ejemplo, NIETO MARTÍN, «Protección penal de la competencia y del mercado de valores», en DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ-ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ et. al., *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, pp. 367-368: «de un lado, nos encontramos la regulación del mercado de valores, contenida en la Ley del Mercado de Valores y el Reglamento 596/2004 sobre abuso de mercado, cuyo funcionamiento se encuentra supervisado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la AEMV (Autoridad Europea del Mercado de Valores). En el mercado de valores las reglas de comportamiento básicas se centran en la protección de la información. Se trata de garantizar tres: que ningún participante opere con una información que otros no tienen, que la información no sea manipulada y que los sujetos que emiten títulos valores sean transparentes y revelen con prontitud al mercado cuantos hechos sean relevantes para determinar el precio de sus acciones. Los tipos penales que tutelan estas tres reglas básicas son el abuso de información privilegiada (art. 285), la manipulación de mercados (art. 248.2 y 3), la falsedad en el folleto informativo y la comunicación de hechos relevantes (art. 282 bis)», mientras que, en los demás mercados el objetivo es el de «mantener el mercado abierto, con el fin de que en cualquier momento puedan entrar nuevos competidores. Por esta razón, la libre competencia es esencial para la libertad de empresa (art. 38 CE). El segundo objetivo es impedir comportamientos de los propios competidores que la restrinjan y la falseen. Estas restricciones se evitan y prohíben a través de dos cuerpos normativos conexos, colindantes: el Derecho de la competencia y el Derecho de la competencia desleal».

El Parlamento Europeo, en la Resolución de 19 de enero de 2016 sobre el Informe anual de la política europea en materia de competencia considera que «las normas vigentes en materia de multas imponibles a las personas jurídicas en caso de infracciones deben completarse con sanciones concomitantes contra las personas físicas responsables», en una clara referencia a un posible uso del Derecho penal en la protección de la competencia por los Estados Miembros.

Se puede argumentar que dicha resolución no especifica qué tipo de sanciones hay que imponer a las personas físicas; sin embargo, no nos parece lógica la imposición de otra pena de multa, ya que se sanciona con pena de ese mismo tipo a ambas personas, física y jurídica, por la vía administrativa. Como es bien sabido, las sanciones económicas «podrían ser objeto de compensación por parte de las empresas (bien mediante una indemnización o mejora en las condiciones laborales *ex post*, bien compensando *ex ante* el riesgo ofreciendo mejores condiciones laborales)» a los eventuales directivos como incentivo a cometer la infracción. Lo mismo se podría afirmar con relación a la pena de inhabilitación especial, lo que nos lleva a la conclusión de que el Parlamento Europeo se refiere, sin mencionarlo expresamente, a la sanción privativa de libertad, única sanción intransferible y que, por este mismo motivo, despliega un efecto disuasorio superior.

La discusión sobre la utilización del Derecho penal en este ámbito ganó nuevos contornos directamente relacionados con una mayor preocupación a nivel europeo por los mencionados abusos de mercado²⁴, especialmente por los abusos en el mercado financiero, pero no solamente, algo que en los países de la familia del *common law* se viene haciendo desde hace bastante tiempo a través de la lucha contra el abuso económico -concepto más amplio y que engloba el abuso de mercado-, en la medida en que se constata la necesidad de mejorar la disuasión ahí donde las autoridades de competencia de los Estados miembros no están logrando llegar: a los cárteles económicos²⁵. Por este motivo, se aprobó la Directiva ECN+ encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior²⁶, lo que deja entrever una preocupación latente en términos de mejorar el *enforcement* en relación con algunos supuestos que podrían afectar a la competencia, de entre ellos, fundamentalmente, los abusos en los mercados financieros, pero que también afectan a los mercados de bienes y servicios, con el objetivo de proteger penalmente a la competencia. La L.O. 14/2022, de 22 de diciembre ha finalizado la transposición de la Directiva ECN+ con la introducción de la eximente de

²⁴ El artículo 7º del Reglamento (UE) nº 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión, dispone que «el concepto de abuso de mercado abarca conductas ilegales en los mercados financieros y, a los efectos del presente Reglamento, debe entenderse como la realización de operaciones con información privilegiada, la comunicación ilícita de la misma y la manipulación de mercado. Tales conductas impiden la plena y adecuada transparencia del mercado, que es una condición previa para la negociación por parte de los agentes económicos en unos mercados financieros integrados». Obsérvese que el reglamento trata tan solamente de los abusos en los mercados financieros, que se inserta dentro del concepto más amplio de abuso de mercado.

²⁵ Nos hemos ocupado de la cuestión en FONSECA FORTES-FURTADO, «Nuevos vientos en la criminalización de los cárteles duros en España: la Directiva sobre abuso de mercado (DAM) y la Directiva ECN+», en ROBLES MARTÍN-LABORDA/OLMEDO PERALTA (dirs.), *Estudios de la Red Académica de la Competencia (RADC)*, 2022, pp. 119-138.

²⁶ Real Decreto-Ley 7/2021, del 28 de abril de 2021, por el que se transpone la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 y se modifica, entre otras, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. *Vid.* un análisis crítico de esta regulación, por ejemplo, en COSTAS COMESAÑA, «La transposición de la Directiva ECN+: otra oportunidad perdida para mejorar la eficacia del Derecho español de la competencia», en ROBLES MARTÍN-LABORDA/OLMEDO PERALTA (dirs.), *Estudios de la Red Académica de la Competencia (RADC)*, 2022, pp. 27-56.

colaboración premiada en el art. 288 bis CP, superando el principal escollo señalado por la doctrina para la no persecución penal de las colusiones empresariales.

5. La competencia como bien jurídico-penal protegido

5.1. Integridad y confianza en los mercados

Situados en el contexto de la reforma del año 2022 y delimitado el objeto que nos interesa, en primer lugar, hay que delimitar el bien jurídico-penal protegido. Inicialmente, con relación al tipo penal de alteración de los precios que deberían resultar de la libre competencia, la doctrina oscilaba entre la protección de un bien jurídico de cuño patrimonial²⁷, como es el patrimonio del consumidor (o de los inversores), y, en el otro extremo, la protección de un bien supraindividual o colectivo, que se identificaba con el libre desarrollo de la economía²⁸. La doctrina y jurisprudencia se han alejado de ambos extremos, evitando tanto la concepción patrimonialista exclusiva, por restrictiva, como la protección de la economía, por amplia y de difícil comprobación práctica, para ubicarse en la protección de la competencia como bien jurídico-penal protegido.

Se trata de un bien jurídico de naturaleza supraindividual, colectivo, como reconoce el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, pues se trata de proteger la integridad de los mercados y la confianza de los inversores que actúan en ellos. Además, se trata de un bien jurídico pluriofensivo, pues puede afectar de forma directa a la competencia y de forma indirecta a los intereses de consumidores e inversores. De todas formas, la sencilla referencia a la integridad y confianza en los mercados ayuda a concretar el bien jurídico en relación con los distintos mercados de que se trate.

Nos movemos aquí en el mercado de bienes y servicios, con lo cual importantes valores como la integridad y confianza en el mercado estarían totalmente comprometidos por el «pacto de no competencia» fruto de la colusión empresarial y los consumidores, afectados directa o indirectamente, se verían expoliados de parte de su dinero en virtud del sobreprecio generalmente practicado por el cártel. Esto nos ayuda a entender porque, en Estados Unidos, se suele asociar las conductas de cárteles duros a los delitos de apoderamiento²⁹, como el hurto.

²⁷ Sigue defendiendo esta posición ESTRADA I CUADRAS, «Protección de la propiedad intelectual e industrial, del mercado y de los consumidores», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2020, p. 534, donde señala que «la protección del mercado no tiene sentido si no es para preservar los intereses patrimoniales de quienes intervienen en él». En sentido contrario: vid. la STS 369/2019, de 22 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2499, Caso CAM), donde se afirma que «el precepto no está orientado a la protección del patrimonio individual, sino a garantizar la transparencia, fiabilidad y seguridad del mercado». Se observa en la actualidad una tendencia a alinearse con una interpretación de cuño europeísta basada en el «abuso de mercado», tanto en los mercados financieros (art. 285 ter CP), como en el mercado de bienes y servicios (art. 284.1.1º CP), alejándose de la visión personalista y patrimonialista del bien jurídico, así se reconoce en el Preámbulo de la L.O. 1/2019, de 20 de febrero. Se trataría, como vamos a ver, de proteger de forma inmediata a la competencia y de forma mediata a los intereses del consumidor o del propio Estado (*v.gr.*, en los supuestos de cárteles en licitaciones).

²⁸ Nótese que MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 24ª ed., 2022, p. 523, aboga por la protección de la economía de mercado a través de una determinada «política económica» de precios entendida ésta como el «poder ordenador» que tiene la Administración para fijar los precios en función de los diversos factores concurrentes (libre concurrencia, importancia de determinados artículos, etc.); sin embargo, la mera alteración de precios fijados por una determinada política estatal es atípica en la medida en que el tipo penal exige que se afecte a la competencia «en el libre mercado», con lo cual los precios intervenidos y regulados por el Estado quedarían fuera.

²⁹ En los países del *Common Law* es común que se afirme que no hay mucha diferencia entre la fijación de precios y el hurto. En este sentido, cfr. WILS, «Is criminalization of EU Competition Law the answer?», en

Lo cierto es que se trata indudablemente de un delito socioeconómico, lo que viene avalado también por la actual ubicación sistemática del tipo del art. 284.1.1º CP, en el capítulo que trata «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores»; en todo caso, en necesario seguir concretando el objeto de protección penal.

5.2. Sistema de economía de mercado y libre competencia

En términos constitucionales, la integridad y confianza en los mercados se relaciona con el contenido del art. 38 de la Constitución Española, que sienta las bases para la libre competencia como principio del sistema de economía de mercado, en el cual los agentes económicos acceden libremente y los precios se fijan en función de la oferta y la demanda. Conforme a dicho sistema de libertad de empresa, las conductas atentatorias a la libre competencia podrían sancionarse administrativa o penalmente, pues no existe un mandato constitucional expreso de criminalización³⁰.

Como hemos visto, en una colusión entre empresas para la fijación de precios al alza los agentes económicos que participan en ella desafían, en términos ideológicos, el sistema de libre comercio, ya que conocen la injusticia ínsita en la conducta y atentan contra la competencia conscientemente. Los cárteles duros son acuerdos entre empresarios para cesar o disminuir la competencia entre empresas que producen algo o prestan servicios, de ahí que como regla el fenómeno de formación de un cártel tenga lugar en el sector productivo de la economía y no en el mercado financiero o de valores (bursátil), donde es más difícil coordinarse y controlar factores que a veces no dependen de la exclusiva voluntad de los involucrados en la colusión, como es la subida o bajada de una cotización en el mercado de valores.

Los agentes económicos que intervienen en el mercado confían en que las transacciones de bienes y servicios se llevarán a cabo de manera justa y de acuerdo con las reglas de la oferta y la demanda. Lo que se espera es que exista, valga la expresión, competencia entre los competidores, que el intercambio se produzca de manera voluntaria y que se respeten las reglas del juego (*fair play*). La formación de un cártel supone la negación de todo ello³¹.

Se podría argumentar que ya es suficiente para mantener un cierto nivel de competencia en el mercado que uno de los competidores no participe en el acuerdo colusorio, aunque, en la práctica, resulta extremadamente difícil que ocurra esta hipótesis; aun así, se trataría de una colusión empresarial con vistas a eliminar o reducir la competencia, lo que de por sí ya se consideraría una quiebra importante de la libertad de competencia. Además, las empresas que no forman parte del cártel también se suelen considerar víctimas por la imposibilidad de competir en un mercado fuerte y artificialmente monopolizado por un grupo de empresas (el

EHLERMANN/ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of prohibition of cartels*, 2007, pp. 275 s., donde afirma que una colusión empresarial secreta reúne el mismo contenido moral de reproche que un delito contra el patrimonio como el hurto («*is considered to be immoral, like theft*»).

³⁰ La protección penal de la competencia se extiende a conductas de competencia desleal (arts. 278, 279, 280), corrupción en los negocios (art. 286 bis), competencia en el deporte (art. 362 quinquies), etc.

³¹ Así, BLANCO CORDERO, en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, p. 90: «al ponerse de acuerdo sobre precios, cantidades y mercados, los miembros del cártel crean reglas ocultas conocidas solo por ellos, y que imponen a los demás. La presencia de dichas actividades socava la confianza en la justicia del mercado, cuestiona su credibilidad e integridad. La conducta de los integrantes del cártel supone un ataque directo a la competencia, que es el principio rector del modelo de organización económica de nuestra sociedad, y representa la forma más importante de manifestación del ejercicio de la libertad de empresa».

fenómeno de cartelización genera una concentración del poder económico y una monopolización o abuso del mercado); es el caso, por ejemplo, de la formación de un cártel para bajar los precios y eliminar la competencia de un único competidor que se niega a tomar parte en el acuerdo colusorio; por este motivo, incluso cuando solamente algunas empresas se involucran en el cártel ya se produce una lesión o peligro de lesión grave de la competencia.

Por otro lado, también el Estado y los consumidores son potenciales víctimas del acuerdo colusorio: piénsese en los cárteles en licitaciones³² que comportan un perjuicio para las compras del Estado y un incremento del gasto público; en segundo lugar, en un mercado en el que operan cárteles duros los consumidores sufren perjuicios económicos derivados del sobreprecio de los servicios y mercancías a los que ya nos hemos referido.

No pocas veces, se confunde la competencia con competencia perfecta, lo que genera abundantes malentendidos; por este motivo, trataremos de concretar mejor el bien jurídico-penal protegido³³ relacionándolo con el objeto de estudio, o sea, con los cárteles duros.

5.3. Protección penal de la competencia y cárteles duros

Llegados a este punto, queda claro que el bien jurídico-penal protegido es la libre competencia en el mercado -y no el mercado en sí mismo, o los intereses de los inversores y consumidores-. Ya señalaba TIEDEMANN que la competencia elimina y neutraliza la concentración de poder económico, de donde se deriva que en este ámbito corresponde primariamente al Derecho penal la función de garantizarla y oponerse al «abuso de poder económico»³⁴. Según BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGESSE se trata de garantizar un mínimo de libertad de competencia, que implica la igualdad jurídica de los competidores³⁵.

Al igual que la regulación administrativo-sancionadora, el Derecho penal se ocupa de los ataques más graves a la competencia. Como pone de relieve GARCÍA CAVERO, la identidad funcional no es tal, pues «cada ámbito jurídico cumple una función cualitativamente diferenciable», a lo que añadiríamos también una función cuantitativamente diferenciable, una vez que el Derecho penal debe ocuparse solo de las conductas que afecten gravemente al bien jurídico, o sea, adoptando un criterio cuantitativo-cualitativo de diferenciación entre el ilícito administrativo y el penal. Según este autor, hay que «mantener la funcionalidad global de la competencia en el mercado, lo que hace que el ilícito administrativo consista fundamentalmente en un acto de desobediencia

³² Nótese la definición propuesta por el GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS EN DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA (UNCTAD), en la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, TD/B/C.I/CLP/17, de 30 de abril de 2012: «Por licitación colusoria se entiende el mecanismo que utilizan los competidores que participan en una trama para hacer subir los precios en caso de que los contratos se adjudiquen a las empresas por medio de la convocatoria de una licitación. (...) Casi todos los países tratan la licitación colusoria con mayor rigor que otros acuerdos horizontales debido a sus aspectos fraudulentos y, en particular, a los perjuicios para las compras del Estado y el gasto público».

³³ Lo que se maneja es un concepto de competencia viable (*workable competition*), pues la competencia perfecta o pura en cierto sentido es una configuración ideal, una consideración teórica útil a los efectos del análisis de mercado, pero en los mercados reales lo que existe es una competencia imperfecta. Así la STS 14371/1988, de 21 de octubre, ponente Enrique Ruiz Vadillo (ECLI:ES:TS:1988:14371), donde se afirma que «la expresión legal referida a la 'libre competencia' es equívoca y difícilmente asumible en la actualidad porque no se está en un sistema económico puro que permita la llamada competencia perfecta», aunque, como hemos visto, los términos *libre competencia* y *competencia perfecta* no son sinónimos. En esta línea: FONSECA FORTES-FURTADO, *Cárteles de núcleo duro*, 2017, pp. 12-20.

³⁴ Cfr. TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, 1985, p. 37.

³⁵ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 477.

a las reglas de juego impuestas, que la imputación se decida por su falta de correspondencia con los estándares de actuación sobre el correcto funcionamiento del sistema competitivo global y que los mecanismos de reacción admitan medidas de corrección cognitiva»³⁶.

Eso no implica en un vaciamiento del Derecho administrativo-sancionador de la competencia, que es bastante más amplio y al que se encargan otras conductas relacionadas con el control de estructuras (concentración de empresas, fusiones, adquisiciones), los abusos de posición de dominio relacionados al *market share* (poder de mercado), poder de negociación o por causas tecnológicas, los mercados regulados por el Estado (energético, nuclear, ...), en aras al mantenimiento de la funcionalidad global de la competencia en los mercados.

La doctrina más reciente³⁷ -a falta de un epígrafe dedicado a la libre competencia en el CP- entiende que se trata de proteger penalmente la competencia, pues garantizar previamente la existencia de la libre competencia como pilar que sostiene la igualdad y la libertad en la contratación y la transparencia en la formación de los precios³⁸, bien jurídico colectivo y de naturaleza pluriofensiva, permite, en cierta medida, vincularla a bienes jurídicos individuales, como la afectación a los consumidores o al Estado (en el caso de los cárteles en licitaciones), para que no tengan que soportar prejuicios patrimoniales en virtud del sobreprecio. Así, se superan algunas dificultades interpretativas que no impiden una interpretación favorable a la subsunción típica de determinados supuestos de cárteles duros en el art. 284.1.1.º CP, como veremos a continuación.

³⁶ GARCÍA CAVERO, *Delitos contra la competencia*, 2ª ed., 2021, p. 52. Propone este autor una definición desde la Teoría de las normas, de forma que «el panorama se presenta diferente si el delito deja de interpretarse como la lesión de una realidad supraindividual valorada positivamente y se entiende, más bien, como la defraudación de una expectativa normativa esencial de la organización social. Desde esta segunda forma de comprensión, lo penalmente protegido es la vigencia de la norma defraudada por la conducta anticompetitiva del autor. El que la expectativa normativa provenga del ejercicio de ciertos derechos individuales o de una estructura social de participación, no le da al bien jurídico penalmente protegido una naturaleza distinta. En este orden de ideas, puede decirse que los delitos contra la libre competencia protegen la expectativa normativa de los agentes económicos de poder participar en el mercado sin restricciones artificiales creadas por otros participantes. Su defraudación requiere, por lo tanto, cierto nivel de afectación al esquema de orientación de los intervinientes en el mercado por parte de quienes cuentan con el poder de imponer sus propios intereses. En este sentido, la lesión al bien jurídico se presentará en la medida que se produzca una limitación del ámbito de libre actuación o de las posibilidades de lección de otros sujetos económicos».

³⁷ Así, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La reforma del artículo 284 del Código penal: menos maquinación y más manipulación», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudio sobre las reformas del Código penal*, 2011, pp. 407-424; SANTANA VEGA/GÓMEZ MARTÍN, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, a los mercados y a los consumidores», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 627; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Aspectos político-criminales de los delitos socio-económico en el Código penal de 1995, con especial referencia a los delitos societarios», en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Derecho penal de la empresa*, 2002, p. 214; GARCÍA CAVERO, *Delitos contra la competencia*, 2ª ed., 2021, pp. 51-55. Sobre los supuestos de cárteles en licitaciones, vid. DELZO LIVIAS, «Las prácticas empresariales anticompetitivas en licitaciones públicas concertadas», en MARTÍNEZ HUAMÁN (dir.), *La corrupción. Criminología, Derecho penal parte general y especial, compliance, proceso penal y ejecución penal*, 2020, pp. 419-422; MARTÍNEZ HUAMÁN, «Delito de colusión: Cuestiones problemáticas del art. 384ª del CP», en MARTÍNEZ HUAMÁN (dir.), *La corrupción. Criminología, Derecho penal parte general y especial, compliance, proceso penal y ejecución penal*, 2020, pp. 448-456. En Chile, véase el monográfico de ARTAZA VARELA/SANTELICES RÍOS/BELMONTE PARRA, *El delito de colusión*, 2021, pp. 29/35.

³⁸ Así, también BACIGALUPO, *Compliance y Derecho penal*, 2011, p. 228 (citando, por su vez, a Jan SPRAFKE, *Korruption, Strafrecht und Compliance*, Berlin, 2010, p. 19), advierte que se puede deducir dicha legitimidad «de las funciones económicas y político-sociales de la misma, concebida como medio para garantizar la libertad, el bienestar y la justicia en una economía de mercado».

6. Cárteles duros y subsunción típica

Como hemos mencionado al inicio, el tipo penal de alteración de los precios del art. 284.1.1º CP es el que más correlación guarda con el fenómeno más moderno de cárteles duros. Sin embargo, con respecto a los cárteles en licitaciones, parece ser de aplicación el art. 262 del CP que se refiere a una alteración de precios en concursos y subastas públicas. También se podría verificar el encuadramiento típico en el delito de estafa (art. 248 CP) y detracción de materias primas y productos de primera necesidad (art. 281 CP), a los que haremos referencia conjuntamente con el análisis del delito de alteración de precios. En efecto, el Preámbulo de la L.O. 14/2022, de 20 de diciembre es clarísimo al afirmar que: «El Código Penal español sanciona con penas privativas de libertad conductas subsumibles en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: la alteración de precios en concursos y subastas públicas (artículo 262), la detracción de materias primas o productos de primera necesidad (artículo 281) y la alteración de los precios (art. 284.1.º)», en los que nos centraremos.

Por otro lado, el único tipo penal que menciona expresamente el término «concertar» es el del art. 436 CP de contrataciones públicas fraudulentas, que da a entender que podría tratarse de una colusión; sin embargo, se trata de un delito de defraudación contra la administración pública cometido por autoridades o funcionarios públicos, en el que la participación de particulares se restringe a concertarse con la autoridad o funcionario público, lo que determinaría que quedasen fuera del ámbito de aplicación de la norma los supuestos de acuerdos exclusivamente entre particulares y por este motivo, no se incluye en el análisis. Del mismo modo, quedarán fuera los supuestos de corrupción de autoridades o funcionarios públicos para facilitar que se lleven a cabo los acuerdos colusorios y que podrían tipificarse como delitos de prevaricación de autoridades o funcionarios públicos, pero que exceden el objetivo de este estudio.

6.1. Dificultades de subsunción típica de los cárteles duros en el art. 284.1 CP con anterioridad a la L.O. 1/2019

Con anterioridad a la reforma de la L.O. 1/2019, de 20 de febrero, las dificultades de subsunción típica de los cárteles duros en el art. 284.1 CP residían principalmente en los medios comisivos exigidos: la violencia, la amenaza o el engaño. Lo cierto es que la violencia y la amenaza no son inherentes a los acuerdos colusorios, una vez que la adhesión al cártel es, como regla, voluntaria³⁹. Se argumentaba que el tipo penal no alcanzaba a los convenios limitadores de la competencia por tratarse de «un fenómeno criminológico moderno y más sutil que la exclusión de concurrentes por medio de amenazas u otros medios cuya utilización es por sí misma delictiva»⁴⁰.

Nos parece intuitivo que empresarios que deciden pactar precios no tienen que utilizar tácticas de coerción o amenazas en contra de otros participantes del mercado (*Bullying behaviour*).

³⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El nuevo Código penal: comentarios a la reforma*, 2012, p. 406, donde señalan, en relación con la reforma del 2015, que «numerosas conductas pertenecientes al ámbito de las prácticas *antitrust* no fueran objeto de sanción penal».

⁴⁰ Así BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 270. En el mismo sentido: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas», *Cuadernos de Política Criminal*, (14), 1981, p. 221. La paradoja había sido advertida por ESTRADA I CUADRAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, p. 537, pues se ha utilizado cuasi exclusivamente la vía administrativa para sancionar dichas conductas, mientras que «la jurisdicción penal se ha reservado para las formas más primitivas -y menos idóneas, por burdas- de afectación del libre mercado».

Aunque el empleo de violencia o amenaza sea la excepción, en ocasiones puede producirse, como en el caso del cártel de las tuberías pre aisladas establecido en 1990, en Dinamarca (*Pre-Insulated Pipes Cartel*), que se extendió posteriormente a Italia y Alemania en 1991, y se reorganizó en 1994 para abarcar el mercado comunitario europeo, incluso con actos de violencia física y que se sancionó por la Comisión Europea en 1998⁴¹; sin embargo, se trata de un caso totalmente excepcional. La conclusión a que se llega es que exigir el empleo de violencia o amenazas prácticamente obstaba de manera irremediable a la adecuación típica antes de la reforma de 2019, una vez que en la mayoría aplastante de los casos no se utilizaban dichos medios comisivos.

Queda por verificar si se puede cometer el delito a través del engaño. Con relación a este tema se generó un interesante debate en Alemania, que culminó con la introducción del tipo de injusto de acuerdos restrictivos contra la competencia en las licitaciones (art. 298 StGB), a raíz del problema generado por el hecho de que no se podía probar el elemento típico del «perjuicio patrimonial» exigido por el tipo alemán de estafa (§ 263 StGB), lo que desembocaba en sucesivos sobreseimientos de importantes y graves casos de cárteles en licitaciones⁴².

La diferencia con relación al injusto del tipo básico de estafa del art. 248 CP⁴³ es que en éste el engaño típico está orientado a dañar a una o más víctimas, mientras que en los supuestos colusorios se trata de un engaño colectivo, que afecta a un número indeterminado de personas⁴⁴. Además, no se trata de influir en la psique de un colectivo de personas (los consumidores), sino de impedir que exista la libre competencia en el mercado. Al ponerse de acuerdo, los beneficiarios del cártel tienen por objetivo eliminar la competencia y obtener unos beneficios económicos extras, pero hay una contrapartida al consumidor en términos de la entrega del producto. El consumidor, de hecho, puede elegir entre no comprar el producto, comprar otro similar o sustituirlo por otra clase de producto que cumpla con la finalidad deseada. Además, la colusión puede darse a la baja beneficiando al consumidor y afectando tan solo a las empresas concurrentes.⁴⁵ En conclusión, tampoco ese medio comisivo satisface las necesidades de tipificación de las conductas colusorias de cárteles duros que hemos visto más arriba.

⁴¹ En el asunto CE OJ 1999 L24, p. 1, Decisión 1999/60/EC, de 21 de octubre de 1998 (Caso núm. IV/35.691/E-4 - *Pre-Insulated Pipe Cartel*), se sancionó con penas de multa a las empresas involucradas.

⁴² La necesidad de introducir en Alemania el tipo de injusto de acuerdos restrictivos contra la competencia en las licitaciones (§ 298 StGB) se hizo patente pues «pese a que se habían descubierto evidentes casos de concertación de precios (y favorecimiento descarado) entre algunas empresas de distintos ramos de la industria, sobre todo de la construcción, que formaron durante años verdaderos ‘cárteles de licitación’, los procesos penales solían terminar en sobreseimientos debido a que no se podía probar la presencia del elemento ‘perjuicio patrimonial’ necesario según el tipo alemán de ‘estafa’ (§. 263 StGB)», véase ABANTO VÁSQUEZ, «Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: Delitos contra la libre y leal competencia», en SERRANO-PIEDRACAS/DOMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, 2010, p. 153.

⁴³ Así, PASTOR MUÑOZ, «Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa», *Revista brasileira de ciências criminais*, (70), 2008, pp. 157-189. Con amplias referencias, LA MISMA, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004.

⁴⁴ Planteamiento destacado por BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de precios*, 2001, pp. 221-222, al señalar que «el engaño, que debe estar orientado a la alteración de los precios, debe ostentar un carácter general, esto es, debe ir dirigido normalmente a una generalidad de personas, como en las estafas colectivas». En la estafa se observa una relación directa, mediata o inmediata, entre autor y sujeto pasivo del delito, mientras que con relación a los cárteles duros esta relación puede no darse y, más bien, normalmente no existe.

⁴⁵ Si bien es cierto que el delito del artículo art. 281 CP protege básicamente intereses de los consumidores y no la competencia, pues lo que se pretende es que el abastecimiento de materias primas o productos de primera necesidad se lleve a cabo en condiciones de normalidad, con lo cual, resulta coherente la agravante de practicar el delito en situaciones de grave necesidad o catastróficas, como en épocas de pandemia, crisis económica, guerras, etc. En este caso, los precios pueden incluso estar intervenidos por el Estado, pues se trata de garantizar

Como ya se ha dicho, las políticas de precios que se entienden como anticompetitivas son las de precios excesivamente elevados o bajos, así como los precios discriminatorios. Así las cosas, y con relación al grado de riesgo permitido, no toda alteración de precios es penalmente relevante, pues es necesario que el hecho sea «objetivamente idóneo» para alterar la competencia en el mercado. No basta con cualquier comportamiento, sino que debe tener cierta «gravedad» y, además, «idoneidad» para afectar a la competencia, es decir, que la alteración de los precios que se pretende debe tener un «alcance general»⁴⁶. Por consiguiente, los cárteles económicos de núcleo duro sin entidad suficiente para causar dicho perjuicio a los consumidores - por ejemplo, cárteles con una actuación muy limitada en términos geográficos y que afectan a un mercado relevante pequeño-, serían perseguibles únicamente a instancias administrativas. Lo cierto es que la mera referencia a los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia no supone una barrera a la adecuación típica⁴⁷, sino que ahora se exige un mayor desvalor del resultado, como veremos a continuación.

6.2. El nuevo art. 284.1.1º CP: finalmente la criminalización de los cárteles duros

A continuación, nos adentraremos en un terreno en el que aún no se ha manifestado la jurisprudencia y en el que nos encontramos con una importante alteración legislativa: la reintroducción de la cláusula abierta «o cualquier otro artificio» en el apartado 1º, del art. 284.1 CP, lo que hace sospechar que se trata de un intento de criminalizar algunos supuestos de cárteles duros⁴⁸, pues de lo contrario, ¿por qué se habría incluido tal medio comisivo? Los puntos centrales de la reforma del 2019, por lo tanto, son: a) la exigencia de un menor desvalor de la acción, al poder cometerse el delito mediante cualquier otro artificio⁴⁹, mientras que b) se exige un mayor desvalor de resultado.

Con relación al primer punto, se trata de concretar la amplitud de los medios artificiosos a efectos de fijar su alcance en lo que se refiere a los cárteles duros. Como hemos visto, dicha fórmula ya se utilizaba por el legislador español de 1848 en el decimonónico delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, logrando avanzar incluso más que el correspondiente articulado del Código Penal francés de 1810, el conocido como Código Penal napoleónico. En el debate legislativo que culminó con la redacción de los arts. 449 a 452 del CP 848, artículos 460 a 463 del

el abastecimiento de determinados productos como, por ejemplo, las mascarillas faciales durante la época de la pandemia por Coronavirus.

⁴⁶ Véase la STS, Sala de lo Penal, núm. 575/2004, de 11 de mayo de 2004, ponente Juan Saavedra Ruiz (ECLI:ES:TS:2004:3167), y la STS 570/1983, de 11 de noviembre, ponente Martín Jesús Rodríguez López (ECLI:ES:TS:1983:570), respecto de la existencia de una especulación de largo alcance. Véase, también, la STS 4067/1979, de 2 de octubre, ponente Manuel García Miguel (ECLI:ES:TS:1979:4067), que trata de un caso de un colectivo de panaderos que intentó forzar una alteración general del precio del pan mediante el procedimiento concertado consistente en la reducción del peso del pan en un 30%.

⁴⁷ De ahí la referencia a la manipulación de precios que hace GÓMEZ-JARA DÍEZ, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudio sobre las reformas del Código penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, 2011, pp. 407-424.

⁴⁸ Más bien escéptico a este respecto, *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Son ahora punibles los cárteles?», *Almacén del Derecho*, 2019. Disponible en: *¿Son ahora punibles los cárteles? - Almacén de Derecho* (almacenederecho.org), acceso en 09/11/2022.

⁴⁹ Que como hemos visto se utilizaba en el Código penal de 1848 (art. 451) y se mantuvo en el CP de 1850 (art. 462), CP de 1870 (art. 557), CP de 1932 (art. 530), y en el CP de 1944 (art. 540) y que solamente en el CP de 1973 se sustituye por la expresión «o usando de cualquier otra maquinación», posteriormente también abandonada. Sobre antecedentes históricos del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas véase, entre otras, la STS 4354/1992, de 1 de junio, ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (ECLI:ES:TS:1992:4354) y la SAP Barcelona, Sección 6ª, de 14 de febrero de 1996, ponente José Luis Florensa Labazuy.

texto reformado de 1850⁵⁰, la Comisión Codificadora del CP 1848 ubicó los delitos relacionados a la colusión y alteración de precios de mercado como delitos contra la propiedad, en el capítulo «De las Colusiones y Coligaciones fraudulentas», junto al capítulo «De la usurpación» y el de «De las quiebras, estelionatos y otras defraudaciones».

También la redacción del art. 449 del Código Penal de 1848, que no se modificará en la reforma de 1850 en el art. 460, se refería a dicha cláusula abierta al sancionar a «los que solicitaren dádiva o promesa para no tomar parte en una subasta pública, y los que intentaren alejar de ella a los postores, por medio de amenazas, dádivas, promesas «o cualquier otro artificio», con el fin de alterar el precio del remate»⁵¹ (el destaque es nuestro). Según CUERDO MIR, se entendía entonces que el artificio «es una modalidad de conducta que pudiera alcanzar para algún tipo de convenio o acuerdo entre los licitadores, de modo que unos se pueden abstener a actuar ficticiamente, a la vez que el adjudicatario final consigue con su puja hacerse con lo subastado y repartir las rentas con todos los demás que han suscrito el acuerdo, apuntando por tanto, a una conducta anticompetitiva»⁵².

Sin embargo, la utilización de medios artificiosos no constaba en el art. 450 del Código Penal de 1848 (art. 461, de la reforma de 1850), que decía lo siguiente: «los que coligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo, o regular sus condiciones, serán castigados, siempre que la coligación hubiere comenzado a ejecutarse, con las penas de arresto mayor y multa de 20 a 100 duros», y el empleo de medios violentos o amenazas determinaban la imposición de la pena en su grado máximo. Las concordancias señaladas para este tipo penal por PACHECO son las Partidas, el Código Penal napoleónico y el Código austriaco, siendo así que en la segunda mitad del siglo XIX en España era el que más se verificaba en la jurisprudencia, pero fue el que más rápido ha dejado de existir con su supresión en 1909 por la Ley de Huelgas.

Otra importante concordancia es la del Código Penal francés de 1810 que en su art. 419⁵³ empieza con la divulgación de «hechos falsos o calumniosos» en el mercado, pero a continuación clasifica la «reunión o coalición» de los oferentes de una mercancía como configuradora de los medios

⁵⁰ Cfr. CUERDO MIR, *Tradiciones penales y Derecho Público de la Competencia*, 2016, pp. 302, 303.

⁵¹ Aunque no hubiese intervenido en los debates de la Comisión de codificación, PACHECO señala que los antecedentes del Código Penal de 1848 son la Novísima Recopilación de las Leyes de España, Leyes 10 y 11 del Título 12, del Libro XII, así como la influencia francesa del Código Penal napoleónico a la que nos hemos referido al inicio de este estudio. Cfr. PACHECO, *El Código Penal Concordado y Comentado*, pp. 1274-1275. Apunta QUINTANO la influencia del art. 222 del Código de Nápoles, aunque se referían a la coyuntura político-económica de la época relacionada a «los agios más desenfrenados» observados en las subastas de los bienes eclesiásticos y de nobles incautados por el régimen revolucionario francés. Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, t. III, 1978, p. 191.

⁵² Así lo explicita CUERDO MIR, *Tradiciones penales y Derecho Público de la Competencia*, 2016, pp. 313, 352-358. Recoge las sentencias del Tribunal Supremo relativas a los arts. 449 a 452 del CP 1848: en relación con las subastas, la sentencia de 16 de febrero de 1872 y la de 10 de mayo de 1881. También menciona un Recurso de Casación por la Sentencia de la Audiencia de La Coruña, Sala de lo Criminal, de 15 de diciembre de 1871, que revisaba la sentencia del Juzgado de primera instancia de Lugo en una subasta judicial de venta de bienes de hijos menores en la que propuso a varios postores que no se presentasen (art. 555 del CP 1870), que declaró que los hechos probados constituían un delito de maquinación para alterar el precio de las cosas, mientras quedaba sobreseída la acusación por delito de estafa tentada. El TS rechazó el recurso y mantuvo la sentencia.

⁵³ Código penal francés de 1810: «Art. 419. El que por hechos falsos o calumniosos divulgados intencionalmente entre el público, por medio de ofertas hechas a los mismos vendedores, por la reunión o coligación entre los principales tenedores de una misma mercancía o artículo, formada para no venderla, o venderla sólo a cierto precio, o por otras vías o medios fraudulentos, hicieren subir o bajar el precio de géneros, mercancías, documentos o efectos públicos, en más o menos suma de la que hubiere resultado de la libre y natural concurrencia del comercio, será castigado con las penas...».

artificiosos para la consecución del delito y de ahí viene el uso de la fórmula «cualquier otro artificio» en el art. 451 CP 1848⁵⁴.

Ahora bien, no podemos extendernos aquí en la evolución normativa de dichos tipos penales, sino señalar la importancia contemporánea que adquieren a partir de la constatación de que la protección penal de la competencia se justifica en varios supuestos, principalmente en el fenómeno más moderno de los cárteles duros y la modalidad del *bid rigging* o cárteles en licitaciones⁵⁵, una vez que el Estado asume tareas socialmente importantes como la gestión del sistema de salud o de educación en las que la adquisición de mercancías se da a través de procedimientos de licitaciones públicas mayormente.

Lo que queda claro es que se trata de una vuelta a los orígenes del delito de maquinaciones⁵⁶, que sí se refería expresamente a las «reuniones o coligaciones», lo que puede servir de referente jurisprudencial a la hora de delimitar la amplitud del artificio como medio comisivo del delito, para llegar a la conclusión de que a partir de ahora los cárteles duros son penalmente típicos.

En el sentido literal, «artificio» es cualquier procedimiento o medio ingenioso para conseguir, encubrir o simular algo, lo que facilita enormemente la subsunción típica de los pactos colusorios, pues «se está haciendo uso de un amaño o una simulación, en definitiva, de un artificio»⁵⁷. La jurisprudencia entiende que se trata de la «argucia, ardid o subterfugio» empleados para cometer el delito. La sociedad tiene la expectativa de una competencia verdadera en los mercados de bienes y servicios, por consiguiente, los medios artificiosos abarcarían las conductas deshonestas, fraudulentas, en conclusión, los acuerdos secretos que subvierten gravemente a la competencia, que eliminan el *fair play*.

Por otro lado, no hay que perder de vista el camino señalado desde las instituciones europeas hacia las denominadas prácticas abusivas de mercado⁵⁸, que también se puede utilizar en clave de interpretación para un posible acercamiento al modelo anglosajón. Por ejemplo, se puede entender artificio la utilización de medios deshonestos (la *dishonesty* del *actus reus* del delito de cárteles). Por supuesto, es discutible el punto de partida por el que la intervención del Derecho

⁵⁴ Nótese que se perseguían penalmente las colusiones que restringían la libertad de las empresas en los albores del Estado Liberal, como señala CUERDO MIR, *Tradiciones penales y Derecho Público de la Competencia*, 2016, pp. 332-333: «De esta manera, si lo unimos al artículo anterior del mercado de trabajo, el Código Penal de 1848 persigue como delitos toda colusión -por coligación- que, en sentido más contemporáneo, restrinja las cuatro libertades comerciales básicas: de bienes, de servicios, de trabajo y de capitales. En esta medida, el Estado liberal que se está construyendo en España a mediados del siglo XIX, sobre la base de sus nuevos Códigos legales, está teniendo en cuenta las restricciones a la libertad de empresa y al comercio que pueden generar los propios operadores en esos mercados, a través de su comportamiento. El CP de 1848 lo intenta corregir interviniendo en la jurisdicción penal, considerando delitos tales restricciones».

⁵⁵ Por dos motivos, como señala CUERDO MIR: «el gasto público de los Estados en el mundo desarrollado representa una parte importante del PIB del país, que en algunos casos supera el 50% del mismo» y, por otro lado, la importancia de la «eficiencia económica del sistema en la previsión de esos bienes y servicios por parte de las Administraciones Públicas es causa de interés general, que perfectamente podría justificar un ámbito penal, del mismo modo que se reconoce ese ámbito en la fiscalidad, por ejemplo» (*Tradiciones penales y Derecho Público de la Competencia*, 2016, pp. 311-312).

⁵⁶ Así, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, en BENEYTO PÉREZ/GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, 2015, p. 599.

⁵⁷ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, en BENEYTO PÉREZ/GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, 2015, p. 601.

⁵⁸ Es llamativa la nueva agravante introducida por la L.O. 01/2019 que obliga a imponer la pena en su mitad superior si el sujeto se dedica de forma habitual a estas prácticas abusivas.

penal debe ocurrir con relación a la competencia en el mercado, pero nos parece correcto afirmar que, a partir «del límite en que la destreza para los negocios deja de ser ‘justa’ y empieza la que es ‘injusta’ por excesiva; es decir, aquella ‘destreza’ comercial que perjudica a otros y, en conjunto, aporta a la sociedad más daños que beneficios»⁵⁹, estaría legitimada la intervención penal.

Es muy pronto para saber cómo se posicionará la jurisprudencia, sin embargo, desde una perspectiva teleológica, habrá que analizar hasta qué punto, o en qué supuestos, el contenido de desvalor de un acuerdo colusorio artificioso puede ser equivalente al del uso del engaño, por deshonesto o abusivo.

Debe señalarse que la barrera que se presentaba a la tipificación de las colusiones con relación a los medios comisivos del tipo del art. 284.1.1º CP se ha superado con la reforma del año 2019, siendo perfectamente posible la subsunción de algunas conductas, como las conductas artificiosas de alteraciones de precios, en el nuevo tipo.

Con relación al segundo punto al que hemos hecho referencia al empezar este apartado, la verdad es que no se trata de un verdadero obstáculo a la subsunción típica. El anterior delito del art. 284.1.1º CP era de «consumación anticipada» o «delito de emprendimiento», en el que se adelanta la línea de la intervención penal a un momento anterior al de la lesión, con lo que la mera «tentativa de alteración de los precios» aunaba suficientes riesgos para el bien jurídico protegido y generaba un indeseable solapamiento con el ámbito administrativo sancionador.

La reforma del 2019, acertadamente, exige un mayor desvalor del resultado al determinar que para la consumación es necesario la efectiva alteración de precios. La tentativa⁶⁰ sería posible, aunque el mero intercambio de informaciones sensibles sobre los precios entre competidores entraría en la categoría de mero acto preparatorio del acuerdo, que se podría sancionar únicamente por vía administrativa⁶¹.

6.3. El art. 262 CP y los cárteles en licitaciones

Ahora se analiza la posible subsunción típica de la modalidad de cárteles en licitaciones o *bid rigging* en el art. 262 que sanciona la alteración de precios en concursos y subastas públicas a quienes «se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate». La clave está en que el «concerto» va referido a la alteración del precio «del remate», que es propio de las subastas que están disciplinadas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Enjuiciamiento Civil.⁶²

⁵⁹ Ya insistía en la necesidad de un mínimo ético económico para la convivencia social, TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, 1985, p. 22.

⁶⁰ ABANTO VÁSQUEZ, en SERRANO-PIEDRACASAS/DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, 2010, p. 148. Este autor sitúa las reuniones y deliberaciones en el campo de la tentativa y la alteración de precios como el inicio de ejecución.

⁶¹ Cfr. POSADA DE LA CONCHA/GARCÍA DE FRUTOS, «Intercambios de información entre competidores. Actuaciones de la CNMC en un caso reciente», en CASES PALLARÈS (dir.), *Anuario de la competencia 2014*, 2015.

⁶² La subasta se configura como uno de los mecanismos de realización de los bienes embargados para la obtención de dinero suficiente para el pago del acreedor-ejecutante; mientras que el remate es la aprobación judicial, a través de un auto, de la mejor postura de las admisibles realizada en una subasta de un bien mueble o inmueble. La Ley de Enjuiciamiento Civil regula la subasta de bienes muebles en la Sección 5ª del Capítulo IV – Del procedimiento de apremio, Título III, Libro III, ocupándose en el artículo 650 de la aprobación del *remate, pago y adjudicación de bienes*, y trata de la subasta de bienes inmuebles en la Sección 6ª. La aprobación del remate, pago y adjudicación de los bienes al acreedor, lo cuida en su art. 670. Las subastas electrónicas de bienes muebles, de bienes inmuebles

Mirando con más detenimiento el art. 262 CP se llega a la conclusión de que contempla algo que se podría denominar «cárteles en subastas públicas»⁶³, que a su vez es lo que impide la aplicación a los cárteles «en licitaciones».⁶⁴ La pregunta, entonces, sería ¿la mera supresión del término remate -o su sustitución por el término adjudicación- sería suficiente para la tipificación de los cárteles en licitaciones? Antes de contestar, vamos a ver las demás conductas típicas del art. 262 CP.

Como hemos visto, la primera modalidad típica de «concertaren entre sí» exige expresamente que se actúe con el fin de «alterar el precio del remate»⁶⁵, así entiende la jurisprudencia⁶⁶: la conducta típica se refiere solo a los sujetos participantes en las «subastas»; por este motivo, «los hechos típicos realizables en concursos quedan reducidos a los incluidos en el primer inciso, esto es, la solicitud de contraprestación para no tomar parte en una de estas convocatorias»⁶⁷. Por lo tanto, los cárteles en licitaciones en los que no se constate la solicitud de dádivas o promesas para no tomar parte en la convocatoria no alcanzarían la tipicidad penal. O sea, la casi totalidad de los casos.

y de bienes inmuebles en los casos en los que estos hubieran sido hipotecados, con las especialidades propias de la ejecución hipotecaria, se regulan en la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

⁶³ La no inclusión de los licitantes podría tratarse de un error, «habiéndose dejado el legislador arrastrar inercialmente por la regulación anterior», como señalan GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Conductas restrictivas de la competencia y Derecho penal», en ROBLES MARTÍN-LABORDA (coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia*, 2017, p. 91, n. 39. Si bien los autores mencionan una sentencia del Tribunal Supremo (STS 508/2015, de 27 de julio, ponente Juan Saavedra Ruiz, ECLI:ES:TS:2015:3699) que hace una interpretación muy amplia del término «remate» del art. 262 CP abarcando también a los concursos, acaban por llegar a la conclusión de que proponer una interpretación muy amplia del término postores para incluir también a los licitantes, sería muy discutible en términos del principio de legalidad penal. Cfr. también HERNÁNDEZ BASUALTO, «La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el Derecho chileno», *Política Criminal*, (7-13), 2012, *passim*.

⁶⁴ La inclusión de esta modalidad de conducta en el tipo penal se dio a raíz del llamado caso de los *subasteros*, que consistía en ponerse de acuerdo entre sí con carácter previo a la celebración de la subasta para distribuirse de antemano la adjudicación de los bienes, establecer el precio resultante, pactar la abstención de licitantes, etc. Véase la STS 692/1997, de 7 de noviembre, ponente Francisco Soto Nieto (ECLI:ES:TS:1997:6660) y la SAP AL 232/2007, de 20 abril, ponente Manuel Espinosa Labella (ECLI:ES:APAL:2007:232), sobre un abandono fraudulento de subasta y condena por el art. 262, CP por el hecho de que, «iniciada la puja y previo concierto entre los dos último acusados, A., realizó la primera puja por la cantidad de 25.000 euros e inmediatamente después, su cuñado, el acusado G., elevó rápida y subrepticamente la postura considerablemente a la cantidad de 120.000 euros, sin dar oportunidad alguna a nuevas pujas entre las concurrentes, y produciéndose la aprobación judicial del remate a su favor, pendiente únicamente de consignar la diferencia entre dicha cantidad y la previamente consignada para tomar parte en la subasta».

⁶⁵ Cfr. BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de precios*, 2001, pp. 415-416, donde señala que la finalidad de alterar el precio del remate solo afecta a la concertación, de forma que las demás conductas son delictivas sin necesidad de demostrar finalidad alguna. Cfr. también ABANTO VÁSQUEZ, en SERRANO-PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, 2010, p. 141: «Pero en parte la doctrina señala que en algunas modalidades podría necesitarse también un elemento subjetivo adicional: la intención de querer ‘alterar el precio’. P.ej. en la modalidad de ‘concertación’ o cuando se intenta alejar de la subasta a otro. Por lo menos en el primer caso resulta exagerado exigir tal elemento subjetivo adicional; la intención de ‘eliminar competidores’ (e indirectamente alterar el precio de los bienes o servicios) suele ser reflejo de la conducta anticompetitiva típica». A nuestro juicio, el elemento subjetivo del injusto se limita a la única modalidad de conducta cuya descripción lo incorpora de forma expresa; esto es, a la modalidad de concertarse.

⁶⁶ SAP Valladolid, Sección 4ª, núm. 261/2005, de 19 de abril, ponente María Teresa Gonzáles Cuartero, FD 1º: «es indiferente como bien dice el juez *a quo*, que solamente se tenga sospecha del acuerdo de voluntades entre el acusado y el Sr. Y, porque lo que el tipo castiga es el abandono injustificado de la subasta, para alterar el precio de la misma, lo que ha quedado totalmente demostrado».

⁶⁷ Cfr. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t.1, 2004, p. 910.

Si el legislador pretendía dotar al precepto del art. 262 CP de una mayor amplitud de protección penal, sobre todo en el ámbito de los «concursos administrativos», incorporando una formulación típica más idónea para captar conductas de indudable lesividad social cuya gravedad, y reiteración, sobre todo en el ámbito de los concursos y subastas administrativos, corren parejas al aumento de la actividad del sector público en la economía, no logra cumplir dicho objetivo. En virtud de la poca aplicabilidad del tipo de injusto del art. 262 CP, resulta que el Tribunal Supremo, en supuestos de cárteles en licitaciones, entiende que se trata de delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (art. 540 CP/1973), actualmente el tipo de injusto de alteración de precios del art. 284.1 CP⁶⁸.

Muy ilustrativa es la SAP M 2512/2001, de 21 de febrero, ponente Javier Martínez Lázaro (ECLI:ES:APM:2002:2512), en la que un concejal ofrece a un postor la «posibilidad de que el Ayuntamiento de Getafe le adjudicase obras a través del Servicio de Obras y Mantenimiento y a cambio de percibir para sí una comisión en metálico por cada una de las obras adjudicadas de aproximadamente un 10%», y no para que él no tomase parte en la licitación. Se les condena por delitos continuados de maquinaciones para alterar el precio de las cosas. Se observa en la sentencia que aparentemente se cumplía el imperativo legal de requerir al menos a tres empresas, «a sabiendas de que una sola iba realmente a licitar para, de esta forma, eludir la libre concurrencia de otras empresas independientes, alterando con ello o, por lo menos, intentando alterar el precio de la contratación de la obra de referencia», lo que se configura como *modus operandi* de cárteles en licitaciones.

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 menciona las siguientes modalidades de contratación pública en su art. 5º: contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público. Exactamente por las peculiaridades que envuelven a la contratación pública, la conclusión a que se llega es de que podrían ubicarse en el art. 284.1.1º CP analizado anteriormente, pero difícilmente encontrarían fácil acomodación típica en el injusto del art. 262 CP.

7. Responsabilidad penal corporativa

El Derecho penal económico y de la empresa viene experimentando un creciente interés por la introducción en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶⁹ en el año 2010 -y

⁶⁸ STS 575/2004, de 11 de mayo, ponente Juan Saavedra Ruiz (ECLI:ES:TS:2004:3167), en la que se condena por delitos de cohecho y maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en el supuesto en el que se presentaron a concurso público tres empresas concertadas entre sí; y la STS 504/2003, de 2 de abril, ponente Andrés Martínez Arrieta (ECLI:ES:TS:2003:2278), en el supuesto en el que se constituyó una empresa por la esposa del funcionario que debía adjudicar, empresa que fue vendida ficticiamente al concursante que finalmente consigue la adjudicación (en el fallo se le condena por cohecho, maquinaciones y prevaricación). Cfr. JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la administración pública*, 2011, pp. 55-59 y 56, sobre la última sentencia, donde observa que: «aunque en este caso el Tribunal llega a plantearse la aplicación del delito de prevaricación, finalmente lo descarta porque la actuación del concejal no encajaba en el tipo del artículo 404, al no ‘dictar’ una resolución. Lo que había hecho este miembro del consistorio era ‘proponer’ ante el órgano que realmente debía resolver. Finalmente, se valoran los hechos como un delito de ‘maquinación para alterar el precio de las cosas’ del artículo 284 del Código penal, en su versión anterior a la reforma 5/2010, que ahora constituye parcialmente el párrafo 1º».

⁶⁹ Con amplias referencias, vid. FERNÁNDEZ TERUELO, Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance), 2020; RAGUÉS I VALLÈS/ROBLES PLANAS, *Delito y empresa*, 2018; CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva*

la posterior reforma del año 2015-, que supuso un giro copernicano al incluir en el artículo 31 bis del Código Penal sanciones para ciertas corporaciones por algunos delitos cometidos por sus directivos o empleados, que conforman una lista cerrada y exclusiva en la que se incluye el art. 284.1.1º CP.

Tanto el Derecho administrativo sancionador, como el Derecho penal prevén sanciones para las personas físicas y jurídicas -en un sistema de doble vía-, con la gran diferencia que supone, en términos preventivo-generales, la posibilidad de aplicar penas de prisión a las primeras. En este momento no vamos a efectuar un análisis comparativo de dichos estándares sancionadores -tarea que podrá ser desarrollada en el futuro-, sino que nos dedicaremos a dos temas más específicos: a) los programas de cumplimiento en materia de competencia (*compliance antitrust*), inexistentes en el Derecho administrativo sancionador; b) la exención de responsabilidad o la reducción de la penas en ambos ordenamientos, es decir, los programas de clemencia, las delaciones o colaboraciones premiadas a los alertadores (*whistleblowers*).

7.1. Programas de cumplimiento en materia de competencia o *compliance antitrust*

Como hemos adelantado, los programas de cumplimiento en materia de competencia o *compliance antitrust* no están previstos en el ordenamiento administrativo sancionador⁷⁰ y son una de las novedades más importantes introducidas por la reforma del Código Penal del año 2015: pueden eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas o, si solo se cumplen parcialmente los requisitos legales, implicar una rebaja de la pena.

Los *compliance programs*, importados del derecho angloamericano⁷¹, desempeñan un rol decisivo, sea para fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica, o bien para excluirla. Se deja al libre albedrío de los jueces y fiscales el análisis de eficacia e idoneidad de los programas de cumplimiento, con un análisis caso a caso, como se puede deducir de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016.

en el Derecho penal: *Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, 2015; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008; BACIGALUPO SAGGESE/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Cuestiones Prácticas en el ámbito de los delitos de empresa. Perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, 2005. Sobre las sanciones que se pueden aplicar a las personas jurídicas, véase TUGUI, *Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código Penal español*, 2022; GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017.

⁷⁰ En Chile se discutió sobre si puede generar efectos el programa de cumplimiento cuando una empresa comete una infracción contra la competencia; el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y la Corte Suprema, en el «Caso Supermercados», consideraron que la única eximente *antitrust* son los programas de clemencia por expresa previsión en la ley administrativa de la libre competencia, con lo cual no se otorgó efectos eximentes para las empresas que cuenten con un programa de cumplimiento adecuado y eficaz, lo que deja claro las incompatibilidades entre estos dos programas y la problemática relación entre ellos. Véase BELMONTE PARRA, «El *compliance* y los cárteles: ¿por qué un buen programa no exonera de responsabilidad?», *CeCo Centro Competencia*. Disponible en: El *compliance* y los cárteles: ¿por qué un buen programa no exonera de responsabilidad? | CeCo (centrocompetencia.com), acceso el 11/09/2022.

⁷¹ Lo cierto es que en el ámbito internacional se ha vivido un importante avance de la autorregulación regulada en un entorno estandarizador y, en el plano nacional, cabe mencionar que España abandonó, desde el año 2017, la estructura clásica de normalizadores-certificadores en un mismo órgano y la desdobló en dos entidades jurídicas diferentes: la UNE, que es la Asociación Española de Normalización, que, como su nombre indica, se ocupa de las funciones de normalización, y la Aenor Internacional, sociedad mercantil cuyo objeto social fundamental es la verificación, inspección y certificación, es decir, opera como prestadora de servicios de evaluación de la conformidad.

A efectos prácticos y para implementar una estructura de prevención del delito, es cada vez más común que las empresas acudan a estándares específicos (tales como la norma ISO 19601, sistema de gestión de *compliance* penal) o que se utilice el estándar UNE-ISO 37301:2021⁷², pues se trata del primer estándar mundial de *compliance* transversal con pretensiones de poder aplicarse a organizaciones de todos los sectores y tamaños, que está dotado de requisitos medibles para hacerlo efectivo y cuya gran novedad es que no establece un área concreta de obligaciones de cumplimiento a integrar bajo su estructura, sino que puede adaptarse a varias áreas a la vez.

El estándar UNE-ISO 3730:2021 sirve para gestionar el *compliance* y cada empresa puede incluir las concretas áreas en las que operará, con lo cual empresas del mismo sector pueden priorizar los riesgos de cumplimiento de diferente manera y por eso cabe hablar de una «superestructura de *compliance*» integradora de lo que serían las pequeñas «islas» de cumplimiento (anti-soborno, medio ambiente, tributario, etc.), que deberán orbitar en torno a la misma cultura -y estructura- de *compliance*. Esta norma es muy importante, pues se podría acoger bajo su metodología de buenas prácticas un área para la que aún no hay un estándar específico, como el programa de cumplimiento en material de competencia.

Los programas de clemencia o *leniency programs* operan *ex post* al cometimiento de la infracción, con lo cual su alcance y principios rectores son totalmente distintos a los de los programas de cumplimiento. Los programas de clemencia se destinan a la detección -o a avanzar en la investigación de aquellos ya detectados-, apoyando la actividad investigadora de la CNMC para acreditar, de acuerdo con el nivel de prueba requerido legalmente, los hechos y conductas investigados⁷³; por lo tanto, serían lo que en Derecho penal se conoce como delación o colaboración premiadas.

Según los arts. 65 y 66 de la LDC, las personas físicas y jurídicas compiten por ser la primera que presente la correspondiente solicitud de exención. Quienes la presenten después se ponen a la cola para obtener una eventual reducción de la multa, siempre y cuando hayan colaborado con la CNMC. Se trata, y hay que insistir en ello, de una acción post delictual dirigida a la exención o reducción de la multa, y que solo se puede presentar hasta el momento procedimental del Pliego de Concreción de Hechos (PCH).

⁷² El estándar UNE-ISO 37301:2021 nace del marco de regulación nacional e internacional como un sistema de gestión de *compliance* con requisitos de orientación para su uso, que sustituye a la famosa UNE 19601:2017, y va un paso más allá al contener requisitos y obligaciones a respetar. De esta manera se dejan atrás las directrices no obligatorias de la ISO 19600:2015 (UNE 19601:2017) y se comparte la Estructura de Alto nivel de las normas de sistemas de gestión internacionales ISO, con lo que se abre la posibilidad de integración con otros sistemas y, lo más importante, que a la implementación de estos sistemas de gestión de *compliance* puede seguirle una auditoría de tercera parte que evalúe la conformidad del sistema implementado en relación precisamente con lo contenido en el texto del estándar, es decir, permiten excluir modelos meramente cosméticos o de copia-pegar.

⁷³ De acuerdo con el art. 65 de la LDC, para obtener la exención del pago de la multa, el solicitante debe ser el primero (empresa y/o persona física) en aportar a la Dirección de Investigación de la CNMC (o de la Comisión Europea) suficiente información y elementos de prueba que le permitan ordenar una inspección en relación con un cartel o establecer la existencia de dicha infracción. Será descalificado el solicitante de exención que haya coaccionado, es decir, que haya adoptado medidas para obligar a otras empresas y/o personas físicas a participar en el cartel o a mantenerse en él. Los solicitantes de clemencia que no reúnan los requisitos necesarios para optar a la exención podrán beneficiarse de una reducción del importe de la multa, si facilitan elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la CNMC y colaboren durante el procedimiento. Las reducciones se hacen por bandas respetando el orden de presentación de las solicitudes y los primeros que presenten la solicitud se benefician de mayores reducciones.

La casi totalidad de los cárteles se descubre a través de los programas de clemencia de la CNMC, lo que da pie a que un sector doctrinal critique su criminalización, pues esto generaría tanto la inoperancia penal, cuanto administrativa, al no existir en Derecho penal un programa de clemencia⁷⁴, óbice que acaba de superarse con la reforma del año 2022.

Sin embargo, nos parece oportuno efectuar algunas matizaciones: primero, la propia duración media de los cárteles destapados por la vía administrativa rompe con el mito de que los programas de clemencia sirven para incentivar las delaciones⁷⁵; segundo, con relación a las personas físicas, la pena privativa de libertad genera incentivos superiores de delación; tercero, el Derecho penal cuenta con instrumentos de investigación más invasivos, como por ejemplo las intervenciones telefónicas, que podrían suponer mejores oportunidades de destapar cárteles duros, en un ambiente en el que entre las empresas existe una verdadera «omertá», en el sentido de que prima la unión basada en el compromiso mutuo de obtener beneficios económicos derivados del pacto secreto y la regla es el silencio; finalmente, se mezclan dos niveles distintos: a) el preventivo, a través de actuaciones anteriores al cometimiento del delito (a través de los programas de *compliance antitrust*); y, b) los represivos: actuaciones posteriores al hecho y que operan como factor estimulante de la delación y cooperación con las autoridades (los programas de clemencia o de colaboración o delación premiada). Sin duda, el primer efecto prima sobre el segundo.

Suponiendo que la fijación de precios cometida por un cártel se subsuma en el art. 284.1.1º CP las consecuencias serían: a) la paralización del procedimiento administrativo-sancionador a favor del penal, con lo cual primaría el programa de cumplimiento en materia de competencia sobre el programa de clemencia administrativo-sancionador; b) todas las personas jurídicas involucradas en el cártel que cuenten con un programa de cumplimiento en materia de competencia idóneo y eficaz podrían obtener la exención de la responsabilidad penal y no solo de la multa; c) las personas jurídicas involucradas en el cártel que cuenten con programas de cumplimiento en materia penal que solo cumplan parcialmente con los requisitos legales podrían beneficiarse de una rebaja de penas; c) las personas físicas podrían beneficiarse de la colaboración premiada del artículo 288 *bis* CP.

Así las cosas, dos puntos fuertes pueden actuar como factores diferenciales para preferir el uso de la vía penal: a) más incentivos a la delación por las personas físicas en virtud de la pena de prisión; b) más prevención del delito a través de la adopción de programas de cumplimiento en materia de competencia por las personas jurídicas, que pueden contar con la superestructura de cumplimiento de la UNI-ISO 37301:2021.

La conclusión a que se llega es la de que es más ventajoso para la protección de la competencia que las empresas cuenten con un eficaz e idóneo programa de *compliance antitrust* para alentar a que no se cometan tales delitos y que cuenten con una estructura capaz de detectar riesgos y evitarlos a través de controles previos. En segundo lugar, la previsión de penas privativas de libertad para las personas físicas involucradas en un delito de cártel sin duda despliega factores

⁷⁴ Cfr. LASCURÁIN SÁNCHEZ, «¿Son ahora punibles los cárteles?», en *Almacén del Derecho*, <https://almacenederecho.org/son-ahora-punibles-los-carteles>, acceso en 09/11/2022, p. 3. Para este autor, cualquier estrategia sensata, penal o administrativa, pasaría por la exención del miembro denunciante.

⁷⁵ Cfr. CORTI VARELA, «Tipología de cárteles duros. Un estudio de los casos resueltos por la CNC», *Documento de trabajo. Serie Política de la Competencia*, (33), 2013, pp. 10-11, sobre la tipología de los cárteles duros en relación con su duración.

óptimos de disuasión y no genera efectos colaterales para las empresas y los trabajadores, como el cierre o suspensión de las actividades empresariales.

7.2. La «clemencia penal» y los *whistleblowers*

A partir de la reforma del año 2022, el ordenamiento jurídico-penal español cuenta con instrumentos de colaboración premiada para las personas físicas que quieran denunciar y colaborar con las autoridades en la investigación y persecución de cárteles duros en los términos dispuestos por el art. 288 *bis* CP: «En los supuestos previstos en los artículo 281 y 284 de este Código, quedarán exentos de responsabilidad criminal los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en formación, que en esa condición hayan cometido alguno de los hechos previstos en ellos, cuando pongan fin a su participación en los mismos y cooperen con las autoridades competentes de manera plena, continua y diligente, aportando informaciones y elementos de prueba de los que estas carecieran, que sean útiles para la investigación, detección y sanción de las demás personas implicadas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Cooperen activamente en este sentido con la autoridad de la competencia que lleva el caso, b) estas sociedades o personas físicas hayan presentado una solicitud de exención del pago de la multa de conformidad con lo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia, c) dicha solicitud se haya presentado en un momento anterior a aquel en que los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en formación, que en esa condición hayan sido informados de que están siendo investigados en relación con estos hechos, d) se trata de una colaboración activa también con la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal proporcionando indicios útiles y concretos para asegurar la prueba del delito e identificar a otros autores»⁷⁶.

Con relación a los cárteles en licitaciones la reforma de la L.O. 14/2022 introdujo la colaboración premiada en el nuevo apartado tercero del art. 262 CP. Así las cosas, para los sujetos activos de delitos de cárteles en licitaciones que tengan cabida en el tipo penal del art. 262 CP podrían beneficiarse del instituto de la colaboración premiada penal, al que indebidamente se le denomina a veces «clemencia penal» para diferenciarlo de los programas de clemencia de la LDC, pero, en realidad, se trata de medidas premiales basadas en la colaboración con las autoridades por parte del responsable del delito como consta en el Preámbulo de la L.O. 14/2022, de 20 de diciembre.

Por otro lado, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, publicada en el BOE de 21 de febrero de 2023, ha significado la transposición de la Directiva (UE) 2019/ 1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, conocida como Directiva *Whistleblower*, que ya debería haber entrado en vigor el pasado 17 de diciembre de 2021⁷⁷. Este nuevo sistema de protección de los informadores ciertamente repercutirá en los programas de cumplimiento en materia de competencia como potentes instrumentos facilitadores de la

⁷⁶ La combinación entre sanciones penales e instrumentos típicos del *antitrust* como la clemencia es la solución óptima para la protección de la competencia como señalan FERNANDES GODINHO/CASTRO MARQUES, «Competition criminal law: an international and global trend?», *SHS Web of Conferences*, (92), 2021, *passim*.

⁷⁷ La norma indica un límite temporal según el número de trabajadores; para las empresas del sector privado situadas entre 50 y las 249 personas trabajadoras, se habla de un periodo de transición de dos años (hasta el 17 de diciembre de 2023).

utilización de un canal interno por parte de los alertadores para que toquen el silbato⁷⁸, algo sobre lo que no podemos profundizar en estos momentos, pero que seguramente generará una interesante discusión.

8. Breves conclusiones

Aunque durante mucho tiempo, ni en la mayoría de la doctrina ni en la jurisprudencia se consideró que el Derecho penal debería ocuparse de la protección de la competencia en los mercados de bienes y servicios, lo cierto es que la actual redacción del art. 284.1.1º CP, introducida por la L.O. 1/2019, ha derribado las principales barreras que impedían la subsunción típica de determinadas conductas anticompetitivas, como la fijación de precios entre competidores directos o cárteles de núcleo duro, en dicho tipo penal de maquinación de precios para alterar la libre competencia. En un increíble *looping* histórico, vuelven los medios artificiosos como medios comisivos del delito de maquinaciones, que se aleja cada vez más de las manipulaciones bursátiles para ganar nuevos terrenos. En suma, menos manipulaciones y más maquinaciones, como diría algún autor.

Además de la superación de los obstáculos dogmáticos, la reciente adopción de un sistema de colaboración premiada por la L.O. 14/2022 es un factor decisivo para desequilibrar definitivamente la balanza a favor de la protección penal de la competencia. La introducción, junto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y a los programas de cumplimiento penal de la competencia, de los programas de colaboración premiada para las personas físicas zanja cualquier duda al respecto. La previsión de penas de prisión para las personas físicas y los programas de exención de la responsabilidad penal que incentivan la delación y el soplo del silbato por los alertadores suponen la combinación perfecta para evitar lo que desde hace tiempo viene siendo un fenómeno verificable empíricamente y tan grave como los cárteles económicos duros.

9. Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, «Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: Delitos contra la libre y leal competencia», en SERRANO-PIEDecasas/DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Colex, Madrid, 2010, pp. 139-176.

ARTAZA VARELA/SANTELICES RÍOS/BELMONTE PARRA, *El delito de colusión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

BACIGALUPO SAGESSE/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Cuestiones Prácticas en el ámbito de los delitos de empresa. Perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005.

BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.

⁷⁸ El tema es complejo y no podemos dedicarnos a un análisis más profundo en los estrechos ámbitos de este trabajo. Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, 2013.

BELMONTE PARRA, «El compliance y los cárteles: ¿por qué un buen programa no exonera de responsabilidad», en *CeCo Centro Competencia*, disponible en: El compliance y los carteles: ¿por qué un buen programa no exonera de responsabilidad? | CeCo (centrocompetencia.com)

BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.)/PORRAS BELARRA (coord.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

———, *La lucha contra los cárteles en España*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

BLANCO CORDERO, «La sanción penal de los cárteles horizontales de núcleo duro: propuesta político-criminal para el Derecho penal y de la Unión Europea», en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.)/GONZÁLEZ TASCÓN/VILLA SIEIRO (coords.) *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, pp. 75-110.

BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de precios. Especial referencia a los artículos 262, 281 y 284 CP*, Comares, Granada, 2001.

CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal: Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t.1, Marcial Pons, Madrid, 2004

CORTI VARELA, «Tipología de cárteles duros: un estudio de los casos resueltos por la CNC y la CNM», BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.)/PORRAS BELARRA (coord.), *La lucha contra los cárteles en España*, Aranzadi-Thompson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 106-130.

———, «Tipología de cárteles duros. Un estudio de los casos resueltos por la CNC», *Documento de trabajo. Serie Política de la Competencia*, n. 33, 2013.

COSTAS COMESAÑA, «La transposición de la Directiva ECN+: otra oportunidad perdida para mejorar la eficacia del Derecho español de la competencia», en ROBLES MARTÍN-LABORDA/OLMEDO PERALTA (Dirs.), *Estudios de la Red Académica de la Competencia (RADC)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 27-56

CUERDO MIR, *Tradiciones penales y Derecho Público de la Competencia*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

DELZO LIVIAS, «Las prácticas empresariales anticompetitivas en licitaciones públicas concertadas», en MARTÍNEZ HUAMÁN (dir.), *La corrupción. Criminología, Derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, Editores del Centro, Lima, Perú, 2020, 415-444.

ESTRADA I CUADRAS, «Protección de la propiedad intelectual e industrial, del mercado y de los consumidores», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 495-570.

FERNANDES GODINHO/CASTRO MARQUES, *Competition criminal law: an international and global trend?*, SHS Web of Conferences, 92, 03011, 2021.

FERNÁNDEZ TERUELO, *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

FONSECA FORTES-FURTADO, «Nuevos vientos en la criminalización de los cárteles duros en España: la Directiva sobre abuso de mercado (DAM) y la Directiva ECN+», en ROBLES MARTÍN-LABORDA/OLMEDO PERALTA (dirs.), *Estudios de la Red Académica de la Competencia (RADC)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 119-137.

———, *Cárteles de núcleo duro y Derecho penal ¿Por qué criminalizar las colusiones empresariales?*, Editorial BdeF, Buenos Aires, Montevideo, 2017, reimpr. 2019.

GARCÍA CAVERO, *Delitos contra la competencia*, Instituto Pacífico, Perú, 2021.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas», *Cuadernos de Política Criminal*, (14), 1981.

GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La reforma del artículo 284 del Código Penal: menos maquinación y más manipulación», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudio sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 407-424.

———, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, BdeF, Buenos Aires, Montevideo, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ/TEJADA PLANA, «La reforma del delito de manipulación de mercado en el Código Penal español: luces, sombras y algún claroscuro», *Diario La Ley*, (9838), 2019.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia?» en MARTÍNEZ LAGE/PETITBÒ JUAN (dirs.), *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, pp. 75-100.

GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS EN DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA (UNCTAD), *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, TD/B/C.I/CLP/17, 2012.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «La protección penal de la libre formación de los precios en el mercado» en BENEYTO PÉREZ/GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 585-609.

———, «La criminalización de los *hardcore cartels*. Reflexiones a partir de la experiencia de EEUU y Reino Unido», en BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 795-813.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Conductas restrictivas de la competencia y Derecho penal», en ROBLES MARTÍN-LABORDA (coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Comares, Granada, 2017, pp. 79-121.

HERNÁNDEZ BASUALTO, «La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el Derecho chileno», *Política Criminal*, (7-13), julio, 2012.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, «Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties», en *Building blocks for effective anti-cartel regimes*, Grupo de Trabajo sobre Cártels, 4ª Conferencia anual, Bonn, Alemania, 6-8 junio, 2005.

JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la administración pública*, Iustel, Madrid, 2011.

JIMÉNEZ CARDONA, *La aplicación del Derecho antitrust en los EEUU*, Colección Procesal Civil, David VALLESPÍN PÉREZ (coord.), Editorial Juruá, Oporto, 2021.

LASCURÁIN SÁNCHEZ, «¿Son ahora punibles los cárteles?», *Almacén del Derecho*, disponible en: <https://almacenederecho.org/son-ahora-punibles-los-cárteles>, 2019.

LIÑÁN LAFUENTE, *Delitos económicos y empresariales*, Dykinson, Madrid, 2020.

LOZANO MANEIRO, «La criminalización de los cárteles en la Unión Europea», en BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.)/PORRAS BELARRA (coord.), *La lucha contra los cárteles en España*, Aranzadi-Thompson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 763-793.

MARTÍNEZ HUAMÁN (dir.), *La corrupción. Criminología, Derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, Editores del Centro, Lima, Perú, 2020.

———, «Delito de colusión: Cuestiones problemáticas del art. 384º del CP», en MARTÍNEZ HUAMÁN (dir.), *La corrupción. Criminología, Derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, Editores del Centro, Lima, Perú, 2020.

MENDO ESTRELLA, «¿Es posible sancionar penalmente los cárteles económicos actualmente en España? Propuestas de futuro (1)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (65-1), 2012, pp. 225-251.

MOTTA, *Competition Policy, Theory and Practice*, 12ª impresión, Cambridge University Press, New York, 2009.

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 24ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

NIETO MARTÍN, «Protección penal de la competencia y del mercado de valores», en DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ-ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ/NIETO MARTÍN, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 367-414.

———, *La responsabilidad pena de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid., 2008.

———, «El Derecho penal económico español», *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales/Instituto de Derecho penal Europeo e Internacional/Universidad de Castilla-La Mancha*, disponible en: [1adan-nieto-introduccion-al-derecho-penal-economico.pdf](https://www.uclm.es/1adan-nieto-introduccion-al-derecho-penal-economico.pdf) (uclm.es)

PACHECO, *El Código Penal Concordado y Comentado*, Edisofer, Madrid, 1848, reimpr. 2000.

PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier, Barcelona, 2019.

———, «Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa», en *Revista brasileira de ciências criminais*, (70), 2008.

———, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

POSADA DE LA CONCHA/GARCÍA DE FRUTOS, «Intercambios de información entre competidores. Actuaciones de la CNMC en un caso reciente», en CASES PALLARÈS (dir.), *Anuario de la competencia 2014*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 117-132.

QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, t. III, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.

QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2ª ed., Aranzadi, Madrid, 1999.

RAGUÉS I VALLÈS, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

RAGUÉS I VALLÈS/ROBLES PLANAS (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, Barcelona, 2018.

RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, «El nuevo concepto de cártel de la LDC a la luz de la práctica de la CNMC», en BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.)/PORRAS BELARRA (coord.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, pp. 37-82.

SANTANA VEGA/GÓMEZ MARTÍN, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, a los mercados y a los consumidores», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 613-633.

SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona 2022.

SUÁREZ GONZÁLEZ, «Aspectos político-criminales de los delitos socio-económico en el Código Penal de 1995, con especial referencia a los delitos societarios», en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Derecho penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 209-220.

TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte Especial con importantes textos legales y reglamentos*, Grijley, Perú, 2011.

———, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

———, *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*, Ariel, Barcelona, 1985.

TUGUI, *Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código Penal español: Un estudio teórico-práctico sobre el contenido y la aplicación del sistema de penas diseñado para las personas jurídicas*, Editorial Colex, A Coruña, 2022.

VERSELE, *Las “cifras doradas” de la delincuencia, Resumen de una presentación hecha ante el Consorcio Europeo de Investigaciones Políticas en abril de 1976*, en nombre del Centro de Sociología, Derecho y Justicia, Instituto de Sociología de la Universidad Libre de Bruselas, Bruselas, 1976.

WILS, «Is criminalization of EU Competition Law the answer?», en EHLERMANN/IATANASIU, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of prohibition of cartels*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007, pp. 267-315.

WHISH/BAILEY, *Competition Law*, 9ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019.

ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Los delitos bursátiles*, La Ley, Madrid, 2011.

ZURIMENDI ISLA, “El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales”, *InDret*, (1), 2007.

Delincuencia organizada y «maremágnum normativo» tras la LO 5/2010, de 22 de junio ¿Una agrupación dedicada a delinquir es una organización criminal, un grupo criminal o una asociación ilícita?

Sumario

La globalización, la economía de libre mercado, la supresión de fronteras internas entre Estados europeos con el Tratado Schengen, y el desarrollo tecnológico han contribuido a un desarrollo exponencial de las clásicas agrupaciones de delincuentes, que, aprovechando tales circunstancias, han expandido su ámbito territorial de actuación y han desarrollado sus estructuras criminales, haciéndolas más sofisticadas, siempre con la finalidad última de lucrarse. Esta nueva realidad ha llevado a las instituciones internacionales a imponer a los Estados la obligación de tipificar la participación activa en organizaciones delictivas. A raíz de ello, nuestro legislador introduce en 2010 en el Código penal español los delitos de organización y grupo criminal. El presente trabajo pretende desentrañar el complejo panorama legislativo previsto en esta materia ante la coexistencia de tres tipos penales en principio aptos para castigar la participación en agrupaciones delictivas: el clásico delito de asociación ilícita y los nuevos delitos de organización y grupo criminal.

Abstract

Globalization, the free market economy, the abolition of internal borders between European States with the Schengen Treaty, and technological development have contributed to an exponential development of the classic criminal groups, which, taking advantage of such circumstances, have expanded their territorial scope of action and have developed their criminal structures, making them more sophisticated, always with the ultimate aim of making a profit. This new reality has led international institutions to impose on States the obligation to criminalize active participation in criminal organizations. As a result, in 2010 our legislator introduced in the Spanish Criminal Code the crimes of organization and criminal group. This paper aims to unravel the complex legislative landscape in this area, given the coexistence of three types of criminal offenses that are in principle suitable for punishing participation in criminal groups: the classic crime of illicit association and the new crimes of organization and criminal group.

Zusammenfassung

Die Globalisierung, die freie Marktwirtschaft, die Abschaffung der Binnengrenzen zwischen den europäischen Staaten mit dem Schengener Abkommen und die technologische Entwicklung haben zur exponentiellen Entwicklung klassischer krimineller Gruppen beigetragen, die unter Ausnutzung dieser Umstände ihren territorialen Aktionsradius ausgeweitet und ihre kriminellen Strukturen weiterentwickelt und verfeinert haben, immer mit dem Ziel, Profit zu machen. Diese neue Realität hat die internationalen Institutionen dazu veranlaßt, den Staaten die Verpflichtung aufzuerlegen, die aktive Beteiligung an kriminellen Organisationen unter Strafe zu stellen. Daher hat unser Gesetzgeber im Jahr 2010 die Straftatbestände der kriminellen Vereinigung und der kriminellen Vereinigung in das spanische Strafgesetzbuch aufgenommen. Das vorliegende Papier soll die komplexe Gesetzeslandschaft in diesem Bereich entwirren, da drei Arten von Straftatbeständen nebeneinander bestehen, die grundsätzlich geeignet sind, die Beteiligung an kriminellen Vereinigungen zu bestrafen: der klassische

Straftatbestand der unrechtmäßigen Vereinigung und die neuen Straftatbestände der Organisation und der kriminellen Vereinigung.

Title: *Organized Crime and «Normative Maremagnum» after the LO 5/2010, of June 22, 2010. Is a group dedicated to crime a Criminal Organization, a Criminal Group or an Illicit Association?*

Titel: *Organisierte Kriminalität und "Normatives Maremagnum" nach dem LO 5/2010 vom 22. Juni 2010. Ist eine Gruppe, die sich der Kriminalität widmet, eine kriminelle Organisation, eine kriminelle Gruppe oder eine illegale Vereinigung?*

-

Palabras clave: Delincuencia organizada, organización criminal, grupo criminal, asociación ilícita, LO 5/2010, de 22 de junio.

Keywords: *Organized Crime, Criminal Organization, Criminal Group, Illicit Association; LO 5/2010, 22nd June.*

Stichwörter: *Organisierte Kriminalität, kriminelle Organisation, kriminelle Vereinigung, rechtswidrige Vereinigung, LO 5/2010 vom 22. Juni 2010.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.07

-

2.2023

Recepción
10/08/2022

-

Aceptación
10/11/2022

-

Índice

-

1. Un cambio de paradigma en la delincuencia organizada: una delincuencia transnacional que requiere de respuestas legales a nivel transnacional. La insuficiencia de los resultados de la Decisión Marco 2008/841/JAI

1.1. La delincuencia organizada como fenómeno siempre existente y reprimido

1.2. La nueva delincuencia organizada de la «era global». Respuestas legales a nivel supranacional

2. Realidad normativa en España: «maremágnun normativo» en el castigo de la participación en agrupaciones delictivas

2.1. El CP de 1995 ante la delincuencia organizada: evolución y estado actual de la legislación

2.2. Delimitación entre organizaciones criminales y grupos criminales

a. Origen de la problemática y propuestas de *lege lata*

b. Propuestas de *lege ferenda*

2.3. Organizaciones y grupos criminales vs. asociaciones para delinquir. ¿Tiene sentido mantener hoy el tipo penal de asociaciones ilícitas de objeto delictivo?

a. El interrogante sobre el destino de la figura de la asociación para delinquir tras la LO 5/2010, de 22 de junio

b. Propuestas doctrinales para dotar de virtualidad a la asociación ilícita de objeto delictivo


c. La inconsistencia de todo intento por justificar la «duplicidad normativa»: propuesta de supresión de la asociación ilícita para delinquir

3. Conclusiones

4. Bibliografía

5. Anexo

-

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

1. Un cambio de paradigma en la delincuencia organizada: una delincuencia transnacional que requiere de respuestas legales a nivel transnacional. La insuficiencia de los resultados de la Decisión Marco 2008/841/JAI*

1.1. La delincuencia organizada como fenómeno siempre existente y reprimido

Ateniéndonos exclusivamente al significado de los términos individualmente considerados –en este caso, «delincuencia»¹ y «organizada»² – podríamos decir que la «delincuencia organizada» no es sino un modo de delinquir: delinquir, esto es, cometer delitos, de manera ordenada, estableciendo previamente un fin, y coordinando los medios necesarios a tal efecto –ya personales, ya materiales–. No obstante, tradicionalmente se ha empleado la expresión «delincuencia organizada» para hacer referencia concretamente a la comisión de delitos a través de grupos constituidos por una pluralidad de personas con cierta vocación de permanencia en el tiempo, hablándose a este respecto, con referencia a esa unión, de «organización criminal», «organización delictiva», «grupo criminal», «asociación criminal», o términos similares. La «delincuencia organizada» así entendida –y, con ello, las agrupaciones de personas dedicadas a delinquir – ha existido desde siempre en la historia. Conscientes de que existe una mayor garantía de éxito en la «empresa criminal» cuando la misma se ejecuta conjuntamente a otras personas, bajo una coordinación y un reparto previo de tareas, los delincuentes han tendido a agruparse para la comisión de delitos bajo un mismo interés común. El fenómeno del bandolerismo, universal y antiguo como la vida misma, es un claro ejemplo de ello. Desde antaño, especialmente en las zonas rurales, determinados sujetos se han agrupado formando «cuadrillas» con la finalidad de enriquecerse mediante el asalto de viajeros en las montañas o bosques, el contrabando o el secuestro. Cuando la actuación delictiva grupal con cierta vocación de permanencia en el tiempo se ha llevado a cabo en vía marítima ha recibido, por contra, la denominación de piratería.

El poder político siempre ha mirado con gran recelo estos fenómenos de delincuencia grupal, mostrando especial interés en articular respuestas jurídicas con el objeto de dismantelar a estos grupos de delincuentes y castigarlos de manera individualizada. En ocasiones se ha llegado incluso, desde los poderes gobernantes, a concebirse a estas agrupaciones como un desafío a las instituciones estatales habida cuenta de su actuación al margen de la ley, y del manejo de un lenguaje, unos códigos y unas reglas alternativas a las del resto de la sociedad. La preocupación del poder de turno ha llegado a sus extremos en aquellos casos en que tras el fin de cometer delitos subyacían efectivamente en la agrupación delictiva finalidades de tipo político o subversivo, viendo en este caso en la misma un peligro para la propia subsistencia del Estado.

* Profesora Ayudante Doctora de la Universidad de Sevilla (jbocanegra@us.es), y actual beneficiaria de una de las ayudas para la recualificación del profesorado universitario contratado, financiadas por la Unión Europea (NextGenerationEU), en virtud de la Convocatoria de la Universidad de Sevilla para la recualificación del sistema universitario español para 2021-2023 (Resolución de 28 de junio de 2021).



Financiado por la
Unión Europea
NextGenerationEU



Plan de Recuperación,
Transformación y Resiliencia

¹ Según el Diccionario de la Lengua Española (en adelante, DLE), «delincuencia» es, según la segunda acepción, la «acción de delinquir».

² Según el DLE, «organizar» es, en su primera acepción, «establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados».

Si tomamos como punto de referencia el inicio de la codificación, y con ello el nacimiento del Estado moderno, habría que decir que se han articulado desde siempre mecanismos *ad hoc* en el ámbito penal para la represión del fenómeno de la delincuencia grupal. Junto a la tradicional previsión del castigo de actos preparatorios como la conspiración para delinquir, y, en su caso, de circunstancias agravantes genéricas o específicas por razón de la comisión de un delito entre varias personas, los Códigos penales de los países europeos han sancionado desde siempre la conducta de participar en agrupaciones creadas para delinquir con cierta vocación de estabilidad, con independencia del correspondiente castigo por los delitos cometidos, en su caso, en el marco de la concreta agrupación. Ello lo han hecho a través del clásico delito de «asociación para delinquir», «asociación criminal» o «asociación ilícita», según la diversa terminología empleada en cada país, cuyo origen se remonta a la Francia napoleónica, y concretamente al Código penal (en adelante, CP) francés de 1810, que castigaba en su art. 265, entre los «delitos contra la paz pública», con una pena privativa de libertad de cinco a diez años, al que «participe en una asociación o en un convenio establecido para la preparación [...] de uno o más delitos contra las personas o la propiedad». Desde 1810, los países, tomando como referencia la mentada figura de la *association des malfiteurs*, han ido incorporando tipos penales análogos en sus códigos penales, si bien con diversas variaciones atendiendo a las especificidades propias del fenómeno en el país; tipos penales estos, que han subsistido en su mayoría, con modificaciones, hasta la actualidad, encontrándose entre las páginas de los códigos penales europeos actualmente vigentes. Los legisladores nacionales han concebido a las asociaciones para delinquir en unas ocasiones como amenazas a la propia soberanía estatal, y en otras como un peligro para la tranquilidad y paz de la ciudadanía, de ahí que la ubicación de la figura penal en cualquiera de los Códigos penales europeos pueda encontrarse, ya entre los delitos contra la paz pública, ya entre los delitos contra el Estado o el orden público³.

1.2. La nueva delincuencia organizada de la «era global». Respuestas legales a nivel supranacional

En el siglo XX se producirán una serie de circunstancias que van a significar un salto cualitativo en lo que hasta el momento se ha entendido como delincuencia organizada, y con ello un replanteamiento general de la respuesta jurídico-penal hasta entonces articulada en los distintos países para hacerle frente, que, como hemos visto, pivotaba esencialmente en el castigo de los integrantes de las agrupaciones delictivas a través del delito de asociación ilícita o criminal. El aumento de la comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo, producido con la globalización, la adopción de manera generalizada del sistema capitalista en los mismos, y de una economía de libre mercado, con una nula o escasa intervención estatal a efectos de reequilibrar las desigualdades sociales en el ámbito laboral y económico, y la revolución tecnológica, y con ello la creación de un nuevo espacio donde delinquir con garantías de guardar el anonimato (el «ciberespacio»), constituirán el caldo de cultivo para un desarrollo exponencial y sin precedentes del fenómeno de la delincuencia organizada⁴. A todos esos factores hay que

³ Con más profundidad, sobre los orígenes, el desarrollo y la configuración de los delitos de asociación ilícita a nivel de derecho comparado, véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado», *Derecho penal contemporáneo*, (23), 2008, pp. 112 ss. En lo que respecta a dichos aspectos con relación concreta a la figura en la legislación penal española, véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, 1977.

⁴ En referencia a la influencia clave de la globalización en el desarrollo de la delincuencia organizada, Antonio María Costa, director ejecutivo de la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC), señalaba en 2010: «la apertura sin precedentes acaecida en el comercio, las finanzas, los viajes y la comunicación ha creado crecimiento económico y bienestar, pero también ha generado inmensas oportunidades masivas a los delincuentes para hacer prosperar sus negocios ilegales. La delincuencia organizada se ha diversificado, adquirido

unir, además, en Europa, a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Schengen en 1995, la supresión del control de fronteras hasta entonces existente entre ciertos países europeos y la consiguiente creación de un espacio común de libre circulación de capitales, mercancías y personas⁵, que será aprovechado especialmente por las agrupaciones delictivas para realizar en territorio europeo, con gran facilidad y garantía de impunidad, sus actividades ilícitas de tráfico –ya sea de armas, explosivos, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, órganos, o personas, con fines de explotación laboral o sexual–. Tampoco puede desconsiderarse el impacto que ha tenido en la expansión de la delincuencia organizada la política criminal de «mano dura» adoptada en muchos Estados en materias como el tráfico de drogas o la prostitución, con la abolición y severa represión de estas conductas. Las organizaciones criminales han encontrado, gracias a estas políticas, nichos de mercado ilegal con los que enriquecerse. Por otro lado, el encarecimiento de ciertos servicios y productos legales – ya por aumentos en el gravamen fiscal, ya por incremento de precios por las empresas con monopolio en la venta –, como el tabaco, el alcohol o los hidrocarburos, será también un factor aprovechado por las organizaciones delictivas para enriquecerse a través del contrabando⁶.

Todas estas circunstancias coadyuvan, como hemos dicho, a un «cambio de paradigma en el entendimiento tradicional del fenómeno de la delincuencia organizada». Las cuadrillas de delincuentes, en una búsqueda constante de nuevas vías para obtener beneficios⁷, aprovechándose de la liberalización de fronteras, expanden su ámbito territorial de actuación. La delincuencia organizada, tradicionalmente vista como un fenómeno nacional, que presentaba características propias relacionadas en cada caso con la realidad del país en el que actuaba, pasa a adquirir una «dimensión transnacional o global»⁸. Las mercancías ilícitas –piénsese en armas, drogas o personas –que son obtenidas por las organizaciones criminales en un continente, acaban comercializándose en otro, después de haber sido transportadas a través de diversos

una dimensión global y alcanzado proporciones macro-económicas». Véase el prólogo del Informe de la UNODC sobre la amenaza del crimen organizado transnacional, p. ii.

⁵ El Acuerdo o Tratado de Schengen, integrado en los tratados constitutivos de la Unión Europea, se firmó en 1985 en Schengen (Luxemburgo), entrando en vigor diez años más tarde. Participaron originariamente en el mismo Francia, Alemania Occidental, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos. Posteriormente, mediante la firma de protocolos de adhesión al tratado, fueron uniéndose nuevos Estados, cuyos territorios se añadieron al llamado «espacio Schengen», de libre circulación de capitales, mercancías y personas, con la consiguiente supresión de los controles internos hasta entonces existentes en las fronteras entre países. En el caso de España esta adhesión se produjo en el año 1991. En la actualidad han firmado este acuerdo un total de 26 países.

⁶ Ya señalé estos factores como explicativos del cambio de paradigma en la noción de delincuencia organizada en BOCANEGRA MÁRQUEZ, *Los delitos de organización y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, 2020, pp. 25 s.

⁷ El último informe de Europol sobre la amenaza de la delincuencia grave y organizada en Europa, el SOCTA 2021 (pp. 10, 14 y 15), destaca precisamente la agilidad y facilidad para adaptarse a los cambios en el ambiente en el que operan, que caracterizan por lo general a las organizaciones criminales que actúan en Europa. Un claro ejemplo de esta flexibilidad y naturaleza cambiante de la delincuencia organizada moderna lo encontramos en el contexto de la reciente pandemia mundial por COVID-19. Como señala el SOCTA, bajo la máxima de obtener a toda costa beneficio, las organizaciones criminales se han aprovechado del miedo y la ansiedad de los ciudadanos y de la escasez de productos sanitarios básicos, como mascarillas o vacunas, para enriquecerse a través de la perpetración de estafas, hurtos, robos o conductas de receptación, entre otras. En la actualidad la guerra en Ucrania, ante la invasión rusa, y el éxodo de muchos ucranianos del país, está siendo aprovechada por los delincuentes organizados para cometer actividades delictivas lucrativas, como el tráfico ilícito de personas o la trata con fines de explotación sexual. Véase EL PAÍS, 20/03/2022 (<https://elpais.com/internacional/2022-03-20/las-mafias-de-la-trata-acechan-a-las-mujeres-y-ninos-de-ucrania-en-la-frontera.html>), consultado el 22/07/2022.

⁸ Describe muy bien este proceso de internacionalización de la delincuencia organizada BALSAMO, en BALSAMO/MATTARELLA, «Criminalità organizzata: le nuove prospettive della normativa europea», *Sistema penale*, (3), 2021, p. 35.

países. Difícilmente una globalización del mercado legal podría no coadyuvar a un proceso de globalización del mercado ilegal⁹. Además, las agrupaciones de delincuentes, tomando como modelo las estructuras organizativas y operativas modernas del ámbito empresarial, haciendo suyas las máximas del sistema capitalista, mejoran exponencialmente su infraestructura criminal, adquiriendo «altos niveles de sofisticación, así como de especialización». No es extraño que organizaciones criminales de la era de la globalización cuenten con una gran variedad de actores, ya integrantes, ya colaboradores que proporcionan servicios de apoyo, especializados en técnicas y materias concretas, como falsificadores de documentos, abogados, asesores fiscales, corredores de bolsa, o *hackers*¹⁰. La otra de las principales características de la delincuencia organizada actual se refiere a su profunda «infiltración en los tejidos social y económico de los Estados» mediante el empleo sistemático de la corrupción en el ámbito político, policial o judicial¹¹, y del blanqueo de las ganancias delictivas, mediante la utilización de un sistema financiero subterráneo paralelo al oficial, la creación de «empresas fantasma» o la adquisición de pymes¹².

Este desarrollo exponencial de la tradicional delincuencia organizada, con el surgimiento de poderosas organizaciones criminales de ámbito transnacional, y de gran sofisticación, que «parasitan» los mercados e instituciones estatales, lleva a los Estados –si bien con cierto retraso, ante las dificultades encontradas en evaluar la dimensión del fenómeno¹³, y una cierta subestimación generalizada del problema¹⁴ –a tomar conciencia de la necesidad de cooperar

⁹ La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito tituló precisamente su informe de 2010 sobre la amenaza de la delincuencia organizada transnacional «La globalización del delito».

¹⁰ El SOCTA 2021 refiere en este sentido (p. 10): «Similar a un ambiente de negocios, el núcleo de una red criminal está compuesto por capas directivas y operarios de campo. Este núcleo está rodeado por una variedad de actores vinculados a la infraestructura criminal que proporciona servicios de apoyo, tales como corredores, falsificadores, expertos técnicos, legales y asesores financieros, “blanqueadores” de dinero y otros proveedores de servicios».

¹¹ Según el SOCTA 2021, p. 10, casi el 60% de los grupos criminales investigados que actúan en Europa toman parte o hacen uso de la corrupción, contribuyendo al debilitamiento de las instituciones públicas. Remarca, en consecuencia, el informe la necesidad de concebir la lacra de la corrupción como un asunto clave a combatir de cara a conseguir una eficaz lucha contra la delincuencia organizada.

¹² El SOCTA 2021, p. 11, alerta del aumento de la sofisticación del sistema de blanqueo o lavado de activos de las organizaciones criminales que operan en Europa.

¹³ La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en su informe «La globalización del delito» (p. 21) refiere la carencia de datos globales sobre el impacto y las características de la delincuencia organizada transnacional, provocada en gran parte por la tradicional separación de fuerzas en la lucha contra el fenómeno y el carácter dinámico y continuamente cambiante de los tráfico ilícitos.

¹⁴ BALSAMO, *Sistema penale*, (3), 2021, pp. 35 y 36, lamenta la existencia en Europa durante muchos años de un clima de infravaloración general de las mafias, al considerárselas erróneamente como algo ligado exclusivamente a Italia y a su mentalidad cultural, no exportable al extranjero, cuando la realidad ha demostrado todo lo contrario, véase: que las mafias son aptas para expandirse a áreas geográficas y contextos culturales muy diversos y lejanos del sur de Italia. Según este autor, este clima general de subvaloración «ha permitido a las mafias prosperar de manera invisible, pero imparable, en los países del centro y norte de Europa» en un contexto de heterogeneidad normativa entre los países en lo que hace a la represión de la delincuencia organizada, y de consiguiente dificultad para articular mecanismos eficaces de cooperación entre los Estados. La propia EUROPOL ha reconocido este problema, cuando refiere en el SOCTA 2021, p. 11, que la dimensión y complejidad de las actividades de blanqueo de capitales llevadas a cabo en la UE en el marco de organizaciones criminales han sido subestimadas. Lo cierto es que esto mismo sucedió inicialmente en la propia Italia, donde nació la criminalidad organizada mafiosa. Como señala BALSAMO, *Sistema penale*, (3), 2021, p. 36, en Italia se consideró durante mucho tiempo a la mafia simplemente como la mera «manifestación de una cultura meridional», «un modo de ser de la sociedad de determinadas regiones del sur, [...] una metáfora de una supuesta alteración de los códigos culturales tradicionales con respecto a los valores del mundo moderno». Sobre este problema de infravaloración del impacto de la delincuencia organizada en nuestro país (España) en la actualidad reciente, puede verse la entrevista a Roberto SAVIANO, periodista y escritor napolitano especialista en mafias, en LA VANGUARDIA, 11/09/2017, en la que alertaba: «Los españoles están convencidos de que en España no hay mafia, que es problema de los rusos,

entre sí para la consecución de un combate eficaz del fenómeno. Como señalara en 2010 Ban Ki-moon, hoy exsecretario general de Naciones Unidas¹⁵, «ante amenazas transnacionales los Estados no tienen otra opción que trabajar unidos. Todos estamos afectados –ya como países de suministro, tráfico o demanda –. Por lo tanto, tenemos una obligación común de actuar»¹⁶. Las tradicionales respuestas nacionales a la delincuencia organizada se tornan insuficientes consideradas de manera aislada. En este sentido, tres son las normas internacionales que van a contribuir a la adopción de una estrategia de lucha común contra el fenómeno: primero, la Acción Común de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo de la Unión Europea¹⁷, después, la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional suscrita en Palermo en diciembre de 2000, y, por último, hasta el momento, la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre de 2008, del Consejo de la Unión Europea¹⁸ (en adelante, DM), que en el marco comunitario viene a derogar y a sustituir a la antedicha acción común de 1998. Estas normas internacionales, con la finalidad común de garantizar la cooperación para una prevención y lucha más eficaz contra la delincuencia organizada transnacional, establecen la obligación de los Estados miembros o Estados parte de tipificar como delito el hecho de participar activa y conscientemente en las actividades de una organización criminal¹⁹, definiendo por primera vez dicha realidad²⁰ como un grupo de al menos tres personas establecido durante cierto periodo de tiempo y que actúe de manera concertada con el propósito de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años, con el fin último de obtener beneficios²¹. En el caso de la DM se establecen además sanciones mínimas concretas a

italianos... cuando el tejido económico español está totalmente infectado. La crisis económica se generó por esto. La burbuja inmobiliaria ha sido causada por el blanqueo de capitales». <https://www.lavanguardia.com/vida/20170911/431207653519/roberto-saviano-espana-es-una-zona-franca-para-la-mafia.html>.

¹⁵ El diplomático surcoreano ocupó tal puesto entre enero de 2007 y diciembre de 2016.

¹⁶ Frase extraída del Informe sobre la amenaza de la delincuencia organizada transnacional elaborado en 2010 por la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC) titulado *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment*, p. 19.

¹⁷ Esta norma, en materia de «cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior» –Título VI del entonces vigente Tratado de la Unión Europea (TUE) –, se fundamentaba en el art. K.3 TUE, que establecía la competencia del Consejo para «adoptar acciones comunes, en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros».

¹⁸ Esta norma comunitaria se elabora una vez ha entrado en vigor el 1 de mayo de 1999 el Tratado de Ámsterdam (firmado en octubre de 1997), que crea formalmente el tercer pilar de la Unión Europea (JAI), relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal, y marca el objetivo de la creación de un «espacio de libertad, seguridad y justicia» en el territorio de la Unión Europea. Señálese que el instrumento que aporta el Tratado de Ámsterdam para lograr la aproximación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materias como la delincuencia organizada –aproximación legislativa marcada como objetivo en su art. K.1 y K.3.e, en el marco de la cooperación policial y judicial – es la decisión marco; norma esta sin efecto directo, que establece a los Estados miembros la obligación de resultado de sancionar determinadas conductas «dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios» para hacerlo (art. K.6.2.b). La decisión marco, como instrumento de acercamiento de las legislaciones nacionales en materia penal, será sustituida, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, por la directiva (art. 69.B).

¹⁹ Los términos empleados para designar a las agrupaciones delictivas varían en los textos internacionales: así las normas comunitarias –primero la Acción Común del Consejo de 1998, y después la Decisión Marco 2008/841/JAI, que la sustituye – se refieren a «organizaciones delictivas» (art. 2), mientras que la Convención de la ONU del año 2000 «habla» de «grupo delictivo organizado» (art. 5).

²⁰ Estas definiciones se encuentran en el art. 1 de la acción común y de la posterior decisión marco, y en el art. 2.a de la Convención de la ONU.

²¹ No obstante, ha de señalarse que la primera norma –la Acción Común del Consejo de la Unión Europea de 1998 –, a diferencia de las dos posteriores, no requería que el fin último de la organización criminal fuera obtener un beneficio, pues con referencia al propósito de cometer delitos añadía a continuación: «con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública». Se daba entrada, así, en el término legal

establecer por los Estados en la punición de la participación activa en una organización delictiva, que se concretan en el establecimiento de una «pena máxima de reclusión de al menos entre dos y cinco años»²², y se impone a los Estados la obligación de prever también la participación en organización delictiva como circunstancia agravante de la responsabilidad penal²³.

De esta forma, por primera vez se establecen normas mínimas de referencia que han de tomar obligatoriamente como modelo los Estados miembros en la tipificación de estas conductas. Nótese que, pese a estar presente en la mayoría de Estados adaptaciones del clásico delito de asociación ilícita, de origen francés, las características de estas figuras penales diferían notablemente de un país a otro, en consonancia con su tradición legal y con la fenomenología de la delincuencia organizada propia del lugar. Con estas normas internacionales se busca acabar con esta heterogeneidad normativa en materia de represión penal de la delincuencia organizada, que dificultaba en gran medida el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales, y que propiciaba el llamado *forum shopping* penal, llevando a los delincuentes organizados a situar su centro operativo en el país que ofreciese un trato penal más favorable a este respecto.

No obstante, pese a la loable intención del proyecto, lo cierto es que a día de hoy no se han obtenido los resultados deseados en cuanto a la homogeneización de legislaciones²⁴. La excesiva

a las agrupaciones dedicadas a delinquir por ocio, sin la pretensión última de obtener un beneficio. La Decisión Marco del Consejo del año 2008, que eliminó y sustituyó a la Acción Común, cambió las tornas, al tomar en este sentido como referente el texto de la Convención de Palermo de 2010, contemplando como característica esencial de la organización criminal «el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material».

²² A diferencia de la Acción Común de 21 de diciembre de 1998, que solo obligaba, empleando términos vagos, a los Estados a garantizar que la participación activa en una organización delictiva esté sujeta a «sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasorias» (art. 2.1), la Decisión Marco de 2008, que la sustituye, establece estas sanciones concretas en su art. 3. CORRAL MARAVER, «La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea», *InDret*, (4), 2016, pp. 14, 18 y 20, remarca este proceso de concreción progresiva de las sanciones en el marco de la legislación comunitaria, advirtiendo de que ello puede suponer en ocasiones una vulneración del principio de coherencia a nivel nacional cuando las penas establecidas a nivel comunitario no casan con el sistema jurídico penológico del país concreto por resultar excesivamente elevadas. La autora pone como ejemplo paradigmático los delitos de daños informáticos del CP español, resultantes de la transposición de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, que «con penas de hasta 3 y 5 años de privación de libertad (arts. 264 y 264 bis) en cumplimiento del mandato europeo, pueden resultar desproporcionados comparados con otros similares del Código penal español».

²³ Así, se establece en el art. 3.2 de la DM: «Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que el hecho de que los delitos mencionados en el artículo 2, conforme a lo determinado por cada uno de los Estados miembros, hayan sido cometidos en el marco de una organización delictiva, pueda considerarse como una circunstancia agravante». Con «delitos mencionados en el artículo 2» se infiere que el Consejo quiere hacer referencia a los «delitos-fin» de la organización delictiva, que se definen en el art. 1 de la norma como «delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa».

²⁴ Así lo señalaba el propio Parlamento europeo, en su Resolución de 25 octubre de 2011, cuando se refería (apartado 7 de la introducción) al «impacto muy limitado sobre los sistemas legislativos de los Estados miembros de la Decisión marco 2008/841/JAI sobre la delincuencia organizada», añadiendo tajantemente que «no ha aportado ninguna mejora significativa a las leyes nacionales ni a la cooperación operativa para combatir la delincuencia organizada». Más significativo aún es el informe de la Comisión al Parlamento y el Consejo presentado en julio de 2016 –COM(2016) 448 final–, que tenía precisamente como objeto analizar los resultados obtenidos por la decisión marco a nivel de armonización legislativa, donde se concluye (p. 11) que «la Decisión marco no alcanza el grado mínimo de aproximación necesario en lo que respecta a la dirección de una organización delictiva o la participación en ella con un único concepto para dicha organización», poniendo de relieve las actuales divergencias legislativas existentes entre los Estados, entre las que se subraya la incluso total inexistencia de tipos penales autónomos para el castigo de la participación en organización delictiva en Dinamarca y Suecia.

amplitud de la definición de organización criminal²⁵, y la posibilidad brindada a los Estados de elegir entre dos modelos alternativos de armonización: (1) castigar la conducta participación activa en organización criminal, de la que hemos hablado hasta el momento, o (2) punir la simple *conspiracy* –véase: el acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos, aun cuando no se participe en su ejecución –, que refleja un concepto mucho más amplio que el primero²⁶, lleva a que muchos Estados no modifiquen siquiera sus legislaciones penales para transponer las normas internacionales habida cuenta de que sus modelos legislativos ya encajan dentro de los vagos contornos marcados por los textos internacionales. Parece que, si se quiere obligar efectivamente a los Estados a realizar reformas legislativas y lograr un verdadero acercamiento de las legislaciones nacionales, habría de establecerse a nivel supranacional una única vía para la transposición, suprimiendo la opción de la *conspiracy*²⁷, que, además, poco o nada tiene que ver con la delincuencia organizada transnacional que nos ocupa.

Otro aspecto que podría resultar mejorable es el relativo a la selección de «delitos-fin» de las organizaciones delictivas. El criterio cuantitativo empleado por la normativa internacional, a través del cual se restringen las infracciones que pueden ser objeto de las agrupaciones delictivas en función de la pena asignada por la legislación nacional –que habría de ser de un máximo de al menos cuatro años de privación de libertad– lleva a la coexistencia de nociones muy heterogéneas de organización delictiva en los distintos países habida cuenta de la diversidad de políticas sancionadoras existentes. En consecuencia, se viene proponiendo en los últimos años, vistos los deficientes resultados de la DM, establecer en su lugar una lista de delitos objeto de la organización delictiva; solución esta, que, si bien presenta también ciertos problemas dado el carácter flexible y mutable de las agrupaciones criminales, que harían necesaria una revisión periódica del listado, garantiza en mucha mayor medida el acercamiento de las legislaciones penales en lo que atañe al castigo de la participación en organizaciones criminales²⁸.

²⁵ Muy crítico en este sentido, MATTARELLA, *Sistema penale*, (3), 2021, p. 40, que lamenta que la definición internacional no haga referencia al *modus operandi* de la organización criminal, silenciando el uso de la intimidación, la violencia o la amenaza, características típicas de la delincuencia organizada moderna. En el mismo sentido, RUIZ DÍAZ, «Diez años de la adopción de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. Luces y sombras de un legado más que dudoso», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (61), 2018, pp. 1108 y 1109, que refiere la ausencia en la definición comunitaria de las notas esenciales de la delincuencia organizada transnacional según los estudios criminológicos: «el uso o la amenaza de la violencia, la extorsión y la corrupción», criticando que la amplitud de la definición lleva a acoger en la misma «a diversos fenómenos criminales sin aparente conexión con la delincuencia organizada transnacional».

²⁶ La previsión de una doble vía para dar cumplimiento a las obligaciones en materia de armonización se explica ante la resistencia presentada por Estados con un sistema de *common law* a ceder soberanía en materia penal, y su consiguiente deseo de mantener el *status quo* de sus legislaciones nacionales. RUIZ DÍAZ, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (61), 2018, pp. 1096, 1106, refiere que esta presión para mantener en la DM el sistema de *conspiracy* como alternativa, fue ejercida especialmente por Reino Unido y Chipre frente a la propuesta presentada por la Comisión (COM (2005) 6 fin) a favor de la previsión de un modelo único –el del castigo de la participación activa en una organización delictiva–.

²⁷ A ello parece apuntar el Parlamento europeo cuando, en su citada resolución de 25 octubre de 2011 (apartado 7 de la introducción), pide a la Comisión que «estudie la abolición del doble enfoque actual (que tipifica tanto la participación como la conspiración)». En la doctrina critican la actual previsión de una doble vía para realizar la transposición de la DM, CORRAL MARAVER, *InDret*, (4), 2016, p. 16, que señala, además, que equipara conductas como la participación activa en una organización delictiva y el simple acuerdo con una o más personas para proceder a la ejecución de una actividad delictiva supone vulnerar el principio de proporcionalidad, por su diversa gravedad; y MATTARELLA, *Sistema penale*, (3), 2021, pp. 38 s.

²⁸ Así, BALSAMO, *Sistema penale*, (3), 2021, p. 49; y RUIZ DÍAZ, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (61), 2018, p. 1108.

Asimismo, se impone una mayor concreción de la definición de organización delictiva a través de la inclusión de sus características más esenciales, que, como hemos señalado aquí en la era de la globalización son la actuación transnacional, la complejidad estructural, con la adopción de organigramas propios del ámbito empresarial, y el uso sistemático de la corrupción y del blanqueo de las ganancias delictivas. En este sentido, el Parlamento europeo viene reiteradamente poniendo de relieve la necesidad de implantar a nivel comunitario un delito de «asociación de tipo mafioso»²⁹, similar al ya existente en el CP italiano desde 1982, en su art. 416 *bis*³⁰. Lo cierto es que, habida cuenta de la nueva fenomenología de muchas agrupaciones criminales a raíz de los cambios producidos en la era de la globalización, y a la coexistencia aún de otras agrupaciones delictivas tradicionales, que siguen manteniendo los caracteres propios de antaño –véase: actuación a nivel nacional, estructuras poco consolidadas, no infiltración en el tejido económico o político–, una solución para hacer frente a ambas fenomenologías delictivas –la tradicional y la nueva delincuencia organizada– sería mantener en los países el clásico delito de asociación ilícita, para el castigo de la primera, y la incorporación de un tipo penal nuevo de organización criminal mafiosa, siguiendo un delito-modelo instaurado a nivel comunitario, para la represión de la segunda. A tal fin, las actuales definiciones de organización delictiva de las normas internacionales en materia de armonización habrían de modificarse acogiendo expresamente los caracteres de la nueva delincuencia organizada, ya señalados como la actuación a nivel transnacional, la adopción del modelo organizativo empresarial y el empleo sistemático de la corrupción y del blanqueo de capitales. Otra característica de la nueva delincuencia organizada a cuya inclusión también apunta el Parlamento europeo es la capacidad de generar intimidación³¹, que aparece actualmente en la definición de asociación de tipo mafioso del art. 416 *bis* CP italiano³².

Vista esta panorámica general sobre la evolución de la delincuencia organizada y las respuestas penales adoptadas a nivel internacional ante la misma, así como comentadas las deficiencias encontradas en estas últimas, y propuestas modificaciones para su mejora, aterrizaremos en los siguientes apartados en la realidad normativa de España. Veremos cómo se ha realizado por el Estado español la transposición de la DM, y cómo se articula actualmente la respuesta penal frente a la delincuencia organizada en el CP español, identificando las deficiencias existentes,

²⁹ En su resolución de 25 octubre de 2011 (apartado 14), el Parlamento europeo subrayó la necesidad de «hacer frente a la profunda implantación de la delincuencia organizada de tipo mafioso en la Unión Europea», caracterizada por su «capacidad de generar intimidación, incluso en ausencia de actos concretos de violencia o amenaza, con el fin de cometer delitos, incidir en la gestión de la economía, de la administración general, de los servicios públicos y en el sistema electoral». Más tarde en su resolución de 11 de junio de 2013 (apartado 3), el Parlamento da un paso más instando a la Comisión a que «presente una propuesta legislativa que incluya una definición común de la delincuencia organizada que abarque, entre otros, el delito de asociación de tipo mafioso, haciendo hincapié en el hecho de que los grupos delictivos de este tipo tienen espíritu empresarial y poder de intimidación». Recientemente, en resolución de 20 de enero de 2021 (apartado 14) vuelve a hacer hincapié en ello a la Comisión.

³⁰ Reza el art. 416 *bis* CP italiano: «1. El que forme parte de una asociación de tipo mafioso integrada por tres o más personas será castigado con la pena de prisión de diez a quince años. 2. Los que promuevan, dirijan u organicen la asociación serán castigados, sólo por ello, con la pena de prisión de doce a dieciocho años. 3. La asociación es de tipo mafioso cuando quienes la integran se sirven de la fuerza intimidatoria del vínculo asociativo y de la condición de sometimiento y silencio que de él se derivan para delinquir, para adquirir directa o indirectamente la dirección o en todo caso el control de actividades económicas, concesiones, autorizaciones, contratos y servicios públicos o para obtener beneficios o ventajas indebidas para sí o para otros o para impedir o dificultar el libre ejercicio del voto o para procurar votos para sí o para otros en alguna ocasión de consultas electorales». Nótese que junto a este delito coexiste en el CP italiano el clásico delito de asociación para delinquir (*associazione per delinquere*), regulado en el art. 416, con penas inferiores.

³¹ Véase nota a pie 29.

³² Véase nota a pie 30.

cuando las haya, aportando, en su caso, propuestas de *lege ferenda*, y tratando, en definitiva, de arrojar algo de luz al intrincado estado actual de la legislación.

2. Realidad normativa en España: «maremágnun normativo» en el castigo de la participación en agrupaciones delictivas

2.1. El CP de 1995 ante la delincuencia organizada: evolución y estado actual de la legislación

Nuestro actual CP, desde su publicación en noviembre de 1995, ya disponía de dos «herramientas» jurídicas objetivamente aptas para reprimir el castigo de la conducta de participar en agrupaciones de personas dedicadas a delinquir con cierta vocación de permanencia: la primera, el clásico delito de asociación ilícita, de origen francés, que castigaba a los «miembros activos» de las asociaciones «que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión» con una pena de prisión de uno a tres años, y a sus «fundadores, directores y presidentes» con prisión de dos a cuatro años, *ex arts.* 517 y 515.1º CP; y la segunda, las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal con relación a los delitos de blanqueo de capitales, tráfico de drogas y tráfico de precursores, por razón de la comisión de estas infracciones perteneciendo –ya en calidad de miembro común, ya de jefe o administrador – a una organización o asociación dedicada a perpetrar estos delitos, en los entonces arts. 302³⁵, 369.6³⁴, 370³⁵ y 371.2³⁶ CP. El número de circunstancias agravantes específicas por el hecho de cometer delitos en el marco de una agrupación delictiva se va aumentando desde entonces progresivamente, a través de diversas reformas del CP, añadiéndose a infracciones como los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años o la promoción de la inmigración ilegal, entre otras muchas.

En 2010, a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, se produce un cambio de inflexión en el sistema legal de castigo de la pertenencia a agrupaciones delictivas, promovido seguramente³⁷ por la mencionada DM, al incorporarse al CP los delitos de participación en organizaciones y grupos criminales en los nuevos arts. 570 *bis* y 570 *ter*, respectivamente. El legislador ubica estos nuevos tipos penales en el Título XXII, relativo a los «delitos contra el orden público», argumentando

³³ Rezaba este precepto en la redacción originaria del CP de 1995: «En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que *pertenezcan a una organización* dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones».

³⁴ «Se impondrán las penas privativas de libertad superiores en grado [...] y multa del tanto al cuádruplo cuando [...] el culpable pertenezca a una *organización o asociación, incluso de carácter transitorio*, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional».

³⁵ «Los Jueces o Tribunales impondrán las penas privativas de libertad superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al séxtuplo cuando [...] se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones o asociaciones mencionadas en su número 6.º».

³⁶ «Se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una *organización dedicada a los fines* en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones».

³⁷ Añadimos a nuestra afirmación el adverbio «seguramente» porque lo cierto es que el legislador, al exponer en el apartado XXVIII del preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, los motivos que le han llevado a incorporar al Código Penal estos tipos penales, no hace referencia expresa a las obligaciones en materia de armonización marcadas a los Estados por la DM.

que el fenómeno de la delincuencia organizada, al que hacen frente, «atenta directamente contra la base misma de la democracia» al alterar el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, «corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado»³⁸. Se justifica la introducción de los delitos de organización y grupo criminal con base a la supuesta «incapacidad del delito de asociación ilícita para hacer frente a la delincuencia organizada común»; incapacidad esta, que se manifestaría, según el legislador, en la escasa aplicación jurisprudencial que habría tenido hasta el momento dicha figura fuera del ámbito del terrorismo o de las bandas armadas. Mantiene el legislador que la ubicación del delito de asociación ilícita entre los «delitos contra la Constitución», y más concretamente, entre los «delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», lleva a que por lo general en la práctica se haya restringido su aplicación a conductas que entrañan un «ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación» del art. 22 CE, que nada tendrían que ver con el fenómeno de la delincuencia organizada, esto es: con «agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad»³⁹.

Frente a lo requerido por las normas internacionales que determinan la obligación de incriminar la participación activa en una organización delictiva, el legislador va más allá y establece una dualidad de figuras, incorporando junto a la «organización criminal», que responde más o menos⁴⁰ en su definición a los patrones definitorios de la «organización delictiva» de la DM – agrupación de más de dos personas que con vocación de permanencia y actuación coordinada bajo un reparto de roles tiene como fin cometer delitos –, el «grupo criminal»; concepto este novedoso a cuya tipificación no se obligaba. El «grupo criminal» viene configurado en el art. 570 *ter*.1.II CP de manera residual respecto a la «organización criminal», como una agrupación de al menos tres personas dedicada a cometer delitos, pero sin las notas de vocación de estabilidad y actuación coordinada bajo un reparto de roles que caracterizan a la organización *ex* art. 570 *bis*.1.II CP. La finalidad que se persigue con la introducción de esta segunda figura es, según el legislador, la represión de fenómenos análogos a aquellos a los que hace frente la organización criminal, pero que «no reúnen esos requisitos estructurales» que esta refiere. Considerando así la diversa tipología y complejidad estructural de las agrupaciones dedicadas a delinquir, se opta por establecer dos delitos diversos, y con ello dos nociones de agrupaciones delictivas, cada uno de ellos con su propio marco penal: el delito de organización criminal, con sanciones de hasta cinco o seis años, dependiendo de si se es dirigente o simple miembro⁴¹, y el de grupo criminal, con penas, por su contra, de un máximo de cuatro años⁴², por presentar una estructura menos compleja, y constituir con ello, según el legislador, una amenaza menor para la «seguridad y orden jurídico»⁴³.

³⁸ Véase apartado XXVIII del preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Como veremos más adelante, están ausentes en la definición de «organización criminal» algunos caracteres de la «organización delictiva» de la DM, habiendo, en consecuencia, el legislador español expandido el concepto respecto a la norma comunitaria.

⁴¹ Estas penas se establecen para el caso en que la organización criminal a la que se pertenece tenga por finalidad u objeto la comisión de delitos graves. En caso de que el fin sea la comisión de delitos menos graves o leves la pena máxima a imponer se reduce a cinco, en el caso de dirigentes, promotores o creadores, y tres años, en el caso de miembros o colaboradores, *ex* art. 570 *bis*.1 CP.

⁴² En el caso más grave en que el objeto del grupo sea la comisión de delitos graves.

⁴³ Apartado XXVIII del preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio.

Una vez entrada en vigor la LO 5/2010, de 22 de junio, el panorama legislativo relativo a la punición de la pertenencia a agrupaciones delictivas presenta, pues, cuatro frentes: el delito de asociación ilícita, que sigue subsistiendo en el CP, con un tenor literal muy amplio que permite, desde luego, la subsunción en el mismo de las conductas que nos ocupan⁴⁴; los nuevos delitos de organización criminal y grupo criminal, elaborados *ad hoc* para el castigo de la delincuencia organizada, en sus diversas manifestaciones estructurales; y las circunstancias agravantes previstas con relación a determinados delitos del CP por razón de la comisión de los mismos en calidad de integrante de una agrupación delictiva. Este «maremágnun normativo» va a provocar en la práctica dificultades a la hora de determinar la norma aplicable a cada supuesto. Póngase, por ejemplo, el caso de diez personas, que, integrando una agrupación creada para delinquir de manera coordinada y con cierta vocación de estabilidad, llevan a cabo una importante operación de venta de drogas. ¿Qué norma habría de aplicarse por los tribunales a fin de castigarlos? De entrada coexisten varias posibilidades: 1) aplicar el delito de asociación ilícita en concurso –de delitos – con el delito de tráfico de drogas, en su tipo básico, véase: sin considerar la circunstancia agravante de pertenencia a organización criminal prevista para este delito, pues dicha pertenencia ya vine castigada con el tipo asociativo (arts. 517 y 368 CP); 2) castigarlos como autores de un delito de organización o grupo criminal, dependiendo de las características de la agrupación, y de un delito de tráfico de drogas del tipo básico (arts. 570 *bis* o 570 *ter* y 368 CP); y 3) considerarlos como autores de un delito de tráfico de drogas del tipo cualificado por el hecho de cometer el delito en el marco de una agrupación delictiva (art. 369 *bis* CP). No es de extrañar, así, que se haya señalado a la cuestión concursal como uno de los aspectos más problemáticos en la aplicación de la legislación penal en materia de delincuencia organizada⁴⁵.

La impresión que arroja este panorama de aparente superposición de normas es la de que bajo el mismo no subyacen unas directrices político-criminales claras⁴⁶. Se tiene la sensación de que las reformas legislativas realizadas en esta materia, especialmente la producida en 2010, se han realizado de manera apresurada, y «a parches», esto es: introduciendo nuevas figuras penales sin atender a las normas ya existentes de antemano en el CP. Pareciera que el legislador español, ante la presión de las instituciones internacionales a los Estados en cuanto a la articulación de un castigo contra la delincuencia organizada, y considerando el rédito electoral que por lo general entraña a nivel nacional toda medida de endurecimiento penal en materia de criminalidad grave, quisiera mostrarse como adalid en la represión penal de este fenómeno, castigando todo lo que pueda relacionarse con él con especial severidad⁴⁷, más allá de lo requerido por las normas comunitarias⁴⁸.

⁴⁴ Remarca esta idea GONZÁLEZ RUS, «La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma», *Anales de Derecho*, (30), 2012, p. 26: «siendo cierto que durante muchos años el delito de asociación criminal se utilizó casi con exclusividad para reprimir la disidencia política, no lo es menos que la posición doctrinal más solvente vino sosteniendo desde siempre que los delitos proyectados por la asociación criminal podían ser cualesquiera, dado que la letra del precepto no establece ninguna limitación en la naturaleza del objeto delictivo».

⁴⁵ Así, LAMARCA PÉREZ, «Tema 25. Delitos contra el orden público», en EL MISMO (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3ª ed., 2015, p. 985.

⁴⁶ CARUSO FONTÁN, «Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales», *Revista General de Derecho Penal*, (23), 2015, p. 2, «habla», en este sentido, de la ausencia de una «línea político-criminal coherente», así como de la existencia de una «política legislativa [...] plagada de contradicciones».

⁴⁷ En este sentido, se muestran críticos GONZÁLEZ RUS, *Anales de Derecho*, (30), 2012, pp. 16 s.; o CUENCA GARCÍA, «La criminalidad organizada tras la reforma del código español: una visión desde el derecho italiano», *La ley penal*, (93), 2012, p. 13.

⁴⁸ CORRAL MARAVER, *InDret*, (4), 2016, pp. 23 y 24, señala que «la sola regulación de una materia en el ámbito europeo es en sí misma una invitación a criminalizar». Advierte la autora de la tendencia de los Estados a

Lo lógico hubiera sido que la introducción, con la reforma del CP de 2010, de delitos creados *ad hoc* para la represión de la pertenencia a agrupaciones dedicadas a delinquir, como son los delitos de organización y grupo criminal, hubiese supuesto simultáneamente la supresión del delito de pertenencia a asociación ilícita, al menos en su modalidad de asociación con objeto delictivo del art. 515.1º CP, así como de las circunstancias agravantes específicas previstas hasta el momento para determinados delitos por la pertenencia a agrupaciones dedicadas a delinquir. Por el contrario, el legislador mantiene el delito de asociación ilícita de fin delictivo, cuyo ámbito de aplicación pasa a ser un interrogante, y dichas circunstancias agravantes, cuyo fundamento se opone en esencia al de los delitos de organización y grupo criminal. Y es que, frente al castigo generalizado de toda conducta de pertenencia a agrupaciones delictivas, que se persigue mediante la incriminación de los delitos de organización y grupo criminal, las circunstancias agravantes específicas vendrían a reflejar, por el contrario, la voluntad de circunscribir el castigo de dicha conducta a una lista cerrada de supuestos: aquellos en que se pertenezca a agrupaciones dedicadas a determinadas conductas delictivas, coincidentes, en teoría, con las actividades ilícitas más habituales de la delincuencia organizada⁴⁹. Los delitos de organización y grupo criminal vienen, así, a dar autonomía al castigo del injusto de la conducta de pertenecer en abstracto a una agrupación dedicada a cometer delitos, reconociéndolo de forma independiente al injusto del delito o delitos concretos que se cometan en el marco de las organizaciones o grupos criminales. Las circunstancias agravantes específicas, por contra, hacen depender la efectiva valoración del injusto de la conducta de pertenecer a una agrupación delictiva de la perpetración de un delito en su marco. Deviene así del todo incoherente el mantenimiento de estas dos vías de castigo de la pertenencia a agrupaciones delictivas, con fundamentos opuestos⁵⁰, derivando ello, además, inevitablemente en la práctica a la apreciación de concursos de leyes entre ambas.

Una vez entrada en vigor la LO 5/2010, de 22 de junio, surge, en fin, un panorama legislativo en materia de delincuencia organizada de difícil aplicación por los operadores jurídicos⁵¹. El legislador español, consciente en el fondo de lo intrincado de la normativa por él elaborada, aporta al menos una ayuda *ad hoc*, mediante la inclusión de una norma específica sobre resolución de concursos de leyes en materia de delincuencia organizada. Se trata del art. 570 *quater* CP, que al final de su apartado segundo determina que «en todo caso, cuando las conductas

criminalizar conductas y a establecer penas por encima de lo estrictamente marcado por las normas comunitarias, ante el miedo a «quedarse cortos» en la transposición de decisiones marco y directivas, e «incurrir en un procedimiento por incumplimiento del Derecho europeo por defecto de armonización». Habida cuenta de que las normas comunitarias son «normas de mínimos», pero no «de máximos», en el sentido de que no establecen límites máximos en cuanto a lo que se puede criminalizar, surge en el legislador nacional la idea «mejor tirar hacia arriba a riesgo de quedarme corto».

⁴⁹ Si bien el legislador nacional ha previsto esta circunstancia agravante con relación a delitos clave en el marco de la delincuencia organizada, como son el tráfico de drogas (art. 369 *bis* CP) o el blanqueo de capitales (art. 302 CP), llama la atención que no la haya previsto en otros delitos, que también son cometidos con frecuencia por agrupaciones delictivas, como el robo con violencia o intimidación –por el contrario sí se prevé paradójicamente la circunstancia agravante en los delitos de hurto (art. 235.1.9º CP) y robo con fuerza en las cosas (art. 240.2 CP) –, la extorsión o la estafa, o delitos contra la Administración pública, como el cohecho o el tráfico de influencias.

⁵⁰ Señala esta paradoja GONZÁLEZ RUS, *Anales de Derecho*, (30), 2012, p. 31, advirtiendo de que se trata de vías alternativas, y no complementarias, de castigo de la pertenencia a agrupaciones delictivas.

⁵¹ Una manifestación de ello es la Circular 3/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del CP efectuada por la LO 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de tráfico de drogas y precursores, que dedica 17 pinas (pp. 12-29) a tratar de resolver el intrincado panorama legislativo de superposición de normas, concretamente de los delitos de organización y grupo criminal y la circunstancias agravante de pertenencia a estas agrupaciones prevista con relación a los delitos de tráfico de drogas y precursores.

previstas en dichos artículos –se refiere a los arts. 570 bis y 570 ter CP⁵² –estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8», véase: el criterio de alternatividad, que determina la aplicación del «precepto penal más grave»⁵³, con exclusión de los que prevean una pena menor. Se ha discutido entre la doctrina sobre el significado a dar a «las palabras» del legislador. En un intento por evitar el endurecimiento penológico que llevaría aplicar en todo caso el art. 8.4º CP como criterio de resolución de conflictos normativos en esta materia, algunos autores han defendido que el legislador estaría preceptuando su aplicación solo en el caso de que no fueran de aplicación el resto de reglas del art. 8 –criterios de especialidad, subsidiariedad y consunción de los apartados 1 a 3–⁵⁴; otros, entre los que me encuentro, entendemos, por contra, que el mensaje del legislador es taxativo: se impone en todo caso la aplicación del art. 8.4º CP como único criterio de resolución de concursos normativos⁵⁵. Si la cláusula concursal no quisiese, como determina, exceptuar el orden de prelación de las reglas de resolución de concursos de normas establecido en el art. 8 CP, su propia existencia no tendría sentido, pues estaría simplemente reiterando lo ya dispuesto en dicho precepto. Aunque tampoco comparta la tendencia al endurecimiento punitivo en materia de delincuencia organizada, por considerarla desproporcionada, los términos legales contenidos en el art. 570 quater CP no arrojan dudas. La no aplicación del art. 8.4º CP por los operadores jurídicos de cara a determinar la norma aplicable en los concursos de leyes en materia de delincuencia organizada supondría a todas luces una vulneración del principio de legalidad, al obviarse lo dispuesto taxativamente en el art. 570 quater.2 in fine CP.

En los apartados siguientes de este trabajo se abordarán las relaciones entre los delitos hoy aptos para reprimir la pertenencia a agrupaciones delictivas: en primer lugar, se verá la existente entre las dos figuras más novedosas, la organización y el grupo criminal, y posteriormente, la relación de estas con el clásico delito de asociación ilícita de finalidad delictiva, tratando de identificar el ámbito autónomo de aplicación de cada una de ellas, si es lo que hay. Dejaremos, así, por motivos de espacio, pendiente para una futura publicación la cuestión atinente a los concursos existentes entre estas vías generales de castigo de la pertenencia a agrupaciones delictivas y las vías especiales, conformadas por los subtipos agravados por idéntica circunstancia, previstos con relación a determinadas infracciones penales.

⁵² Con la expresión «las conductas previstas en dichos artículos», el legislador ha de referirse necesariamente a los comportamientos típicos previstos en los arts. 570 bis y 570 ter CP, pues los menciona previamente en el art. 570 quater.2.I CP, cuando prevé la pena de inhabilitación especial. Véase que este primer párrafo del art. 570 quater.2 CP refiere: «Asimismo se impondrá a los responsables de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, además de las penas en ellos previstas, la de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos...». La previsión de esta disposición en materia concursal en el mismo apartado en el que se dispone la aplicación de la pena de inhabilitación es, ciertamente, extraña, como ha señalado SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., 2016, p. 1406. Lo lógico hubiera sido incluir el segundo párrafo del art. 570 quater.2 CP en un apartado aparte, desvinculado de la previsión de la pena de inhabilitación.

⁵³ Transcripción literal de la fórmula empleada en el art. 8.4º CP.

⁵⁴ Véanse GONZÁLEZ RUS, *Anales de Derecho*, (30), 2012, p. 36, o RIVERO ORTIZ, «Las asociaciones criminales en la modificación del nuevo Código Penal. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: ¿es la reforma añorada?», *La ley penal*, (78), 2011, p. 5.

⁵⁵ Así, CARUSO FONTÁN, *Revista General de Derecho Penal*, (23), 2015, pp. 12 s.

2.2. Delimitación entre organizaciones criminales y grupos criminales

a. Origen de la problemática y propuestas de lege lata

Como se ha visto, la LO 5/2010, de 22 de junio, incorpora al CP español dos tipos penales elaborados *ad hoc* para la represión del fenómeno de la delincuencia organizada. En el caso del delito de «organización criminal», parece claro el origen de la figura, aunque no se concrete en el preámbulo de la ley de reforma. Estamos ante un tipo penal fruto de la transposición de la DM 2008, y concretamente, de la figura en ella prevista como «delito modelo» a nivel comunitario de la «organización delictiva». No obstante, el legislador penal español ha ampliado el concepto respecto al establecido en la norma comunitaria, en consonancia con la «política criminal securitaria» dominante⁵⁶. Así, si la «organización delictiva» de la DM es una «asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material», la «organización criminal» del art. 570 bis CP se define como la «agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos». Como se ve, el legislador ignora dos de los elementos contenidos en la definición del texto europeo, que son la finalidad de cometer delitos de cierta gravedad –sancionables con una pena mínima concreta – y el objetivo último de obtener un beneficio⁵⁷, ampliando con ello notablemente el concepto jurídico de delincuencia organizada, y con ello, el rango de conductas sancionables a través del art. 570 bis CP. Así, en una interpretación estrictamente literal del precepto habría que decir que sería subsumible en la definición de «organización criminal» un grupo integrado por tres jóvenes que se dedique por ocio, con carácter estable, a pintar «grafitis» en fachadas de edificios –delito de daños–⁵⁸; agrupación esta que, desde luego, no casa con el concepto criminológico tradicional de delincuencia organizada.

En el caso del «grupo criminal», figura residual respecto a la de la «organización criminal», al definirse en el art. 570 ter.1 CP como «la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos», su incriminación no constituía una obligación impuesta por las instancias internacionales. Es cierto que en el texto de la DM se puede encontrar un concepto muy similar, que debió de servir de inspiración al legislador nacional para la definición de «grupo criminal», que es la «asociación estructurada», concebida como «una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada». Pero, como decimos, nada se dice

⁵⁶ Alerta de esta tendencia del legislador a ir en la criminalización de conductas más allá de lo obligado por las normas comunitarias, CORRAL MARAVER, *InDret*, (4), 2016, pp. 22-24, que advierte que no es un fenómeno exclusivo de España, sino que sucede a nivel europeo. La autora señala que la propia idea de armonizar legislaciones, con el establecimiento de normas «de mínimos», y no «de máximos», previendo a nivel comunitario sanciones en caso de no alcanzar el nivel requerido por la norma comunitaria, explica esta tendencia.

⁵⁷ BOCANEGRA MÁRQUEZ, Los delitos de organización y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, 2020, pp. 107 s.

⁵⁸ Ejemplo este traído a colación, para revelar la excesiva amplitud de la definición, y sus indeseables consecuencias prácticas, por GONZÁLEZ RUS, *Anales de Derecho*, (30), 2012, p. 22. Crítica también con la amplitud de la definición legal, CARUSO FONTÁN, *Revista General de Derecho Penal*, (23), 2015, p. 6.

en la DM sobre la obligación de los Estados de criminalizar la participación activa en este tipo de agrupaciones.

Resulta fuera de toda duda el hecho de que entre los arts. 570 *bis* y 570 *ter* CP –delitos de organización y grupo criminal, respectivamente– «no concurre una relación de concurso de leyes», pues, como se ha visto, el art. 570 *ter* CP para definir el concepto de «grupo criminal» toma precisamente como referencia la definición de «organización criminal» del art. 570 *bis* CP, suprimiendo algunas de sus características, con lo que ambas se erigen como figuras con un ámbito de aplicación distinto. Así lo deja claro, además, el legislador en el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, cuando justifica la incorporación de la figura del grupo criminal en base a la necesidad de hacer frente a otros fenómenos análogos a los de las organizaciones criminales, pero que no reúnen sus «requisitos estructurales»⁵⁹, relativos al carácter estable o por tiempo indefinido y a la actuación concertada y coordinada con reparto de tareas o funciones. Por otro lado, no tendría sentido que el legislador creara simultáneamente *ex novo* dos tipos penales para hacer frente a los mismos supuestos. Esto podría suceder entre normas ya existentes y normas nuevas, como parece que ocurre con estos delitos y el viejo delito de asociación ilícita criminal, pero demasiado torpe tendría que ser el legislador para a través de una misma reforma introducir dos figuras con un mismo ámbito de aplicación.

El que no concurra un concurso de leyes entre los arts. 570 *bis* y 570 *ter* CP no suprime la necesidad de concretar la diferencia entre los conceptos de organización y grupo criminal, que en la práctica no resulta tan clara como pudiera parecer a tenor de la literalidad de la ley. El problema reside en la definición excesivamente amplia del «grupo criminal», que lo equipara a una simple conspiración para delinquir⁶⁰. Véase el siguiente ejemplo, ilustrativo de este problema: Conociendo que tres familias de un mismo bloque de pisos se disponen a partir de vacaciones a la playa, tres amigos, uno de los cuales habita en ese bloque, se reúnen y acuerdan entrar en los días siguientes en dichas viviendas forzando la cerradura con determinados artilugios y tomar del interior los objetos de valor que encuentren. Parece claro que estamos ante conspiraciones para cometer delitos de robo con fuerza en las cosas, pero, lo cierto es que el supuesto también encaja, atendido el tenor literal de la ley, en el art. 570 *ter* CP al encontrarnos ante una agrupación de más de dos sujetos que tienen por objeto cometer delitos, sin las notas de actuación con carácter estable y, en su caso, de actuación coordinada con reparto de roles.

Con la vaga definición legal de «grupo criminal» se produce, así, un desdibujamiento de las fronteras entre dicho concepto y el mero acto preparatorio de la conspiración para delinquir, pudiendo, peligrosamente, ponerse en cuestión la regla de la excepcionalidad del castigo de los actos preparatorios. Y es que, si el art. 17.3 CP establece que la conspiración para delinquir solo habrá de castigarse con relación a los delitos en los que ello expresamente se prevea, el grupo criminal, que no restringe su posible objeto, pudiendo constituir el mismo la comisión de cualesquiera delitos, vendría a denotar lo contrario, véase: la implantación de un castigo generalizado de los actos preparatorios. Como no puede ser esta última la voluntad real del legislador, se impone emplear en la interpretación del concepto legal de «grupo criminal» criterios hermenéuticos complementarios al literal o gramatical, como son el teleológico, que atiende a la voluntad perseguida con la incorporación de la figura, y el sistemático, que, por su

⁵⁹ Apartado XXVIII del preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio.

⁶⁰ Ya señalé críticamente este aspecto en BOCANEGRA MÁRQUEZ, «El concepto de “grupo criminal” del art. 570 *ter*.1.II CP. La necesidad de su interpretación restrictiva», en GALÁN MUÑOZ/MENDOZA CALDERÓN (dirs.), *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, 2019, p. 531.

parte, repara en el contexto normativo, y la conexión de la norma a interpretar con el ordenamiento jurídico del que forma parte. En este último sentido, se impone una interpretación restrictiva del concepto de «grupo criminal» que haga del mismo algo cualitativamente distinto de la conspiración para delinquir, pues, caso contrario se estaría reconociendo la existencia de una antinomia en el CP en lo que respecta a la regla atinente al castigo de los actos preparatorios, cuestionándose, como se ha dicho, la excepcionalidad de su castigo *ex art.* 17.3 CP. La aplicación del criterio de interpretación teleológico reafirma esta idea, pues el legislador señala querer hacer frente con la figura del grupo criminal a fenómenos análogos a los de las organizaciones criminales, pero sin sus requisitos estructurales. Todo ello debe llevar, en mi opinión, a pesar de que la ley no lo exija, a reclamar en todo caso los elementos de la vocación de estabilidad y una estructura basada en la actuación concertada y coordinada también en el grupo criminal⁶¹.

La jurisprudencia parece moverse en esta línea si atendemos a las sentencias condenatorias por esta figura publicadas desde su entrada en vigor. Las mismas hacen referencia en todo caso a agrupaciones de más de dos personas estructuradas para delinquir con cierta vocación de permanencia en el tiempo, diferenciándolas así de la mera unión transitoria de personas para cometer un delito o unos delitos específicos, constitutiva de la conspiración para delinquir⁶². Precisamente la existencia de una estructura idónea para delinquir con vocación de permanencia en el tiempo es lo que explica el injusto autónomo de los delitos de organización y grupo criminal respecto al injusto de los delitos cometidos en el marco de estas agrupaciones. Piénsese, que en el acto preparatorio de la conspiración para cometer un delito o unos delitos concretos, el injusto está integrado por el injusto del delito para el que se conspira, si bien en una intensidad menor al de este, al ser un acto preparatorio que aún no afecta directamente al bien jurídico protegido. De ahí que cuando se inicie la ejecución del concreto delito planificado, la responsabilidad de los sujetos pase a restringirse al castigo por el delito ejecutado, siendo absorbida por este la responsabilidad por la conspiración en virtud del principio de consunción *ex art.* 8.3º CP. Las figuras penales de la organización y el grupo criminal, por el contrario, al referirse a agrupaciones creadas y estructuradas para delinquir con vocación de estabilidad –subsistiendo tras la perpetración de un concreto «delito-fin» para la posterior comisión de otros–, ostentan injustos autónomos respecto a los de los delitos cometidos en su marco. Por ello, cuando se perpetra un delito concreto en el marco de una organización o grupo criminal los tribunales no exigen responsabilidad penal exclusivamente por el «delito-fin» perpetrado, sino también por el delito de organización o grupo criminal, aplicando un concurso de delitos⁶³. El contenido de este injusto autónomo de los delitos de organización o grupo criminal ha sido definido de muchas formas. Si

⁶¹ En este sentido, anteriormente, véase BOCANEGRA MÁRQUEZ, en GALÁN MUÑOZ/MENDOZA CALDERÓN (dirs.), *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, 2019, pp. 542 s.

⁶² Véanse, entre otras muchas, la STS 641/2021, Penal, de 15 julio (ECLI:ES:TS:2021:3139), que califica como «grupo criminal» *ex art.* 570 *ter* CP a una estructura compuesta por tres personas con cierto «carácter de permanencia y reparto de funciones», para la comisión de delitos de detención ilegal y extorsión, donde uno dirige y supervisa la operación y otros dos la ejecutan; la STS 395/2021, Penal, de 6 mayo (ECLI:ES:TS:2021:1737), que hace lo propio en relación al concierto «estable» entre tres sujetos para la captación de menores y su utilización en múltiples reportajes que grababan al unísono en fotografía y vídeo; o la STS 655/2020, Penal, de 3 diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4446), que aplica el tipo penal a los integrantes de un clan familiar dedicado de manera continuada en el tiempo al tráfico de drogas, presentando cierta estructura organizativa y reparto de tareas, si bien no de gran complejidad.

⁶³ Volviendo a las sentencias aludidas en la nota a pie precedente, véase que en la primera de las mencionadas se confirma la condena en primera instancia de los acusados por los delitos de pertenencia a grupo criminal, detención ilegal y extorsión; en la segunda por grupo criminal y delito continuado de corrupción de menores; y en la tercera por grupo criminal y delito de tráfico de drogas. En todos los casos se aplicó la modalidad concreta del concurso real de delitos, sumándose las penas impuestas por cada infracción, en su caso con los límites establecidos en el art. 76.1 CP.

el legislador lo conceptúa de manera amplia como una ofensa al orden público, entre la doctrina se han barajado definiciones como las de puesta en peligro de la paz social o del sentimiento de tranquilidad de la ciudadanía⁶⁴, afectación de la «seguridad ciudadana»⁶⁵ o de la «seguridad colectiva»⁶⁶, desafío al poder del Estado⁶⁷, o puesta en peligro del monopolio estatal en el ejercicio de la violencia⁶⁸. A mi juicio el contenido esencial del injusto, quiera denominárselo como quiera, reside en el peligro de la comisión de una pluralidad de delitos generado ante la existencia de agrupaciones de personas creadas bajo unas estructuras coordinadas con vocación de permanencia en el tiempo, aptas para dicho fin delictivo.

No obstante, habida cuenta de la dualidad de figuras existente en nuestro CP (organización criminal-grupo criminal), y a la diversidad de marcos penales de las mismas, insta delimitar ambas de forma clara partiendo de cierto contenido de injusto diferenciado. Si siguiendo la interpretación restrictiva señalada del art. 570 *ter* CP, el grupo criminal ostenta también cierta vocación de permanencia y una estructura basada en la coordinación y cierto reparto de funciones, la organización criminal ha de reunir requisitos adicionales a los establecidos en el art. 570 *bis* CP para su diferenciación del grupo. Mi propuesta en este sentido, considerando las recomendaciones del Parlamento europeo, es la de concebir la organización criminal, no solo como una agrupación de más de dos personas coordinadas y estructuradas idóneamente para delinquir con vocación de permanencia –elementos que comparte, en la interpretación que aquí se sostiene, con el grupo criminal –, sino también como una «comunidad mafiosa», que se sirve sistemáticamente de la corrupción y del blanqueo de capitales como medios para infiltrarse en las instituciones estatales y en los mercados, obteniendo beneficios. Se ha señalado reiteradamente la necesidad de articular a nivel comunitario un delito modelo de organización criminal mafiosa, siguiendo el esquema del tipo penal ya existente en Italia a este respecto, del art. 416 *bis*. Una organización así ostenta un contenido de injusto adicional al de la simple agrupación estructurada idóneamente para delinquir con vocación de permanencia –en España, la que sería el «grupo criminal»–, que podría definirse como la ofensa al orden público, entendido este término en un sentido institucional, como correcto funcionamiento de los mercados e instituciones públicas. A esta idea parece apuntar el propio legislador, cuando en el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, al justificar la incorporación del delito de organización criminal, alude específicamente a la capacidad de la delincuencia organizada de la «era globalizada» de «generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los

⁶⁴ Así, si bien en referencia al delito de asociación ilícita, pero concebido como tipo penal apto para el castigo de la delincuencia organizada común, GUZMÁN DÁLBORA, «Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas», *Revista de Derecho penal y Criminología*, (2), 1998, pp. 176 ss.

⁶⁵ En este sentido, FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 227, 236 s.; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., 2016, pp. 1397 s.

⁶⁶ Véase MAGALDI PATERNOSTRO, «Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada (Los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter CP)», *Revista jurídica de Catalunya*, (4), 2011, p. 959; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, 2009, p. 267.

⁶⁷ Así, en su momento, con relación al delito de asociación ilícita de fin delictivo, cuando este era el único tipo penal existente en el CP para hacer frente al castigo autónomo de la pertenencia en agrupaciones dedicadas a delinquir con vocación de estabilidad, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, 1977, pp. 142-145; CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, «Arts. 515-521», en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, v. II, 1996, p. 2012.

⁶⁸ Véase CANCIO MELIÁ, «El injusto de los delitos de organización: peligro y significado», en CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, 2008, pp. 36 ss.

rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, *alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado*». Desvalor este adicional al del grupo criminal, que hace merecer la atribución al delito de organización criminal de unos marcos penales más elevados. Se echa en falta, sin embargo, que el legislador no haya especificado expresamente este especial desvalor de la «organización criminal» en la definición de la misma contenida en el art. 570 *bis*.1.II CP.

b. Propuestas de lege ferenda

En mi opinión, y considerando todo lo dicho hasta el momento, sería deseable que el legislador español modificara los delitos que nos ocupan en un doble sentido: (1) incorporando en la definición de «grupo criminal» como obligatorias las notas de vocación de permanencia y de estructurada coordinada, en aras a su clara delimitación de la mera conspiración para delinquir; y, (2) añadiendo al concepto de «organización criminal» características como el empleo sistemático de la corrupción y del blanqueo de capitales, el espíritu empresarial, el poder de intimidación, o fórmula similar que se quiera, pudiéndose tomar de referencia el mentado art. 416 *bis* del CP italiano. Intuyo, sin embargo, que un cambio en tal sentido en la práctica no procederá de la libre voluntad del legislador, sino que habrá de venir precedido de la publicación de una nueva directiva europea por parte de la Comisión, en la que se obligue formalmente a los Estados a tipificar en sus legislaciones nacionales la participación activa en una organización criminal mafiosa, o término similar, a lo que viene alentando el Parlamento europeo a la Comisión⁶⁹.

Hay un tercer aspecto que también podría replantearse en una eventual reforma de estos delitos, y es el de la limitación de los «delitos-fin», siguiendo la vía establecida por las definiciones de «organización delictiva» de la DM de 2008, y «grupo delictivo organizado» de la Convención de Palermo, de 2000, que restringen los «delitos-fin» a infracciones penales de especial gravedad, concretadas como aquéllas que tengan establecida una pena máxima de al menos cuatro años, en aras a un mayor acercamiento de las legislaciones nacionales⁷⁰. No obstante, como se vio, los malos resultados obtenidos por la DM 2008 en cuanto a la homogeneización de estos delitos en los diversos países, unida a este respecto a la circunstancia de la diversidad de sistemas penológicos existentes, hagan quizás deseable establecer a nivel comunitario otro criterio diverso al cuantitativo para restringir los «delitos-fin», como el de la lista cerrada, atendiendo a las actividades delictivas más comunes de la delincuencia organizada, que se vaya actualizando periódicamente en consonancia con los informes policiales sobre la realidad criminológica del fenómeno. La aplicación de esta restricción a la figura del grupo criminal sería útil en aras a conseguir una armonización mayor a nivel comunitario, y a frenar en cierta medida una expansión exagerada del Derecho penal en materia de represión de la delincuencia organizada, que pueda llevar desproporcionadamente a calificar como «grupo criminal» a una pandilla de «grafiteros». En lo que respecta a la organización criminal, sin embargo, no tengo tan clara la necesidad de restringir su objeto delictivo. Téngase en cuenta que, tal como aquí se interpreta el concepto, la misma constituye una agrupación mafiosa dedicada a delinquir, estando parte de su contenido esencial de injusto –el relativo a la ofensa al orden público institucional, ante un uso sistemático de la corrupción y el blanqueo de capitales– desvinculado de la mayor o menor

⁶⁹ Véase la nota a pie de p. 29.

⁷⁰ En este sentido me pronunciaba en su momento en BOCANEGRA MÁRQUEZ, Los delitos de organización y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, 2020, p. 96.

gravedad o de la tipología concreta de los delitos que persiga, con la salvedad de los mentados delitos en materia de corrupción y blanqueo de capitales, cuya comisión constituye parte de su *modus operandi*.

2.3. Organizaciones y grupos criminales vs. asociaciones para delinquir: ¿tiene sentido mantener hoy el tipo penal de asociaciones ilícitas de objeto delictivo?

a. *El interrogante sobre el destino de la figura de la asociación para delinquir tras la LO 5/2010, de 22 de junio*

El legislador justificaba en la LO 5/2010, de 22 de junio, la introducción en el CP de los delitos de organización y grupo criminal en base a una supuesta «incapacidad del [...] delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales»; incapacidad esta que se habría revelado por «el devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales», que mostraba una escasa aplicación hasta el momento del art. 515 CP fuera de los supuestos de bandas armadas u organizaciones terroristas⁷¹. Una manifestación indubitada de esta tendencia jurisprudencial señalada por el legislador se puede encontrar en la STS 1075/2006, Penal, de 23 octubre (ECLI:ES:TS:2006:6951), en la que el Alto Tribunal absuelve a un grupo de mujeres dedicado a perpetrar hurtos en la vía pública del delito de pertenencia a asociación ilícita de objeto criminal, por el que se les había condenado en primera instancia. Haciendo uso de una interpretación restrictiva del art. 515.1º CP, el tribunal señala que el principio de proporcionalidad ha de llevar a descartar del ámbito de aplicación del tipo asociativo a todas aquellas agrupaciones de personas dedicadas a la comisión de faltas, por la levedad de estas infracciones –a pesar de estar entonces incluidas expresamente como objeto posible de la asociación ilícita⁷² –, así como a las dedicadas a perpetrar delitos «para cuya consumación no sea necesaria la utilización de estructuras asociativas», que concibe como estructuras con «una cierta apariencia formal y, por lo menos, un conato de organización y jerarquía»⁷³. En este caso, habida cuenta de que las acusadas cometían faltas de hurto y que, además, no ostentaba la agrupación una estructura con apariencia formal, se declara su absolución. A pesar de este ejemplo paradigmático de interpretación restrictiva del art. 515.1º CP, pueden encontrarse, sin embargo, sentencias del Alto Tribunal anteriores a la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, que sí han aplicado el delito a agrupaciones de más de dos personas dedicadas a cometer delitos comunes sin ostentar una apariencia formal ni profesar ninguna carga ideológica. Tal es el caso, entre otros, de la SSTS 234/2001, Penal, de 3 de mayo

⁷¹ También la doctrina ha puesto de relieve la reticencia existente por parte de jueces y tribunales a aplicar el delito de asociación ilícita a supuestos de delincuencia organizada común –no política–. Véase, por ejemplo, CARUSO FONTÁN, *Revista General de Derecho Penal*, (23), 2015, pp. 2, 3, 7.

⁷² Nótese que cuando se publicó la citada sentencia –STS 1075/2006, Penal, de 23 octubre (ECLI:ES:TS:2006:6951) –, el art. 515.1º CP definía a las asociaciones ilícitas de tipo criminal como «las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada». Esta coletilla final, relativa a las faltas, fue suprimida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en consonancia con la supresión del hasta entonces libro III del CP, y con ello de las infracciones catalogadas como «faltas». Muchas de ellas pasaron a integrar infracciones administrativas y otras, delitos leves.

⁷³ Véanse FJ 3 y 4 de la sentencia. En el primero se señala con contundencia, además: «La rúbrica del capítulo correspondiente del Código Penal que recoge la asociación ilícita, se refiere a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizada por la Constitución. Ello nos limita la posibilidad de que el hecho que estamos examinando (grupo de descuideras) pueda tener la categoría delictiva que contempla el legislador. Por su propia naturaleza la asociación supone la existencia de una cierta apariencia formal y, por lo menos, un conato de organización y jerarquía. Asimismo, deben constituir una entidad distinta de la de sus individuos».

(ECLI:ES:TS:2001:3587), que califica como asociación ilícita de tipo criminal a una unión de sujetos «diseñada para sustraer vehículos y venderlos en el extranjero», 745/2008, Penal, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:6627), que hace lo mismo en relación a una agrupación de personas dedicada a «llevar a cabo robos con fuerza en las cosas, preferentemente en naves, locales comerciales, gasolineras y establecimientos similares», y 520/2010, Penal, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2963), que condena por el delito a los integrantes de una organización creada para la perpetración de robos y hurtos⁷⁴. Y lo cierto es que el tenor literal del art. 515.1º permitía entonces, y permite hoy, aplicar el tipo penal a cualquier agrupación que tenga por fin cometer delitos, sean estos cualesquiera. Nótese que el precepto define a las asociaciones ilícitas de manera muy amplia como «las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión», sin restringir el tipo de «delito-fin»⁷⁵. Es cierto, no obstante, que la ubicación del tipo penal entre los delitos contra la Constitución⁷⁶, y más concretamente entre los «delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución»⁷⁷ chirría en este sentido pues, como señalara el legislador, no parece que personas reunidas para delinquir con vocación de permanencia estén ejercitando, siquiera abusivamente, derechos amparados por la Constitución. De ahí la conveniencia de la creación de nuevos delitos con una configuración más idónea para hacer frente a la delincuencia organizada, y a través de un sistema binario para abarcar sus diversas manifestaciones, como son las figuras de la organización y el grupo criminal, de contornos aún imprecisos en mi opinión, pero, en cualquier caso, más concretos que el delito de asociación ilícita, cuya excesiva abstracción resultaba –y resulta– preocupante⁷⁸. Lo que genera asombro, como adelantábamos, es que la LO 5/2010, de 22 de junio, haya mantenido junto a estos nuevos delitos el viejo delito de asociación ilícita, en vez de suprimirlo⁷⁹. Teniendo en cuenta la relativa amplitud de los conceptos de «organización criminal» y «grupo criminal», que no restringen los posibles «delitos-fin», ni refieren la existencia o no de una forma jurídica, pudiendo en consecuencia abarcar a todo tipo de agrupaciones dedicadas a delinquir, cabe preguntarse qué espacio queda para la figura de la asociación ilícita de objeto delictivo.

⁷⁴ En la doctrina QUINTERO OLIVARES, «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita», en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1999, pp. 181-184, 189, ha criticado muy duramente sentencias de este estilo, aduciendo que en las mismas los tribunales no hacen sino tergiversar el sentido y los orígenes del delito de asociación ilícita: «el artículo 515 CP, que describe el delito de asociación ilícita, es consecuencia del artículo 22 de la Constitución que reconoce el derecho de asociación [...] Para el TS la asociación típica es “cualquier grupo humano estable que tenga cierta permanencia”, aunque no tenga una forma que le confiera una naturaleza jurídica precisa. [...]...pero entonces hay que recordar que cualquier grupo humano que quiera desarrollar actividades conjuntas no supone una manifestación del derecho de asociación proclamado en el artículo 22 de la Constitución. [...]...la condición o carácter de asociación ilícita se vincula a lo político o constitucional, y no se puede predicar de cualquier persona jurídica desde la que se haya cometido un delito».

⁷⁵ Así, GONZÁLEZ RUS, *Anales de Derecho*, (30), 2012, p. 26.

⁷⁶ Título XXI del CP.

⁷⁷ Rúbrica de la sección primera del capítulo IV, titulado «De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», del título XXI del CP.

⁷⁸ Véase que el legislador describe en el art. 515.1º CP a las asociaciones para delinquir meramente como: «las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión», sin especificar un número mínimo de integrantes, ni referir su modo de funcionamiento, más allá de la referencia abstracta al fin de cometer delitos; delitos que tampoco se restringen en función de la gravedad.

⁷⁹ Se han mostrado críticos en este sentido CANCIO MELIÁ, «Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo», en DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, 2011, p. 654: «no hay espacio para la asociación ilícita junto a los nuevos delitos de organización»; CARUSO FONTÁN, *Revista General de Derecho Penal*, (23), 2015, pp. 4 s.; GARCÍA ALBERO, «De las organizaciones y grupos criminales», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, 7ª ed., 2001, p. 2166; GONZÁLEZ RUS, *Anales de Derecho*, (30), 2012, pp. 37 *in fine*, 38.

b. *Propuestas doctrinales para dotar de virtualidad a la «asociación ilícita de objeto delictivo»*

Desde que entrase en vigor la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP, hemos sido testigos de todo tipo de intentos, llevados a cabo desde el terreno doctrinal, por dotar al delito de asociación ilícita del art. 515.1º CP de un ámbito de aplicación propio y autónomo, diverso al de los nuevos arts. 570 *bis* y 570 *ter* CP. Y es que lo contrario, esto es: aceptar que hay un solapamiento normativo entre el viejo y clásico delito de asociación ilícita y los nuevos tipos penales creados *ad hoc* para la represión de la delincuencia organizada común supondría en última instancia sumir prácticamente en la marginalidad total al delito asociativo. La aplicación preceptiva del art. 8.4º CP como regla de resolución de los concursos de leyes en materia de delincuencia organizada, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 570 *quater.2* CP, llevaría a aplicar siempre el delito de organización criminal en detrimento del de asociación ilícita, al prever el primero marcos penales más elevados, conforme se muestra en la tabla 1 del anexo⁸⁰. Es cierto que con relación al grupo criminal, que prevé marcos penales menos elevados, no ocurriría lo mismo. Esto es: si se entiende que concurre también un concurso de leyes entre el art. 570 *ter* CP y el art. 515.1º CP, habida cuenta de la amplia descripción del concepto de «asociación ilícita de objeto delictivo» –entendiéndolo como comprensivo tanto del concepto de «organización criminal», como del de «grupo criminal» – los arts. 515.1º ss. CP sí encontrarían cierto ámbito de aplicación al aplicarse el art. 8.4º CP, pues en ocasiones, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, como se expone en la tabla 2 del anexo, la pena prevista por el delito de asociación ilícita resultaría superior. No obstante, resulta cuanto menos paradójico que se incorpore *ex novo* el delito de pertenencia a grupo criminal y que en la práctica su aplicación se restrinja por la existencia del delito de asociación ilícita.

Como señalábamos, en el ámbito doctrinal han surgido, así, multitud de propuestas para brindar al delito de asociación ilícita de un ámbito de aplicación autónomo respecto a los nuevos delitos de organización y grupo criminal, tratando de evitar a toda costa la apreciación de un concurso de leyes entre estas figuras. En este sentido, tres se erigen como los instrumentos complementarios a la ley de los que poder detectar o extraer un ámbito de aplicación propio del delito de asociación ilícita de tipo criminal: (1) las declaraciones contenidas en el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, sobre la necesidad de incorporar, junto al delito de asociación ilícita ya existente, los delitos de organización criminal y grupo criminal, como figuras específicas para la punición de la participación en agrupaciones «intrínsecamente delictivas», haciéndose así uso de una interpretación de tipo teleológico; (2) las diferencias existentes en la ubicación sistemática de unos y otros preceptos, teniendo como referente que el delito de asociación ilícita se configura como un delito contra la Constitución, y, más concretamente, como un delito cometido «con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales», mientras que los tipos de organización y grupo criminal se ubican entre los «delitos contra el orden público», en el empleo de una interpretación sistemática de la ley; y, (3) los orígenes del delito de asociación ilícita como instrumento tradicionalmente empleado en la defensa del Estado frente a agrupaciones con ideas políticas disidentes, recurriéndose así al método de interpretación histórico.

En consonancia con ello, encontramos un primer sector que apunta como elemento distintivo de las asociaciones ilícitas a la «ostentación por las mismas de personalidad jurídica», ateniéndose

⁸⁰ Así lo señala REY HUIDOBRO, «Aspectos penales del delito de pertenencia a organización o grupo criminal», *La ley penal*, (134), 2018, p. 19.

a la palabra «asociación»⁸¹ que les da nombre y al resto de elementos *supra* citados, diferenciándolas así de las organizaciones y grupos criminales, que carecerían de dicha forma jurídica⁸². Matiza algún autor dentro de este sector que la personalidad jurídica de la asociación ilícita habría de ser *real*, y no ficticia –véase: no servir de simple «tapadera» para ocultar sus actividades delictivas –pues en otro caso serían de aplicación los delitos de organización o grupo criminal⁸³. Relacionado con el criterio de la personalidad jurídica se encuentra el que atiende a la «compatibilidad de actividades lícitas y delictivas» para marcar la diferencia de la asociación ilícita con las organizaciones y grupos criminales. Este segundo sector mantiene que, frente a estas dos últimas agrupaciones, que se restringen a la comisión de actividades delictivas, la asociación ilícita compaginaría estas con actividades legales⁸⁴. Una vertiente dentro de este sector admite, sin embargo, la posibilidad de que las organizaciones y grupos criminales puedan llevar a cabo actividades legales, marcando la diferencia con la asociación ilícita en que en aquellas habría una clara «preponderancia» de los fines delictivos sobre los lícitos, y en esta última, por el contrario, concurriría una «actividad legal preponderante», siendo los «comportamientos delictivos ocasionales»⁸⁵. Un tercer sector atiende, por el contrario, al momento en el que surge el fin delictivo en la agrupación de personas, de forma que, si esta finalidad coincidió con el surgimiento del ente ha de hablarse de organización o grupo criminal, pero si surge posteriormente, ha de recurrirse para el castigo de sus integrantes al tipo de asociación ilícita⁸⁶. Por último, se encontrarían aquéllos que identifican el delito de asociación ilícita de fin delictivo con la existencia de motivaciones políticas, dejando para los delitos de organización y grupo criminal las agrupaciones dedicadas a la delincuencia común sin dichas

⁸¹ De acuerdo con el DLE, la acepción segunda de «asociación» es «Conjunto de los asociados para un mismo fin y, en su caso, *persona jurídica por ellos formada*».

⁸² Claro representante de este sector es TAMARIT SUMALLA, «Art. 515», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. II, 6ª ed., 2011, p. 1538: «la diferencia estaría en que la asociación ilícita requiere, además de la nota de estabilidad y permanencia, propias también de la organización criminal, una mínima estructura asociativa y una apariencia formal que permita confundirla con las asociaciones que participan normalmente en la vida social. [...] La afectación que éste último elemento puede tener en la vida social democrática justificaría su diferente ubicación sistemática y el suplemento punitivo que [...] supone [...] la imposición de la inhabilitación especial para empleo o cargo público». Otros autores que siguen este planteamiento son GARCÍA DEL BLANCO, «Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Reforma Penal. Memento Práctico*, 2010, p. 560; JUANES PECES, «Efectos de la Reforma del Código Penal en Materia de Grupos Criminales y Terrorismo», en XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado, 2010.

⁸³ Así, REQUEJO CONDE, *Aspectos básicos del delito de organización y grupo criminal. Los diez años de su tipificación en el Código penal español*, 2020, pp. 73 y 78; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, 2017, p. 243.

⁸⁴ En este sentido, MUÑOZ CUESTA, «Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (1), 2011, pp. 7 s.

⁸⁵ Así, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia», en PÉREZ ÁLVAREZ/ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (dir.), *Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas*, 2015, p. 135: «el tratamiento jurídico-penal parece dividir el tratamiento de la criminalidad organizada, de aplicación del delito de organización criminal (art. 570 bis) para las organizaciones “intrínsecamente ilícitas” y el delito de asociación criminal (art. 515.1º CP) para asociaciones legales que ocasionalmente delinquen, más acorde con la criminalidad económica». En el mismo sentido ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, 2017, p. 243: «La legislación española admite la calificación de asociación ilícita del art. 515 CP a sociedades con actividad legal preponderante, es decir, que no son “intrínsecamente criminales”, que realizan comportamientos delictivos ocasionales, cuando no se trata de delitos en beneficio de la persona jurídica, sino en beneficio de personas individuales que instrumentalizan la empresa».

⁸⁶ Así, GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, 7ª ed., 2001, p. 2166; RIVERO ORTIZ, *La ley penal*, (78), 2011, p. 10: «la constitución de una asociación legal que luego deviene ilegal por sus fines o medios violentos no es susceptible de aplicación de dos o más preceptos del CP (arts. 515 y 570 bis), sino solamente el primero (art. 515.1º), pues los arts. 570 ss. nada dicen al respecto».

motivaciones. En cuanto a la concreción del significado de este elemento diferenciador, algunos, dentro de este sector, atienden a las motivaciones últimas del fin delictivo, hablando del desarrollo de delitos «con fines de subversión política»⁸⁷, mientras que otros se centran en la clase de «delitos-fin», exigiendo que en la asociación ilícita sean «delitos políticos», ubicando entre los mismos a los delitos contra el orden público y los delitos contra la Constitución⁸⁸.

c. *La inconsistencia de todo intento por justificar la «duplicidad normativa»: propuesta de supresión de la asociación ilícita para delinquir*

A mi juicio, las propuestas vistas *supra* constituyen intentos desesperados de la doctrina por justificar la subsistencia de un tipo penal que habría de haber sido suprimido en la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio. El que la agrupación de más de dos personas nazca inicialmente con fines lícitos y luego los mute a delictivos, que simultanee o no el objeto de cometer delitos con otros fines lícitos, o que ostente o no personalidad jurídica –ya real para la consecución de ciertos fines lícitos, ya falsa, a modo de mera tapadera –, son circunstancias que, a mi modo de ver, no suponen un cambio cualitativo en la valoración de los hechos, que lleve a la necesidad de prever diversas figuras penales con diversa ubicación y marcos penales para la diversa tipología de supuestos que puedan darse en la práctica, dentro del presupuesto común de agrupaciones dedicadas a delinquir con vocación de permanencia y una estructura y medios aptos para ello. En el caso de que se persiguiesen fines políticos por la agrupación delictiva sí pudiera justificarse dicho cambio cualitativo, pero lo cierto es que para valorar esa diferencia ya contamos con los delitos de organización y grupo terrorista, que prevén marcos penales superiores⁸⁹ al de las organizaciones y grupos criminales en atención precisamente a los fines políticos que aquellas persiguen, manifestados en la clase de delitos perseguidos –delitos de terrorismo⁹⁰–.

Por otra parte, mantener estos criterios diferenciadores propuestos podría dar lugar a resultados paradójicos e injustos. Teniendo en cuenta que el delito de asociación ilícita prevé marcos penales inferiores que el de organización criminal, podría, si se sigue por ejemplo el criterio de la personalidad jurídica, darse un trato penal más benevolente a los integrantes de agrupaciones

⁸⁷ Defendía esta aplicación del delito de asociación ilícita ya antes de la incorporación de los delitos de organización y grupo criminal, QUINTERO OLIVARES, en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1999, pp. 182, 186-188, empleando la fórmula «disidencia política organizada» para describir el ámbito debido de aplicación del tipo asociativo.

⁸⁸ Así, LUZÓN CÁNOVAS, «La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales», *Elderecho.com*, 2011, disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/penal/tipificacion-organizacion-criminal-Problemasconcurales_11_283555005.html

⁸⁹ Los marcos penales de estos delitos se encuentran en el art. 572: «1. Quienes *promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista* serán castigados con las penas de prisión de *ocho a quince años* e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. 2. Quienes *participaran activamente en la organización o grupo, o formaran parte de ellos*, serán castigados con las penas de prisión de *seis a doce años* e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena».

⁹⁰ Dispone el art. 571 CP que «se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 *bis* y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 *ter*, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente» –véase: los delitos calificados como de «terrorismo» –. Los delitos de terrorismo, *ex art.* 573 CP, son delitos comunes ejecutados con determinadas finalidades políticas, que el legislador define abstractamente como: «1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.ª Alterar gravemente la paz pública. 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella».

que se sirvan de una empresa para delinquir en beneficio propio o, si se sigue el criterio del momento de persecución de fines delictivos, beneficiar a la agrupación que muta sus fines lícitos a delictivos, frente a la que nace originariamente con fines delictivos, lo que no parece justificado⁹¹.

Habría de aceptarse, en fin, que existe un solapamiento normativo entre los arts. 515.1º y ss. CP y los arts. 570 *bis* y 570 *ter* CP, al no identificarse un ámbito de aplicación propio del delito de asociación respecto al de los de organización y grupo criminal. Este concurso de normas no sería sino resultado del ansia represiva del legislador en materia de delincuencia organizada, que, por miedo a «dejar algo fuera», sin castigo, y ante el deseo de mostrarse contundente en la lucha contra el fenómeno, mantiene una duplicidad inútil de normas a este respecto. La jurisprudencia de los tribunales viene a ratificar esta idea si se observa, acudiendo a cualquier base de datos jurisprudencial, que las sentencias condenatorias existentes por el delito de asociación ilícita de objeto delictivo se refieren hasta el momento a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, que incorpora los delitos de organización y grupo criminal. Una vez entrada en vigor esta ley –el 22 de diciembre de 2010– los hechos ocurridos a partir de entonces relativos a agrupaciones de personas establecidas para delinquir con vocación de permanencia han sido en todo caso castigados ya por el delito de organización criminal, ya por el de grupo criminal, según las características concretas de la agrupación delictiva en cuestión, cayendo, así, en la marginalidad el tipo penal asociativo. Se pone así de manifiesto la ausencia de una justificación de su permanencia⁹².

Con el mantenimiento del delito de asociación ilícita de objeto delictivo se genera, además, una preocupante inseguridad jurídica. Piénsese que, si en algún supuesto objeto de enjuiciamiento relativo a una pluralidad de personas reunidas y coordinadas con el fin de delinquir con vocación de permanencia, la acusación pidiese la condena por el delito de asociación ilícita, en vez de por los de organización o grupo criminal, por considerar que este tipo penal es más adecuado, con gran seguridad el tribunal competente calificará los hechos conforme a los arts. 515.1º ss. CP habida cuenta de la amplitud del tenor literal de este precepto, que en principio permite acoger una gran fenomenología de casos de agrupaciones dedicadas a delinquir. Con ello se consigue que, en última instancia, la norma a aplicar al acusado o a los acusados –ya los arts. 515.1º ss., ya los arts. 570 *bis* o 570 *ter* CP –, y con ello la mayor o menor pena a imponer, se haga depender de la interpretación normativa que haga la persona o personas que representen el rol de la acusación en el juicio.

3. Conclusiones

Parece acertado prever una dualidad de figuras para el castigo de la participación en agrupaciones dedicadas a delinquir, como son la organización y el grupo criminal, pues con ello se responde con proporcionalidad a la diversa fenomenología existente en la materia. No resulta, desde luego, equiparable la conducta de participar en un clan familiar que se dedica con vocación de permanencia al «tráfico» de drogas en un barrio marginal que la de integrar una agrupación con una estructura jerárquica muy consolidada y de muchos miembros que, dedicada a delinquir,

⁹¹ Así, CARUSO FONTÁN, *Revista General de Derecho Penal*, (23), 2015, p. 9.

⁹² Ya mantenía esta idea en BOCANEGRA MÁRQUEZ, «El castigo de la pertenencia a organización criminal en el Código Penal español: los delitos de asociación criminal y organización y grupo criminal», en DÍAZ CORTES/HEREDERO CAMPO/VILLASANTE ARROYO (coords.), *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Universidad de Salamanca, 2016, pp. 611 s.

se infiltra en el tejido empresarial y de las instituciones públicas, a base de corruptelas y de la puesta en marcha de complejos sistemas de blanqueo de las ganancias delictivas. No obstante, a pesar de lo loable de establecer dos figuras con diversos marcos penales, las definiciones legales de «organización criminal» y «grupo criminal» proporcionadas por el legislador dejan mucho que desear. La no exigencia en el grupo criminal ni de vocación de estabilidad ni de coordinación con reparto de roles lleva a equiparar este concepto con la mera conspiración para delinquir. Se impone modificar las definiciones de estos dos términos, exigiendo en todo caso ambas notas de vocación de estabilidad y de actuación coordinada en el grupo criminal, y reservando la organización criminal a estructuras de corte mafioso, que tengan por *modus operandi* el uso de la corrupción y el blanqueo de capitales, haciendo así a la organización un ente cualitativamente diverso al grupo criminal, por cuanto entraña, no solo el peligro de cometer un número indefinido de delitos, sino también la puesta en peligro del correcto funcionamiento de los mercados y las instituciones públicas.

El delito de asociación ilícita de fin delictivo parece no encontrar un ámbito de aplicación autónomo al de los delitos de organización y grupo criminal, dada la amplia fenomenología de supuestos que estos ya abarcan. Las propuestas elaboradas desde ciertos sectores doctrinales para dotar de virtualidad al tipo de asociación ilícita tras la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, resultan intentos desesperados por no aceptar la futura marginalidad de este delito, que, si bien en su momento pudo ser, y fue efectivamente, empleado para hacer frente a la delincuencia organizada común, a pesar de su extraña ubicación sistemática en el CP, hoy, con la existencia de los delitos de organización y grupo criminal, y, adicionalmente de los de organización y grupo terrorista, pierde su ámbito de aplicación a favor de estos. Parece procedente su eliminación del CP para evitar solapamientos normativos indeseables y, en fin, tipos penales en desuso.

En cualquier caso, y considerando que la delincuencia organizada que más nos preocupa es aquella que ha adquirido carácter transnacional, urge ir más allá de la adopción de medidas legislativas a nivel nacional. Como viene alentado el Parlamento europeo, resulta necesaria la elaboración de una nueva directiva, que venga a sustituir a la DM de 2008, y que concrete en mayor medida el concepto de organización delictiva, añadiéndole el carácter mafioso que caracteriza a la nueva delincuencia organizada de la era globalizada. La conducta a cuya tipificación se obligue a los Estados ha de restringirse a la de participar activamente en dicha organización mafiosa, dejando atrás la vía alternativa de la *conspiracy*, que nada tiene que ver con la problemática que nos preocupa.

Con todo, ha de tenerse presente que la represión penal de la participación en agrupaciones delictivas, mediante el establecimiento de un delito modelo a nivel comunitario, es solo una medida más, y no la más importante, en la articulación de un sistema eficaz de lucha contra esta lacra. Teniendo en cuenta que el ánimo de lucro es lo que mueve a estas organizaciones, resulta clave impedir que ese lucro llegue finalmente a obtenerse articulando un eficaz sistema de decomiso y recuperación de los productos del delito, bajo la máxima de «garantizar que el delito no resulte provechoso»⁹⁵. Esencial es, en igual medida, atender a las circunstancias últimas que han constituido el caldo de cultivo del desarrollo exponencial de la delincuencia organizada, y que son esencialmente el aumento de las desigualdades sociales, la desregularización del

⁹⁵ Precisamente la fórmula entrecomillada esta extraída del título de una Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo –«Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso”»-. Véase COM(2008) 766 final.

mercado, con la consiguiente ausencia de controles estatales, la falta de transparencia en las instituciones públicas, y unas políticas públicas de abolicionismo de la prostitución y del tráfico de todo tipo de drogas, comunes a la casi totalidad de países. En este sentido, medidas a nivel transnacional que garanticen una mayor transparencia de las instituciones, tanto privadas como públicas, y un mayor control de las transferencias dinerarias entre países, a través de la limitación del secreto bancario y la supresión de paraísos fiscales, así como una progresiva regularización de la prostitución y el tráfico de sustancias estupefacientes –que hoy se encuentran entre las actividades principales de las agrupaciones criminales–, contribuirían significativamente a mitigar el avance y consolidación de las organizaciones criminales.

4. Bibliografía

BALSAMO/MATTARELLA, «Criminalità organizzata: le nuove prospettive della normativa europea», *Sistema penale*, (3), 2021.

BOCANEGRA MÁRQUEZ, *Los delitos de organización y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Bosch, Barcelona, 2020.

———, «El concepto de "grupo criminal" del art. 570 ter. 1. II CP. La necesidad de su interpretación restrictiva», en GALÁN MUÑOZ/MENDOZA CALDERÓN (dirs.), *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 527-546.

———, «El castigo de la pertenencia a organización criminal en el Código Penal español: los delitos de asociación criminal y organización y grupo criminal», en DÍAZ CORTES/HEREDERO CAMPO/VILLASANTE ARROYO (coords.), *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, pp. 603-615.

CANCIO MELIÁ, «Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo», en DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 643-670.

———, «El injusto de los delitos de organización: peligro y significado», en CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, pp. 385-449.

CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, «Arts. 515-521», en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, v. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CARUSO FONTÁN, «Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales», *Revista General de Derecho Penal*, (23), 2015.

CORRAL MARAVER, «La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea», *InDret*, (4), 2016.

CUENCA GARCÍA, «La criminalidad organizada tras la reforma del código español: una visión desde el derecho italiano», *La ley penal*, (93), 2012.

FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GARCÍA ALBERO, «De las organizaciones y grupos criminales», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, 7.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 2151-2167.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1977.

GARCÍA DEL BLANCO, «Capítulo 25. Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Reforma Penal. Memento Práctico*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ RUS, «La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma», *Anales de Derecho*, (30), 2012.

GUZMÁN DÁLBORA, «Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas», *Revista de Derecho penal y Criminología*, (2), 1998.

JUANES PECES, «Efectos de la Reforma del Código Penal en Materia de Grupos Criminales y Terrorismo», en XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado, 18 de noviembre de 2010, Ponencia editada por el Ministerio de Justicia, Madrid.

LAMARCA PÉREZ, «Tema 25. Delitos contra el orden público», en LAMARCA PÉREZ, (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3ª ed., Colex, Madrid, 2015.

LUZÓN CÁNOVAS, «La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales», *Elderecho.com*, 2011, disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/penal/tipificacion-organizacion-criminal-Problemas-concursales_11_283555005.html

MAGALDI PATERNOSTRO, «Organizaciones y grupos criminales: una regulación desafortunada (Los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter CP)», *Revista jurídica de Catalunya*, (4), 2011, pp. 955-975.

MUÑOZ CUESTA, «Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (1), 2011, BIB 2011\352.

QUINTERO OLIVARES, «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita», en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, pp. 177-190.

REQUEJO CONDE, *Aspectos básicos del delito de organización y grupo criminal: Los diez años de su tipificación en el Código Penal español*, Aranzadi, Navarra, 2020.

REY HUIDOBRO, «Aspectos penales del delito de pertenencia a organización o grupo criminal», *La ley penal*, (134), 2018.

RIVERO ORTIZ, «Las asociaciones criminales en la modificación del nuevo Código Penal. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: ¿es la reforma añorada?», *La ley penal*, (78), 2011.

RUIZ DÍAZ, «Diez años de la adopción de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. Luces y sombras de un legado más que dudoso», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (61), 2018.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, «Capítulo 70. Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, pp. 1391-1414.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado», *Derecho penal contemporáneo*, (23), 2008.

TAMARIT SUMALLA, «Art. 515», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo II*, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 197-246.

———, «Problemas de interpretación de los tipos de organización y grupo criminal. Estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia», en PÉREZ ÁLVAREZ/ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (dirs.), *Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 91-138.

———, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009.

5. Anexo: Tablas comparativas de los marcos penales de los delitos de asociación ilícita y organización criminal (tabla 1) y los delitos de asociación ilícita y grupo criminal (tabla 2)

Conducta típica	Delito de asociación ilícita criminal (arts. 515.1º, 517 y 518 CP)	Delito de organización criminal (arts. 570 bis y 570 quater CP)
Crear, fundar o dirigir ⁹⁴	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión 2-4 años + • Multa 12-24 meses+ • Inhabilitación especial empleo/cargo público 6-12 años 	-> Si fin= delitos graves: <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 4-8 años -> Si fin= delitos menos graves/leves: <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 3-6 años + Inhabilitación para acts. económicas relacionadas con la act. de la organización por un tiempo superior entre 6 y 20 años al de la duración de la pena de prisión (en ambos casos) <i>ex art. 570 quater.2 CP</i>
Participar activamente	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión 1-3 años + • Multa 12-24 meses 	-> Si fin= delitos graves: <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 2-5 años -> Si fin= delitos menos graves/leves: <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 1-3 años + Inhabilitación para acts. económicas relacionadas con la actividad de la organización por un tiempo superior entre 6

⁹⁴ La FGE, en su Circular 2/2011 sobre la reforma del Código penal por LO 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, p. 29, señala que existe una coincidencia material entre las conductas típicas de los arts. 517 y 570 bis CP: «aun cuando no coinciden plenamente en su denominación literal las personas que pueden ser responsables en ambos tipos, sin embargo, puede considerarse que se trata de las mismas conductas, en definitiva los responsables de poner en marcha y dirigir la asociación u organización».

		y 20 años al de la duración de la pena de prisión (en ambos casos) <i>ex art. 570 quater.2 CP</i>
Cooperar	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión 1-3 años + • Multa 12-24 meses + • Inhabilitación cargo/empleo público 1-4 años 	<p>-> Si fin= delitos graves:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 2-5 años <p>-> Si fin= delitos menos graves/leves:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 1-3 años <p>+ Inhabilitación para acts. económicas relacionadas con la actividad de la organización por un tiempo superior entre 6 y 20 años al de la duración de la pena de prisión (en ambos casos) <i>ex art. 570 quater.2 CP</i></p>

Tabla 1: Comparación «penológica» entre los delitos de asociación ilícita delictiva y organización criminal

Conducta típica	Delito de asociación ilícita criminal (arts. 515.1º, 517 y 518 CP)	Delito de grupo criminal (arts. 570 <i>ter</i> y 570 <i>quater</i> CP)
Crear, fundar o dirigir	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión 2-4 años + • Multa 12-24 meses+ • Inhabilitación especial empleo/cargo público 6-12 años 	<p>-> Si fin= delitos graves concretos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 2-4 años <p>-> Si fin= resto de delitos graves:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 6 meses-2 años <p>-> Si fin= delitos menos graves concretos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 1-3 años <p>-> Si fin= resto de delitos menos graves/delitos leves:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prisión 3 meses-1 año <p>+ • Inhabilitación para acts. económicas relacionadas con la act. de la organización por un tiempo superior entre 6 y 20 años al de la duración de la pena de prisión (en ambos casos) <i>ex art. 570 quater.2 CP</i></p>
Participar activamente	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión 1-3 años + • Multa 12-24 meses 	Mismas penas que <i>supra</i>
Cooperar económicamente (Financiar)	<ul style="list-style-type: none"> • Prisión 1-3 años + • Multa 12-24 meses + • Inhabilitación cargo/empleo público 1-4 años 	Mismas penas que <i>supra</i>

Tabla 2: Comparación «penológica» de los delitos de asociación ilícita delictiva y grupo criminal

Leopoldo Puente Rodríguez
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario

-

El objetivo de este trabajo es poner en cuestión algunos de los mejores argumentos que se han ofrecido para atemperar (o, incluso, descartar por completo) el castigo de la persona que ha sido socialmente excluida. La principal conclusión será que tales argumentos no son tan convincentes como pudiera parecer en un principio. Además, podrían conducir a algunos efectos inesperados que contribuirían a una creciente exclusión (simbólica y material) de tales personas. Por último, se defenderá que el Derecho penal no es el camino para mejorar las condiciones de vida de las personas excluidas y marginadas. Las herramientas para tal objetivo habrán de ser buscadas en otros lugares.

Abstract

-

It is the aim of this paper to question some of the best arguments that have been offered for mitigating (or even excluding altogether) the punishment of the socially excluded person. The main conclusion will be that such arguments are not as convincing as they might at first appear. Moreover, they might lead to some unexpected effects that could contribute to an increasing (symbolic and material) exclusion of such persons. Finally, it will be argued that criminal law is not the way to improve the living conditions of excluded and marginalised people. The tools for such a goal ought to be sought elsewhere.

Zusammenfassung

-

Ziel dieses Beitrags ist es, einige der besten Argumente in Frage zu stellen, die für eine Abmilderung (oder sogar den völligen Ausschluss) der Bestrafung sozial ausgegrenzter Personen vorgebracht wurden. Die wichtigste Schlussfolgerung ist, dass solche Argumente nicht so überzeugend sind, wie sie auf den ersten Blick erscheinen mögen. Darüber hinaus könnten sie zu unerwarteten Effekten führen, die zu einer zunehmenden (symbolischen und materiellen) Ausgrenzung dieser Personen beitragen werden. Schließlich wird argumentiert, dass das Strafrecht nicht der richtige Weg ist, um die Lebensbedingungen von ausgegrenzten und marginalisierten Menschen zu verbessern. Die Mittel für ein solches Ziel müssen an anderer Stelle gesucht werden.

Title: *Against the mitigating (or suppression) of the punishment of the social excluded people*

Titel: *Gegen die Milderung (oder Beseitigung) der Bestrafung der sozial ausgegrenzten Menschen*

-

Palabras clave: exclusión social, legitimación del castigo, responsabilidad penal

Keywords: *social exclusion, legitimisation of punishment, criminal responsibility*

Stichwörter: *Soziale Exklusion, Legitimierung von Strafe, strafrechtliche Verantwortung*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.08

-

Recepción
16/09/2022

-

Aceptación
05/12/2022

-

Índice

-

1. Introducción

2. Estado de la cuestión

3. Algunas objeciones

3.1. Objeción al argumento «las cárceles están llenas de pobres»

3.2. Objeción al significado de la corresponsabilidad

3.3. Objeción de las consecuencias de la exoneración de responsabilidad: la exclusión comunicativa

3.4. Objeción al problema de la «contaminación» del sujeto que imputa

3.5. Objeción del Estado como ficción unitaria

3.6. Objeción de la limitación de los delitos por los que se podría exonerar al excluido

3.7. Objeción a la heteronormación como fuente de legitimación del Derecho penal

3.8. Objeción a la pretensión de individualización ilimitada

3.9. Objeción a la idea de que la atenuación y la exclusión de responsabilidad pueden ser un incentivo a la solución del problema social de fondo

3.10. Objeción de los difusos deberes de protección del Estado

3.11. Objeción de quién soporta el coste de la atenuación/exoneración

3.12. Objeción del «marginado cumplidor»

3.13. Objeción de la inexistencia de una vía legal para la atenuación/exoneración


3.14. Objeción a la intervención alternativa sobre el marginado

3.15. Objeción a la oposición entre un Derecho penal politizado y uno pretendidamente apolítico

4. Conclusión

5. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

Las próximas páginas pretenden, modestamente, contribuir al importante debate sobre qué ha de hacer el Derecho penal con el excluido social. Más en concreto, se intentará aportar algo a la discusión acerca de si es lícito hacer plenamente responsables a aquellas personas que, de manera sistemática, han sido privadas de importantes bienes (esencialmente materiales, pero también simbólicos) ya sea por una política activa del Estado o por una indebida desatención de sus deberes por parte de este.

El planteamiento que ofreceré es, por un lado, incómodo: discutiré la (en el fondo) confortable idea de que el Derecho penal puede contribuir a paliar determinadas injusticias sociales. Así, sostendré, en definitiva, que es posible que los sin duda bienintencionados esfuerzos que en los últimos tiempos está desplegando una cualificadísima parte de nuestra doctrina conduzcan a resultados indeseables (principalmente, aunque no solo, para el propio excluido social).

Pese a que mi argumentación será, por ello, «incómoda en el fondo», debo reconocer desde ya que será, por dos razones, «cómoda en la forma». La primera razón es que siempre es más fácil destruir que construir y mi labor aquí es esencialmente destructiva. Mientras que buena parte de los autores que citaré en estas páginas han elaborado ricas, complejas y coherentes construcciones teóricas, yo no pretendo realizar una construcción alternativa que enfrente a ellas, sino poner en cuestión algunas de las bases sobre las que se asientan o las consecuencias que con ellas se alcanzan. Sucede así que para que mi crítica tenga algo de correcta no será preciso que se compartan todos mis razonamientos, ni siquiera una buena parte de ellos. La segunda razón por la que mi escrito será «cómodo en la forma» es de carácter expositivo. En él formularé, en forma de objeciones, algunas dudas sobre las razones delineadas por la doctrina favorable a excluir o atemperar la responsabilidad del excluido. El hecho de oponer «dudas» a los «razonamientos» de los autores a los que me referiré puede que tenga algo de deshonesto. Las dudas que se manifiestan requieren mucho menos compromiso por mi parte del que requieren los razonamientos por parte de sus autores. Sin embargo, no puedo más que garantizar que no acudo al expediente de las «dudas» como una suerte de escudo tras el que parapetarme de las objeciones que, a su vez, pueda plantear el hipotético lector. Por el contrario, lo que persigo es, más bien, ser persuadido de mi error para poder defender en un futuro una tesis al respecto que me sería mucho más grata.

Este trabajo consistirá, entonces, en una somera exposición de algunas críticas que alcanzan, en mayor o menor medida, a los distintos autores que han defendido la exoneración del castigo al excluido social o su atemperación. Por obvias razones de espacio, no me detendré en exponer las particularidades de las diversas construcciones que se han ofrecido, aunque señalaré, en cada una de las objeciones apuntadas, aquellos autores para los que considero que estas resultan más pertinentes. En cualquier caso, evitaré incurrir en la denominada «falacia del hombre de paja»; esto es, pese a que no exponga la completa construcción de cada autor, no la sustituiré por otra que acumule los problemas de todas ellas y olvide sus virtudes particulares facilitando mi tarea.

* Autor de contacto: Leopoldo Puente Rodríguez (leopoldo.puente@uam.es). Este artículo, como todos mis trabajos, no es más que el fruto de una reflexión colectiva en la que he tenido el placer de participar, seguramente emborronándola. Quiero agradecer especialmente a los Profesores Enrique Peñaranda, Ivó Coca, Carlos Castellví y Oriol Martínez y a la Profesora Marta Pantaleón su tiempo, sus (siempre) inteligentes observaciones y sus oportunas sugerencias (aunque, por distintas razones, no haya podido atender a todas). Igualmente, quiero dejar constancia de mi agradecimiento a la Profesora María Martín y al Profesor Javier Cigüela, de los que siempre aprendo, que han sido un estímulo decisivo para la elaboración de este trabajo.

Antes de profundizar en las distintas objeciones, procede esbozar someramente el estado de la cuestión en esta materia para que cada uno de los obstáculos que serán indicados —y que se vincularán, entonces sí, a concretas construcciones— puedan ser debidamente contextualizados.

2. Estado de la cuestión

Aunque, como es lógico, la preocupación por el trato penal que recibe el excluido social (con esta o cualquier otra denominación) cuenta con antecedentes remotos¹, en los últimos tiempos la cuestión ha vivido un relevante impulso. En España, en concreto, este impulso se debe a los importantes y recientes trabajos en la materia de SILVA SÁNCHEZ² y CIGÜELA SOLA³, pero también a otros muchos más «escondidos» como los de SÁNCHEZ DAFUACE⁴ o CASTELLVÍ MONSERRAT⁵, o más sectoriales como los de MARTÍNEZ ESCAMILLA⁶, o CÁMARA ARROYO⁷. Fuera de España, el debate, en parecidos términos, ha tenido lugar también (y previamente) en distintos puntos de Iberoamérica (particularmente Argentina, Brasil y, en menor medida, Chile). Sin embargo, aunque en los países del entorno anglosajón la cuestión ha sido discutida, lo ha sido más desde la perspectiva de la filosofía moral que desde la estrictamente jurídica. En Alemania, por su parte, la cuestión ha sido, con carácter general, llamativamente obviada⁸.

Creo no ser impreciso si sostengo que todas estas construcciones comparten un parecido punto de partida (el Derecho penal, al castigar al excluido social, se «ceba» con quien previamente ha sido víctima de una injusticia social y política) y un similar punto de llegada (es necesario atemperar el tratamiento penal que se suministra a estos sujetos dado que su responsabilidad, por unas u otras razones, no ha permanecido incólume tras su exclusión).

Quizás la división más fructífera entre estas opiniones sea aquella que clasifica las posturas entre los que señalan que el excluido social es menos imputable (o, más ampliamente, menos culpable) y aquellos que indican que el excluido social es perfectamente imputable (y culpable), pero que existen *otras razones* por las que no debería ser castigado en la misma medida que el sujeto no excluido. Entre esas otras razones destaca aquella, especialmente acogida por la doctrina anglosajona y española, que señala que en el proceso de atribución de responsabilidad no solo importa que el sujeto sea responsable de lo sucedido, sino también que quien vaya a atribuir tal

¹ Vid., al respecto, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, 2019, pp. 25-44.

² SILVA SÁNCHEZ, «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal», en FERNÁNDEZ TERUELO *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, *passim*; y SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 67-112.

³ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, *passim*.

⁴ SÁNCHEZ DAFUACE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 225-265.

⁵ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar. El agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, 2020, pp. 363-404.

⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los “correos de la cocaína” y el Tribunal Supremo español», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (20-21), 2006, *passim*.

⁷ CÁMARA ARROYO «Justicia Social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (68), 2015, *passim*.

⁸ Para una interesante hipótesis acerca de por qué el abordaje de estas cuestiones ha tenido tan escaso desarrollo en Alemania (y el resto de Europa) en comparación con otros lugares, vid. CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 283-285. Con todo, quizás se pueda apreciar el comienzo de un cambio de tendencia también en Alemania del que la inclusión del debate en el más importante tratado de Derecho penal puede ser la mejor muestra. Vid. ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 5ª ed., 2020, § 19, nm. 64-78.

responsabilidad tenga legitimidad para hacerlo. En definitiva, y especialmente por el impulso de DUFF a estas ideas, la responsabilidad tendría un «componente relacional»: un sujeto no responde solo por algo, responde de algo ante alguien⁹. En ocasiones, puede suceder que ese «alguien» no tenga derecho a responsabilizar a otro. Sobre ello volveremos más adelante.

3. Algunas objeciones

Expuesto muy resumidamente el estado de la cuestión, llega el momento de enumerar las dudas que pueden surgir al analizar las distintas construcciones y explicarlas brevemente. Insisto en que lo que aquí se ofrece no es una crítica sistemática a ninguna construcción en particular, pero sí un conjunto de posibles problemas a los que toda construcción habría de ser capaz de escapar para conseguir que el tratamiento suministrado al excluido social fuera verdaderamente satisfactorio.

3.1. Objeción al argumento «las cárceles están llenas de pobres»

Una primera duda que merece algo de atención es la de qué peso puede tener en la argumentación el hecho de que las personas excluidas se encuentren sobrerrepresentadas en prisión. Sobre la base fáctica de esta afirmación no me detendré porque no es cuestionada por nadie¹⁰. Sin embargo, cuál sea el juicio de valor que haya que extraer de tal «hecho bruto» no es demasiado evidente. Si de él se pretende extraer solo un «indicio» de que el Derecho penal se relaciona de modo desproporcionado con el excluido social, ello será cierto. Si, por el contrario, lo que se pretende es extraer «directamente un argumento» que explique que el excluido se encuentra «injustamente» sobrerrepresentado en nuestras prisiones, eso será un error¹¹.

Si de este hecho se quiere derivar que la mayor delincuencia de los «desfavorecidos» evidencia un déficit de socialización que los hace propensos al delito, como parece hacer algún autor¹², es

⁹ DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, 2007, p. 36. En una línea similar se pronuncia también MAÑALICH RAFFO, «Determinismo, autonomía y responsabilidad penal», en KINDHÄUSER/MAÑALICH RAFFO (eds.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, pp. 207 s., que destaca que «[p]ara poder ser hecho responsable por un injusto, uno tiene que resultar responsable ante alguien. Y este alguien sólo puede ser la propia comunidad política». MAÑALICH RAFFO «Las dimensiones de la culpabilidad jurídico-penal», en MARAVER GÓMEZ/POZUELO PÉREZ (coords.), *La culpabilidad*, 2019, pp. 203-206, se ha referido más adelante también a este mismo fenómeno empleando una terminología algo distinta: «la ontología relacional de la culpabilidad».

¹⁰ Vid., sobre lo veraz de esta afirmación y su alcance, PUENTE RODRÍGUEZ, «Inmigración y delincuencia: medias mentiras frente a medias verdades», *Sistema Penal Crítico*, (1), 2020, *passim*. En cualquier caso, resultan de sumo interés las consideraciones de CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 136, destacando que lo criminógeno no es tanto la pobreza como el desigual reparto de la riqueza. En este mismo sentido, han sostenido NEUBACHER/BÖGELEIN, «¿Criminalidad de los pobres-criminalización de la pobreza? Análisis de dos conceptos recalcitrantes», *Sistema Penal Crítico*, (1), 2020, p. 53, que «se puede suponer que no es la pobreza en sí misma la que genera delincuencia sino más bien la desigualdad social o, más precisamente, la percepción subjetiva de desigualdad social».

¹¹ Para justificar que la excesiva representación de determinados estratos sociales es *injusta* no basta con recopilar datos, sino que es preciso ofrecer un marco teórico que permita entenderlos de un modo adecuado. En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, «Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social», *Revista Penal*, (48), 2021, pp. 138-140, aporta una sugerente explicación de cómo el crecientemente hegemónico discurso político-criminal gerencialista contribuye a perpetuar (y desarrollar) los componentes clasistas y aporóforos que acompañan al Derecho penal desde tiempos remotos.

¹² Así, a medio camino entre el «indicio» y el «argumento», ha dicho SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 228-229, que «sí se puede obtener un indicio de que determinados entornos sociales dificultan considerablemente la capacidad de actuación conforme a Derecho con un solo repaso a la extracción social de la mayor parte de las personas que componen la población penitenciaria».

necesario explicar por qué ese mismo argumento no se extrapola a un sector porcentualmente muy superior al que representan los «desfavorecidos» en prisión como es el colectivo «hombres». Trazando una línea argumental similar, la mayor delincuencia de los hombres evidenciaría o bien un déficit de socialización, o bien una diferencia biológica (para empezar, de carácter hormonal) con respecto a las mujeres. Sin embargo, defender la atenuación de la responsabilidad del autor del delito por el mero hecho de ser hombre resultaría por completo inadmisibles¹³. Será necesario explicar qué diferencia al colectivo de los «excluidos» del colectivo de los «varones» y ello no es algo que se extraiga, sin más, de la composición penitenciaria¹⁴.

En cualquier caso, esta primera objeción resulta poco importante porque, en general, el argumento al que se refiere es empleado solo con carácter auxiliar, de modo casi retórico.

3.2. Objeción al significado de la corresponsabilidad

Otro de los presupuestos que con gran frecuencia se encuentra (explicitado o de modo latente) en las construcciones orientadas a la minoración de la pena del excluido es el de que el Estado es corresponsable de la situación en la que este se encuentra; situación, además, notoriamente criminógena¹⁵. Comparto tal opinión. Sin embargo, lo cierto es que algunos autores parecen sostener que eso implica que la responsabilidad, entonces, ha de ser repartida¹⁶. Eso, en cambio, no lo comparto. La corresponsabilidad no implica necesariamente reparto (en el sentido de «división») de la responsabilidad, sino que puede perfectamente significar responsabilidad plena y conjunta por el hecho¹⁷. Dos personas son corresponsables de algo tanto cuando la responsabilidad es «repartida», como cuando es «compartida». El caso de la coautoría en un delito es un ejemplo claro: un coautor no resta responsabilidad al otro. La plena responsabilidad de un agente no tiene necesariamente que desplazar la que otros puedan tener también.

Además, la responsabilidad puede ser de distinta clase. Por ejemplo, es perfectamente posible ser responsable de algo en términos morales y no serlo jurídicamente. También es plausible tener la responsabilidad política de algo de lo que no se tiene responsabilidad moral. Es más, es posible ser jurídicamente responsable de algo y no ser penalmente responsable de eso mismo (la responsabilidad civil o administrativa son buena muestra de ello).

¹³ ROBINSON, «Are We Responsible for Who We Are? The Challenge for Criminal Law Theory in the Defenses of Coercive Indoctrination and “Rotten Social Background”», *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, (2), 2011, pp. 59-61.

¹⁴ Por otro lado, encontrar en la composición penitenciaria un indicio de una menor «capacidad de actuación conforme a Derecho» y no, por ejemplo, del carácter selectivo del Derecho penal (idea esencial en la propuesta de ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., 2006, p. 514, que consideran, precisamente por ello, insuficiente la idea de co-culpabilidad) es ya una decisión bastante cuestionable. Sobre el componente selectivo del Derecho penal, vid., también, PÉREZ CEPEDA, «Aporofobia y Derecho penal en el Estado Social», en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, pp. 41-44.

¹⁵ El término corresponsabilidad impera en los trabajos europeos sobre la materia, mientras que en los planteamientos procedentes de Iberoamérica se ha impuesto el de «coculpabilidad», pero, a los efectos que ahora nos ocupan, esta distinción es irrelevante.

¹⁶ Al «reparto» de responsabilidad SEELMANN, «La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012, *passim*, lo llama «dispersión». Nos referimos, en cualquier caso, a lo mismo.

¹⁷ Vid., PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, 2021, p. 250, para un desarrollo algo más detallado de esta idea.

De este modo, hablar de la corresponsabilidad del Estado es, sin duda, correcto. Pero siguen en pie tres preguntas que no suelen ser respondidas: ¿hablamos de responsabilidad «compartida» o «repartida»? ¿hablamos de corresponsabilidad «penal», «moral» o «política»? ¿por qué? Como todo punto sobre el que hay consenso, este se sustenta en que la afirmación no es lo suficientemente precisa para generar disenso. Las consecuencias de detallar este concepto de corresponsabilidad pueden ser muy distintas en función de cómo se haga. Y para que esta corresponsabilidad tenga un efecto en la minoración de la pena del excluido hay que explicar por qué hablamos, en concreto, de responsabilidad «repartida» y de responsabilidad «penal».

Especialmente interesante es, en este punto, el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ. El propio autor reconoce que «la existencia de una conducta de participación responsable de un tercero no obsta a la atribución de plena responsabilidad al autor por su hecho. Está claro que la responsabilidad en los casos de pluralidad de intervinientes en un hecho no se divide. La única excepción es, naturalmente, el caso en que la conducta del partícipe haya tenido que ver precisamente con la disminución de los frenos inhibitorios del autor. En otras palabras, con la provocación o no evitación de defectos cognitivos o volitivos surgidos en éste»¹⁸. Tras ello, señala que «la situación de defecto cognitivo o volitivo derivada de la pobreza, y que padece el autor, no le es imputable a él, ni tampoco puede considerarse accidental. Por el contrario, cabe imputársela, activamente, a la “estructura social” y, por omisión del deber de garante, al Estado»¹⁹. Señalado cuanto antecede, y tras descartar que nos encontremos ante un supuesto similar a la autoría mediata, indica que nos hallamos ante «el juicio de responsabilidad que —sobre el hecho del autor— pretende emitir quien ha participado por omisión en la génesis de defectos cognitivos y volitivos del autor que se manifiestan precisamente en su hecho»²⁰.

Con esta última declaración hemos llegado a lo que me parece que es el núcleo del problema. En primer lugar, aceptemos, en beneficio de la discusión, que se producen los «defectos cognitivos y volitivos» que se refieren. Aun siendo así, y partiendo de que estamos hablando (el propio autor así lo indica) de sujetos plenamente responsables (en caso contrario las soluciones serían otras), la analogía con los supuestos de participación en los que uno de los responsables causa el déficit en otro desaparece. Ya no hablamos de algo parecido a quien propicia un error (de tipo o de prohibición) en otro o del que dificulta la autocontención del autor disminuyendo su imputabilidad. Hablamos ahora de algo que se parece más a un simple partícipe que proporciona medios o razones para cometer el delito: precisamente los supuestos en los que se sostiene que la responsabilidad es conjunta.

En cualquier caso, creo, además, que no es adecuado hablar en estos casos de «defectos cognitivos y volitivos del autor que se manifiestan precisamente en su hecho». Por el contrario, creo que en muchos casos en el delito cometido por el excluido social no hay defecto cognitivo o volitivo alguno expresado en el delito, sino, más bien, una decisión perfectamente racional (en absoluto «defectuosa») que, en muchas ocasiones, podría ser compartida y emulada por el propio autor de estas páginas (o su hipotético lector) si su situación fuera otra. En definitiva, creo que si estos «déficits» (suponiendo que los hubiera) no afectan a la responsabilidad del autor, su

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 96.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 96 s.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 97.

generación no puede ser un título suficiente para «repartir» la responsabilidad, aunque sí sea bastante para «compartirla»²¹.

3.3. Objeción de las consecuencias de la exoneración de responsabilidad: la exclusión comunicativa

Antes de formular sintéticamente esta tercera duda/objeción, resulta preciso dedicar unas breves palabras a una cuestión algo general para contextualizar debidamente los eventuales problemas a los que algunas tesis sobre la exención de responsabilidad del excluido social podrían conducir. Resulta evidente que, de un tiempo a esta parte, la doctrina penal se siente profundamente incómoda con el objeto básico de su trabajo: el castigo, el dolor, la pena, el sufrimiento humano impuesto desde el Estado. Por eso, desde hace tiempo se ha tratado de encontrar una justificación de ella que apele no solo a su utilidad para la sociedad, sino a que esta, de una u otra forma, aporta algo bueno al sujeto que la sufre. Dejando de lado visiones insoportablemente paternalistas acerca de qué es eso bueno que se aporta al sujeto castigado²², parece que los esfuerzos más atinados han sido aquellos que han conducido a sostener que, en cierto sentido, la pena «honra» al delincuente como ser racional²³, «reconoce» su personalidad²⁴, o lo «reconoce» como su interlocutor²⁵. De este modo, el imputable es honrado en su condición y reconocido como un individuo «igual» (o «parecido») a «nosotros»; en definitiva, es considerado una persona «normal», con todo lo valioso que ello conlleva²⁶.

Si esto es así, parece claro que, al menos en el plano simbólico (que, contra lo que a veces parece sugerirse, no es sinónimo de «carente de importancia»), la pena es, cuando resulta merecida, un bien²⁷. El «problema» reside en que, así caracterizada la situación, no se puede negar que la no

²¹ En cualquier caso, es cierto que SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 97, tras desarrollar la argumentación que se ha expuesto señala inmediatamente que «lo más relevante no son los defectos cognitivos o volitivos que puedan concurrir en el agente, ni su intensidad. Lo determinante es que el partícipe —quien provoca o quien tiene el deber de neutralizar los factores en alguna medida desencadenantes del hecho del autor— carece de legitimación para reprochárselo». De este modo, tengo la impresión de que se mezclan dos problemas distintos: si hay que repartir o no y, decidido lo anterior, si el Estado puede hacer valer el eventual reparto. Por ello, creo que lo más preciso sería decir no que esos déficits —de nuevo, suponiendo que existieran— no sean «lo más relevante», sino que no son relevantes en absoluto. Podrían darse muy distintos escenarios: responsabilidad individual que el Estado puede hacer valer, responsabilidad individual que el Estado no puede hacer valer, corresponsabilidad que el Estado puede hacer valer y corresponsabilidad que el Estado no puede hacer valer.

²² DORADO MONTERO, *Problemas de Derecho penal, Tomo I*, 1895, pp. 389-390, señala, por ejemplo, que «considérese la pena como un verdadero tratamiento preventivo, y desaparecerá toda repugnancia á someter á él á los peligrosos, á los inferiores, á los que, por serlo, necesitan dicho tratamiento; antes bien, no sólo no se sentirá esta repugnancia, sino que se estimará como el cumplimiento de un deber para con ellos, como la satisfacción á un derecho que en los mismos se reconoce, y como la satisfacción, á la vez, de un sentimiento altruista y humanitario».

²³ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, p. 98.

²⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad. Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, 2002, p. 168.

²⁵ MAÑALICH RAFFO, «Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena», en KINDHÄUSER/MAÑALICH RAFFO (eds.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, pp. 64 s.

²⁶ Para una profundización en esta idea, vid. PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 231-312.

²⁷ En cualquier caso, ello requiere un importante matiz que, con gran acierto, realiza CIGÜELA SOLA, «Reconocimiento, delito y pena: de Hegel a Honneth», *Política Criminal*, (15-19), 2020, pp. 221-222, cuando señala que «en términos teórico-abstractos considero que un encarcelamiento temporalmente restringido, por delitos graves y en condiciones dignas puede considerarse compatible con la noción de pena como reconocimiento (aun cuando pueda criticarse por otros motivos)», pero determinadas formas de encarcelamiento (paradigmáticamente

imposición de una pena puede suponer, entonces, la privación de un bien (o, dicho a la inversa, la imposición de un mal), que no siempre estará justificada.

Un planteamiento de esta clase corre el riesgo de ser rápidamente etiquetado como de abstracto, teórico o desapegado de la realidad cotidiana. Sin embargo, lo cierto es que, más allá de lo que pueda suceder en algunos casos concretos en los que se reclama la propia responsabilidad plena²⁸, la lucha por la despatologización de determinados colectivos (la del colectivo homosexual probablemente sea el mejor ejemplo) demuestra que la etiqueta de «enfermo» o «inimputable» no es siempre positivamente valorada por quien la recibe. Un caso más actual e igualmente ilustrativo de todo esto es el del colectivo de las personas con discapacidad que en los últimos tiempos reivindica que sus miembros sean considerados, en principio, responsables. Concretamente, el art. 12.2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cristalizando sus demandas, dispone que «los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida». Si hubiera dudas acerca de que tal precepto se refiere también (de manera más o menos razonable) a la responsabilidad penal, lo cierto es que los trabajos preparatorios de este instrumento internacional las despejan rápidamente²⁹.

Así las cosas, nos encontramos con que, frente a la tendencia bienintencionada a ampliar el ámbito de la inimputabilidad (evitando así el castigo), lo cierto es que cuanto mayor sea este, más limitado será el (valioso y reivindicado por muchos) concepto de «normalidad»³⁰.

Es por ello que aquellas construcciones que para excluir (o atemperar) el castigo del excluido se enfrentan a la idea de que este sea plenamente imputable se topan con este importante riesgo de «estigmatización»³¹. Un riesgo de esta clase se encuentra especialmente presente, en mi opinión, en la construcción de SÁNCHEZ DAFAUCE, para quien «en casos de desprotección social, el autor que no ha visto protegido por el Estado un determinado bien jurídico carece de la comprensión

la prisión perpetua, revisable o no) no lo serían. De este modo, resulta necesario destacar que «algunas penas» son, desde la perspectiva del reconocimiento, un bien, pero que no «cualquier pena» lo es.

²⁸ Vid., al respecto, PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, p. 300.

²⁹ Tal y como se recoge en el «Acta de la discusión de la séptima sesión» de los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York (de fecha 18 de enero de 2006), asociaciones de derechos de personas con discapacidad defendieron que «los Estados parte deberían asegurar que, en sus leyes relacionadas con responsabilidad civil y penal, la discapacidad no debería por sí misma constituir el fundamento de la exención de responsabilidad». Para más información acerca de cómo puede afectar este instrumento al estatus jurídico de la persona con discapacidad, vid. 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, *passim*.

³⁰ PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, p. 282. En una línea similar, CASTILLO ARA, *Normbefolgungsunfähigkeit im Strafrecht. Eine vergleichende Analyse des deutschen und des US-amerikanischen Rechts*, 2019, pp. 172, 197, ha considerado inadecuado reconducir el problema de la «defensa cultural» a la inimputabilidad por el riesgo de patologización que esta solución comporta.

³¹ Es cierto, como señala CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 291, que «la inimputabilidad no es un estatus jurídico-personal sino simplemente una calificación que otorgamos a la relación entre un hecho concreto y un potencial autor, calificación que puede ser por lo demás transitoria». Esta misma idea la desarrolla de una manera excelente MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, 2005, pp. 72-74. En cualquier caso, creo que, por distintas razones, tales argumentos sirven solo para «matizar» el riesgo de estigmatización, y no para excluirlo. Por razón de espacio no puedo extenderme en este punto, me remito a PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 279-282.

adecuada del sentido de su conducta»³². Su planteamiento, muy sugerente, partiría de que es preciso dar acomodo en la categoría de la culpabilidad al principio de igualdad (idea que comparto) y que tal principio debería conducir a considerar para el excluido «menos asequible» el contenido de las normas penales³³, algo de lo que, por el contrario, me distancio. En una línea similar, ha sostenido recientemente BENITO SÁNCHEZ que «en determinados contextos de exclusión social puede que la persona no haya tenido acceso al conocimiento de los valores que subyacen a las normas penales, precisamente, por su situación de aislamiento sociocultural, no voluntario. En consecuencia, su motivación por la norma penal será difícil o imposible, lo que habrá de llevar a afirmar su inimputabilidad»³⁴. A este planteamiento alcanza también la objeción apuntada.

El enormemente estimulante trabajo de CIGÜELA SOLA es menos permeable a esta crítica³⁵, pero esta también lo alcanza, aunque sea en menor medida. El autor pone en primer plano la idea de la «lucha por el reconocimiento» del excluido. Así, indica que en el origen del delito del excluido no nos encontramos solo ante una «motivación egoísta y destructiva sino posiblemente también ante una expectativa moralmente fundada de ser reconocido por otro y por la comunidad»³⁶. Más adelante, señala CIGÜELA SOLA que habría casos «en que la lucha por el *reconocimiento* de quien sufre marginación es legítima y por lo tanto merece *contención punitiva*»³⁷. Aunque inmediatamente discutiré este planteamiento en manifestaciones más concretas, se debe apuntar ya que si, como decía, la pena es una forma de reconocimiento³⁸, no es en absoluto evidente cómo la lucha legítima por el reconocimiento puede desembocar en refrenar una manifestación palmaria de este.

Decía que esta crítica alcanza en menor medida a CIGÜELA SOLA porque, como han hecho otros autores³⁹ (aunque de forma menos detallada), este reconduce la afectación sobre la responsabilidad del sujeto a la exigibilidad, no a la imputabilidad. Así, declara que «el armazón conceptual que permite sistematizar la excusa del excluido social más allá de los casos ya mencionados [error de prohibición y causas de justificación] lo proporciona la idea de

³² SÁNCHEZ DAFUACE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 263.

³³ SÁNCHEZ DAFUACE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 218-258.

³⁴ BENITO SÁNCHEZ, «La alteración de la percepción: ¿eximente para delitos cometidos en contextos de exclusión social?», en EL MISMO/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, p. 148.

³⁵ En este sentido, me disculpo aquí del tratamiento que dispensé en este punto a la obra de CIGÜELA SOLA, (*Crimen y castigo del excluido social*) en mi trabajo PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, p. 259. Es posible que allí incurriera, en algún punto, en la falacia del «hombre de paja» que antes criticaba cuando le achacaba al autor citado un gran peligro de estigmatización a su defensa de que existen «importantes correlaciones entre pobreza y desarrollo cerebral» (CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 139), pues él mismo se encarga de conjurar razonablemente ese riesgo al sostener que los excluidos sociales serían, en principio, imputables (pp. 139-140) y, concretamente, cuando manifiesta que «por lo general el sujeto excluido será imputable» y la inimputabilidad habrá de reservarse para casos extraordinarios (p. 292).

³⁶ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 69. Aunque el planteamiento pueda ser algo idealista (no en balde, emerge en la discusión con las ideas de HEGEL y HONNETH) y el principal motivo del delito del hambriento sea el hambre y no una «expectativa de reconocimiento», coincido con CIGÜELA SOLA en su afirmación si con ella lo que se pretende es hacer una reconstrucción ideal del fenómeno.

³⁷ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 120.

³⁸ De manera muy clara sostienen COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, «A Criminal Law for Semicitizens», *Journal of Applied Philosophy*, (39-1), 2021, p. 66, que, desde una perspectiva simbólica, «el castigo del excluido reafirma su pertenencia a la comunidad».

³⁹ Así lo hacen, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 106-110; CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, pp. 363-405.

inexigibilidad»⁴⁰. Precisa con claridad más adelante: «en muchas de estas ocasiones el sujeto tenía la posibilidad de comportarse conforme a la norma, lo que ocurre es que la instancia de imputación no puede exigírselo legítimamente»⁴¹.

Como ya he tenido ocasión de sostener, sin embargo, renunciar a que la imputabilidad sea la categoría afectada para «llevar el problema a otra parte» (paradigmáticamente a la exigibilidad) no termina de solucionar el conflicto. La pregunta final a la que tiene que enfrentarse quien defiende esta clase de teorías es la de por qué no se debe castigar igual a estos sujetos y la respuesta, por una u otra fundamentación, debe ser siempre «porque son distintos»⁴². Así, la reconducción del problema a la exigibilidad parecería tratar de trasladarlo del sujeto al contexto. Sin embargo, cuando el contexto permanece estable a lo largo del tiempo (como sucede en este caso, de otra forma no estaríamos hablando del «excluido», cuya denominación, por cierto, pone ya el acento en el sujeto y no en el contexto) no está claro que ambos aspectos puedan sencillamente escindirse⁴³. Y es que, en definitiva, con independencia de a qué categoría dogmática se reconduzca tal proceder, el riesgo de estigmatización es real, pues las distintas categorías tienen, con alguna excepción que no viene ahora al caso, tanta repercusión intrasistemática como limitada influencia comunicativa para la sociedad⁴⁴.

Asumo que es cierto que un planteamiento como el que aquí hago pueda ser calificado de cínico. Resulta, así, que un sujeto que ha sido sistemáticamente excluido va a ser «incluido» solo para recibir un castigo⁴⁵. En este sentido, el propio CIGÜELA SOLA señala la existencia de una contradicción en este punto: «se les excluye para ser socializados, pero se les incluye para ser castigados»⁴⁶. De modo, en cierto sentido acertado, BEADE ha calificado esta idea como la tesis del «castigo inclusivo»⁴⁷. Con todo, el problema que comporta la contradicción apuntada no es tan grave como parece. En primer lugar, porque como ha señalado agudamente CASTELLVÍ MONSERRAT «una conducta contradictoria es, por definición, incoherente. Por ello, sostener que una actuación contradictoria es ilegítima por infringir una exigencia de coherencia resulta tautológico. Ante una afirmación de estas características surge inmediatamente la pregunta de ¿por qué una actuación legítima debe ser coherente?»⁴⁸. La explicación de la ilegitimidad debe ir más allá de la propia contradicción. En segundo lugar, y en relación con ello, porque si nos tomamos en serio que la pena es, en cierto sentido, un «bien» (y creo que CIGÜELA SOLA lo hace),

⁴⁰ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 323.

⁴¹ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 332.

⁴² PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, p. 259.

⁴³ PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, p. 259, n. 80.

⁴⁴ Probablemente sea a lo contrario a lo que, de manera elegante, se refiere CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 269, cuando manifiesta que «¿cómo podía siquiera pensarse en deslegitimar el castigo del excluido, si para ello era menester asemejarlos al grupo de los idiotas, los locos y los niños, de los que Hegel decía que no tenían la honra de ser considerados culpables? Gran parte de la dificultad para relacionar pobreza o exclusión y legitimidad de la pena se explica precisamente por la facilidad con la que hemos caído en esa trampa». El problema es, como creo que he dejado claro, que si existe tal «trampa» he caído en ella hasta el fondo, pues soy incapaz siquiera de reconocerla.

⁴⁵ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 85.

⁴⁶ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 226.

⁴⁷ BEADE, «¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social», *Isonomía*, (47), 2017, pp. 139 s.; idea que, en cualquier caso, no comparte plenamente, llegando a sostener que «contra aquellos defensores de esta tesis, creo que el castigo por una conducta que se origina en un incumplimiento del Estado tiene como única finalidad imponer un mayor grado de desigualdad» (p. 147).

⁴⁸ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 344, n. 923.

la reclamación de coherencia en este punto se vuelve un sinsentido. Se expresaría del siguiente modo: «ya que me has excluido siempre, sigue haciéndolo». Si prestamos atención a otros ejemplos donde la condición de «bien» no está en disputa, la inconsistencia de la crítica de falta de coherencia resulta todavía más clara: «ya que no garantizaste el derecho a la vivienda de esta persona, no garantices su derecho a la salud, ¡sé coherente!».

3.4. Objeción al problema de la «contaminación» del sujeto que imputa

Como he señalado antes, existe un cualificadísimo conjunto de autores (de los que CASTELLVÍ MONSERRAT, CIGÜELA SOLA, LORCA, PÉREZ CEPEDA y SILVA SÁNCHEZ son destacados representantes en la discusión de habla hispana) que ha reorientado el problema de un modo muy sugerente⁴⁹. Para ellos la clave no reside en si el sujeto es o no responsable, sino en si el Estado puede responsabilizarlo legítimamente⁵⁰. La responsabilidad no se limita a que alguien responda por algo, sino a que alguien responda por algo *ante alguien*. En ocasiones, podría suceder que ese alguien ante el que hay que responder no estuviera legitimado para efectuar reproche alguno. En palabras de CASTELLVÍ MONSERRAT: «que algo sea reprochable es una condición necesaria, pero no una condición suficiente para el reproche»⁵¹. O en las de SILVA SÁNCHEZ: «la constatación de la existencia de un principio de libertad moral en el agente es condición necesaria para dirigirle a éste una atribución de responsabilidad que se asocie a un “reproche merecido”. Pero no es condición suficiente»⁵². Sería necesario, además, que quien quiere hacer efectiva la responsabilidad tuviera la legitimidad necesaria para hacerlo. En las atinadas palabras de LORCA: «el castigo debe tener lugar en un contexto de autoridad legítima (*authority*) de cara a constituir una práctica de justicia y legalidad en lugar de nuda fuerza»⁵³. También PÉREZ CEPEDA, recientemente, ha considerado necesario distinguir los casos en los que la responsabilidad del

⁴⁹ En cierta medida, no sería injusto calificar el trabajo de ROBLES PLANAS, «Caso del *Leinenfänger*», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., 2011, como precursor de parte de estas ideas. En dicho texto señaló que «la esencia de la doctrina de la inexigibilidad» residiría en que «un Estado en tanto que comunidad que impone coactivamente sus normas básicas de convivencia no puede hacerlo contradiciéndose, esto es, pretendiendo el respeto de las mismas sin otorgar posibilidades de cumplimiento alternativas que no resulten vitalmente lesivas para sus destinatarios» (p. 127).

⁵⁰ Desde una perspectiva algo distinta (en particular en lo relativo a las fuentes de las que bebe), también HORMAZÁBAL MALARÉE, «Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad», en JORGE BARREIRO (ed.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 505, podría ser incluido junto a estos autores cuando sostiene, de modo muy sugerente, que «el problema penal es un problema esencialmente político desde la creación de la norma hasta su aplicación» y que de lo que se trataría es de «invertir el planteamiento del problema de la culpabilidad: no es la persona la que tiene que demostrar que no estaba en condiciones de cumplir con la norma, sino el Estado el que tiene que demostrar que a esa persona concreta le podía exigir un comportamiento conforme a la norma». Más adelante complementa tal idea defendiendo que «el Estado no está legitimado de modo general para exigir responsabilidad, sino que debe legitimarse en cada caso respecto de cada individuo en concreto. En esta legitimación ha de entrar a considerar la forma en que se han distribuido los bienes sociales y la responsabilidad que pueda llegar a tener en una distribución desigual de estos respecto del individuo en concreto» (p. 509). Vid., para un desarrollo actualizado de tales planteamientos, OLLÉ SESÉ, «El acusado víctima de aporofobia: culpabilidad y proceso penal», en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, pp. 110-122. Por otra parte, recientemente OTERO GONZÁLEZ, *Culpabilidad y delincuentes peligrosos: las medidas de seguridad postpenitenciarias como respuesta*, 2021, pp. 134 s., parece adherirse a la tesis de CIGÜELA SOLA, por lo que también podría ser incluida aquí.

⁵¹ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 365.

⁵² SILVA SÁNCHEZ, en FERNÁNDEZ TERUELO *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, p. 715.

⁵³ LORCA, «Punishing the Poor and the Limits of Legality», *Law, Culture and the Humanities*, (18-2), 2022, p. 17. Esta conexión con el principio de legalidad (y los problemas que desde esta perspectiva emergen) suele ser pasada por alto. Por ello, resulta especialmente interesante la perspectiva de LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 63, cuando considera que el problema de la eventual ilegitimidad del sistema penal frente al ciudadano excluido constituye un «reto» al que hoy se enfrenta el principio de legalidad.

Estado afecta a la «obligatoriedad de las normas» de aquellos otros en los que se afecta a la propia «autoridad del Estado» para castigar⁵⁴.

Según estos autores, que siguen (con las excepciones de LORCA y PÉREZ CEPEDA) en este punto algunos postulados bastante asentados procedentes de la filosofía moral⁵⁵, cabrían (al menos) tres objeciones distintas por las que un sujeto (o el Estado) no podría responsabilizar a alguien que, efectivamente, ha cometido de modo responsable una infracción. Aunque las denominaciones tienden a cambiar un poco de autor en autor, seguiré aquí a CASTELLVÍ MONSERRAT, cuya exposición, especialmente desarrollada, me parece brillante. Estas objeciones serían: la objeción de la comunidad, la objeción de la hipocresía y la objeción de la complicidad⁵⁶. Sirviéndome de ejemplos del autor citado, la objeción de la comunidad haría que, pongamos por caso, «el Estado de Chile no pued[a] reprochar legítimamente a un ciudadano español un delito de hurto cometido en España» (falta entre ellos un vínculo suficiente)⁵⁷. La objeción de la hipocresía haría que «el miembro más impuntual del grupo de amigos difícilmente podrá reprocharle legítimamente a otro que haya llegado tarde a una reunión»⁵⁸. La objeción de la complicidad, por su parte, daría lugar a que quien promueve la infidelidad de un amigo difícilmente pueda reprocharle luego sus actos⁵⁹. Trasladada la cuestión al caso del excluido social (y simplificando demasiado): el Estado no podría castigar a quien ha excluido antes de su comunidad, ante aquellos delitos sobre los que se ha mostrado hipócrita o a aquellos sujetos a cuyos delitos ha contribuido. Como se aprecia rápidamente estos tres argumentos resultan enormemente intuitivos y, en apariencia, muy sólidos.

El debate acerca de estas cuestiones es enormemente complejo. Por ello, me remito a la consulta de cualquiera de los trabajos citados, que abordan la cuestión en mucha más profundidad de la que yo puedo ofrecer ahora. Me limitaré a continuación a efectuar únicamente tres observaciones críticas.

Para la primera observación me serviré de un ejemplo que CASTELLVÍ MONSERRAT utiliza reiteradamente en su trabajo: el «amigo impuntual»⁶⁰. El ejemplo se resume del siguiente modo: en un grupo de amigos hay uno de ellos que es sistemáticamente impuntual en sus reuniones, casualmente un (único) día él es puntual y otro miembro del grupo, que siempre está listo a la hora convenida, se retrasa. Seguramente sea cierto que, en el plano moral, el impuntual crónico

⁵⁴ PÉREZ CEPEDA, en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, p. 48.

⁵⁵ Ya en sí mismo sería cuestionable hasta qué punto son trasladables los razonamientos ofrecidos por la filosofía moral (pensados para relaciones de corte moral interpersonales) al Derecho penal (relación jurídica Estado-individuo). Esta cuestión, salvo error por mi parte, no es tratada por los autores, que se limitan a llevar a cabo tal traslación (una notable excepción la constituye LORCA, «¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social», *Isonomía*, (47), 2017, p. 150, que, precisamente, califica como una «premisa errada» la de considerar que «la relación moral es analogable a la relación política»). Por cuestiones de espacio no puedo entretenerme ahora en este punto, pero no quiero dejar de manifestar que, en mi opinión, la corrección de esta traslación no es tan evidente como parece. Que un Derecho penal debe respetar determinadas pautas morales para ser legítimo, parece obvio. Que el Derecho penal deba ser la juridificación de la filosofía moral no me parece, sin embargo, tan claro. Quizás en un futuro pueda abordar esta cuestión como se merece.

⁵⁶ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, pp. 366-388.

⁵⁷ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 367.

⁵⁸ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 371.

⁵⁹ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 378.

⁶⁰ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, pp. 367, 371, 372.

nada puede decirle al incumplidor puntual. Sin embargo, si el ejemplo se modifica ligeramente y se introduce el hecho de que entre los amigos tienen el acuerdo de que el que llega tarde paga la cena y el incumplidor crónico siempre ha asumido el pago tal y como le correspondía, la respuesta cambia un poco. ¿No podría acaso, después de tantas cenas pagadas, exigir que para un día que no es él el que debe pagar se cumpla lo convenido (como siempre)? El ejemplo original nos acerca claramente al ámbito de la moralidad, pero este pequeño cambio lo «juridifica» y pone, precisamente, en tensión las conclusiones obtenidas⁶¹. Es cierto, en cualquier caso, que esta crítica se orienta en esencia a la objeción de la hipocresía que es, precisamente, la que los autores reconocen como más «débil» en relación con el excluido social⁶². Pero sirve para poner de manifiesto que la equiparación responsabilidad moral-responsabilidad jurídica no es tan clara como muchas veces se pretende.

⁶¹ Es preciso apuntar, en cualquier caso, que el propio CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa, ha salido al paso de esta crítica con un razonamiento que podría resumirse en la idea de que este contraejemplo «no “juridifica” el reproche, sino que lo convierte en una tasa» y que el derecho de exigir el pago de la tasa, por supuesto, existiría, pero no el de reprochar nada al sujeto incumplidor (se trataría de dos cosas completamente independientes). En primer lugar, no tiene sentido que me empeñe ahora en discutir acerca de si las modificaciones que propongo juridifican «en sentido estricto» el ejemplo. El uso de las comillas que hago evidencia, creo, que no hablo de una juridificación en sentido estricto. Quizás fuera más apropiado señalar que la reformulación del ejemplo «formaliza» (en lugar de «juridifica») la resolución del conflicto, pero eso en nada altera que esos cambios convierten en menos evidentes las conclusiones alcanzadas por el autor citado en lo que a la atribución de responsabilidad se refiere. En segundo lugar, y esto es ya más importante, no veo claro que le acompañe la razón a CASTELLVÍ MONSERRAT cuando (de nuevo, simplificando, puede que en exceso, sus argumentos) defiende que el pago de la cena se convierta en una tasa. Señala, así, que «la razón por la que el incumplidor crónico puede exigir que se pague lo convenido sin problema alguno es que, al hacerlo, no está reprochando nada»; al ponerse precio al incumplimiento, la conducta dejaría de ser reputada incorrecta. Sería esta la razón por la que «en el (contra)ejemplo planteado, la objeción de la hipocresía no funciona: porque dicha objeción solamente niega la legitimidad de un sujeto «para reprochar» (y no para exigir lo debido)». Entramos, así, en las oscuras aguas de cómo delimitar una tasa (un precio) de un castigo (una pena). Comparto buena parte de las razones que CASTELLVÍ MONSERRAT expone en su trabajo acerca de cómo, en ocasiones, la naturaleza de una relación puede mutar como consecuencia de establecer algo que pueda ser concebido como el pago a un incumplimiento. Ahora bien, la distinción resulta muy clara en casos sencillos e impracticable en cualquier otro. ¿De veras muchas sanciones (o, incluso, penas) no funcionan como «precios» en la práctica? Toda una disciplina (el análisis económico del Derecho) apunta en esa dirección. Ya antes, y en mi opinión con mejores razones, la teoría «feuerbachiana» de la pena podría dar argumentos en ese sentido (si la pena ha de ser un contraestímulo para los sentidos superior al estímulo que el placer del delito reporta, ¿no es eso muy parecido a decir que la pena debe ser un precio que no se quiera pagar?). A este tipo de planteamientos se suele oponer, y lo hace también el propio CASTELLVÍ MONSERRAT, que las penas no son precios porque el Estado tiene la posibilidad de impedirte llevar a cabo el delito incluso aunque estés dispuesto a asumir la pena (se trata de algo incorrecto e indebido, incluso aunque alguien esté dispuesto a pagar el precio). En palabras del autor citado: «si un policía se encuentra con alguien que está a punto de disparar a otro y, al verlo, le dice “déjame apretar el gatillo, pues estoy dispuesto a asumir la pena de homicidio consumado”, la reacción del policía no consistiría en esperar y asegurarse que después cumpla dicha pena, sino en abalanzarse sobre él e impedir que pueda ejecutar su decisión». La diferencia entre un precio y una sanción sería, entonces, que uno tiene derecho a llevar a cabo la acción en el primer caso, pero no en el segundo. El reproche, por otro lado, cabría solo en este último. Ahora bien, y cerrando ya este pequeño excurso, ¿el amigo que ha sido puntual no tiene derecho a «meter prisa» (esto es: tratar de evitar el incumplimiento) al impuntual por el mero hecho de que vaya a pagar una cena? ¿No puede llamarle por teléfono e insistirle en que no «debe» hacerle esperar por mucho que pague lo convenido? Si la respuesta es que sí tiene derecho a tratar de evitar la espera por mucho que luego vaya a ser «compensado», parece que hablamos de una conducta (la de la impuntualidad) indebida y que el pago de la cena no es, entonces, un precio, sino una sanción. Por último, y desde la propia óptica del pensamiento de la hipocresía, si el impuntual llega una hora tarde a la cena y aquel con quien iba a compartirla ya no está (se marchó ofendido), ¿puede el primero reprocharle al segundo su conducta (haberse ido) habida cuenta de que iba a «pagar el precio» de su retraso?

⁶² Vid., por ejemplo, CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, pp. 398-399; BEADE, *Isonomía*, (47), 2017, p. 146; RIVERA LÓPEZ, «Castigo penal, injusticia social y autoridad moral», *Análisis Filosófico*, (35), 2015, p. 175; y TADROS, «Poverty and Criminal Responsibility», *The Journal of Value Inquiry*, (43), 2009, p. 393.

La segunda observación tiene que ver con la objeción de la comunidad y la expondré brevemente. Se dice que la pertenencia a una misma comunidad es presupuesto de la atribución de responsabilidad y que la pertenencia a la comunidad tiene un componente de reciprocidad⁶⁵. Cuando un sujeto es excluido de la comunidad (porque esta ha incumplido su parte en la relación recíproca), no puede ser responsabilizado por la misma comunidad que lo expulsó: no es parte de ella⁶⁴. De nuevo, en palabras de CASTELLVÍ MONSERRAT se entiende mejor: «si una persona se distancia de un determinado grupo de amigos —rechazando sus invitaciones, desatendiendo sus compromisos, etc.— luego no estará en condiciones de reprochar una conducta que solamente sea asunto de esa comunidad»⁶⁵. El problema es que, llegados a ese punto, ¡tampoco los amigos podrán reprocharle nada a él! La pertenencia, o no, a una misma comunidad es una cuestión bilateral: o bien dos entidades son parte de lo mismo, o no lo son. El problema con el argumento de la comunidad es que podría ser de ida y vuelta⁶⁶: el Estado ya no podría reprochar al excluido, pero, entonces, ¡tampoco el excluido podría reprocharle a él! No podría, por ejemplo, reclamarle (salvo que se justifique en algo distinto a la mera pertenencia a la comunidad) que se satisfaga

⁶³ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 369.

⁶⁴ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 370.

⁶⁵ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 370.

⁶⁶ En alguna ocasión he sostenido que esta idea de la «reversibilidad del argumento» podría aplicarse también, aunque «en un sentido algo distinto», al que se sustenta en la noción de hipocresía. Resumido el planteamiento sería algo así como lo siguiente: ¿por qué la idea de hipocresía se aplica solo al Estado que incumple su parte y no al ciudadano que delinque (y, en consecuencia, ha incumplido la suya)? Defendía que el mismo principio que hacía que el Estado no pudiera reprochar al autor del delito haría que el autor de un delito (frente al que, a su vez, no haya una manifestación inicial de hipocresía por parte del Estado) no pudiera reprochar al Estado ulteriores tratos injustificados (por ejemplo, no podría recurrir la indebida aplicación de una circunstancia agravante), ¿no sería, entonces, hipócrita el autor del delito que manifestó que no se sentía vinculado por sus acuerdos con el Estado? Parece que no podría, en la lógica del argumento de la hipocresía, exigir un trato justo por parte del Estado; es decir, no podría «quejarse» del trato recibido. CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa, tiene toda la razón, sin embargo, cuando señala que esta crítica «solo afecta a una versión especialmente amplia de la objeción de la hipocresía (cualquier incumplimiento niega la legitimidad de cualquier reproche)» y, habida cuenta de que una postura de esta naturaleza apenas cuenta con defensores, estaría discutiendo (y estas son ya mis propias palabras) con un «hombre de paja». En cualquier caso, no deja de ser llamativo que CASTELLVÍ MONSERRAT atribuya a este defecto de mi postura un carácter secundario (creo, ciertamente, que es más bien demoledor) para centrarse en un argumento adicional al que parece conceder un carácter principal y que, sin embargo, no me parece convincente. Sostiene el citado autor que en el ejemplo que he descrito equiparo «indebidamente “queja” con “reproche”. La objeción de la hipocresía (al igual que el resto de objeciones) niega la legitimidad de un sujeto (por ejemplo, el Estado) para reprochar un acto (por ejemplo, un delito), pero, en todo caso, no cuestiona en absoluto su legitimidad para responder de otro modo al incumplimiento ajeno». En consecuencia, el sujeto del ejemplo que resulta indebidamente condenado con una circunstancia agravante que no concurre, «sí podría recurrir dicha condena, pues, aunque un recurso pueda ser interpretado como una “queja”, en ningún caso puede ser entendido como un “reproche”. En la reducción al absurdo planteada, lo único que el sujeto condenado no podría hacer legítimamente sería, en su caso, reprochar la prevaricación del juez». Efectivamente equiparo «queja» y «reproche», lo que no tengo claro es que lo haga «indebidamente». CASTELLVÍ MONSERRAT afirma que un recurso podrá ser entendido como una «queja», pero no como un «reproche». Pero no argumenta tal afirmación. Queda por responder precisamente por qué, en su caso, eso sería así. ¿Cuando alguien interpone un recurso frente a una resolución que considera injusta se queja del trato recibido, pero no reprocha al órgano que la dictó su decisión? Estaría de acuerdo, lógicamente, en que el sujeto condenado no podría castigar al juez que prevaricó (en su caso, eso sería competencia del Estado), pero no en que no pueda efectuarle un reproche. Creo que aquí es CASTELLVÍ MONSERRAT quien «equipara indebidamente» «reproche» y «castigo», lo que no deja de ser llamativo en quien extrae el concepto de «reproche» del mundo de la filosofía moral, un mundo, «en principio», sin castigos. En la filosofía moral el reproche estaría desligado del castigo, pero en su importación al Derecho penal no podría vivir sin él, hasta el punto de que un reproche sin castigo se convertiría en una mera «queja». En cualquier caso, y suponiendo que tenga sentido una distinción entre «queja» y «reproche» (lo que implicaría que hubiera quejas que no comportaran reproches o que existieran «reproches sin queja»), su delimitación resultaría extraordinariamente difícil. Las propias objeciones que CASTELLVÍ MONSERRAT opone a mi planteamiento ¿serían quejas, reproches, ambas cosas o ninguna?

su derecho a la salud. Si el argumento de la comunidad dice que el ordenamiento jurídico español no puede responsabilizar al excluido, como no podría responsabilizar a un señor de Memphis (Tennessee), de nacionalidad estadounidense y que jamás ha pisado suelo español, hemos de cuidarnos mucho de que el argumento no sea reversible y permita decirle tanto al excluido como a aquel señor de Memphis, «no tiene usted derecho a reclamarnos que le operemos de cataratas». En cierto sentido, la pertenencia a una comunidad no debería depender de la voluntad de sus partes: ni el Estado puede excluir a sus miembros, ni sus miembros pueden «excluirse» del Estado⁶⁷. Por supuesto, soy consciente de que el Estado puede tener deberes que vayan más allá de la idea de pertenencia a la comunidad, lo que sugiero es que resulta difícil sostener que alguien es ora incluido, ora excluido en la comunidad y que el argumento puede ser peligroso.

La tercera observación tiene que ver con el argumento de la complicidad (recordemos, no se podría reprochar aquello a lo que se contribuye). Ello inevitablemente recuerda a la «falacia *tu quoque*»: considerar falso un razonamiento en atención a la persona de la que este procede. Es cierto que no es exactamente eso lo que ocurre con dicho argumento aquí. Ningún autor sostiene que el delito cometido deje de ser delito por el hecho de que el Estado haya podido contribuir a él (ni siquiera, por lo general, que su autor deje de ser responsable), sino tan solo que el Estado no podrá responsabilizar al sujeto en cuestión, algo sustancialmente distinto. Aunque luego profundizaré en ello, para los defensores de la obligatoriedad heterónoma de la norma ello podría ser fácilmente asumible; sin embargo, para aquellos que, como yo mismo, partimos de un concepto de legitimidad de la pena esencialmente vinculado con la autonormación (resulta decisivo que el sujeto castigado haya sido parte, al menos potencial, en la génesis de la norma) esto ya no resulta tan evidente. Si soy responsable porque *yo* me he vinculado con la norma, no veo demasiado evidente por qué lo que *otro* haga puede obstaculizar que sea hecho responsable. Si, en el fondo, toda forma de responsabilidad es una responsabilidad ante uno mismo, lo que otros hagan no debería impedir que se hiciera valer mi «compromiso conmigo mismo». En este sentido, claro que la hipocresía o la complicidad hacen surgir un «nuevo» reproche al cómplice o hipócrita, pero este, en principio, no tendría por qué desvirtuar el reproche inicial⁶⁸.

En definitiva, no veo claro que siempre que el sujeto ante el que se ha de responder haya incumplido sus deberes quede «contaminado» y no pueda exigir responsabilidad alguna en relación con miembros con los que se encuentra vinculado.

⁶⁷ Que el ciudadano no puede autoexcluirse de la comunidad a la que pertenece lo ha explicado con perfecta claridad (al hilo de la discusión sobre el Derecho penal del enemigo) CANCIO MELIÁ, «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ (eds.), *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., 2006, p. 133. Por otra parte, que el Estado no dispone de absoluta libertad para excluir a sus miembros lo evidencia el hecho de que no pueda, por ejemplo, retirar la nacionalidad a sus ciudadanos salvo casos excepcionalísimos (y de cuestionable legitimidad). Vid., sobre esto último, el luminoso trabajo de COCA VILA, «Our “Barbarians” at the Gate: On the Undercriminalized Citizenship Deprivation as a Counterterrorism Tool», *Criminal Law and Philosophy*, (14), 2020, *passim*.

⁶⁸ En un sentido análogo, aunque por razones distintas, defiende LORCA, *Isonomía*, (47), 2017, p. 156, que «la naturaleza de la relación política vuelve inapropiado hablar de hipocresía o complicidad en el contexto de las relaciones con el Estado». Desarrolla esta idea en pp. 158-161. Su sugerente conclusión es que descartar los razonamientos de la filosofía moral en este punto «no quiere decir que no podamos criticar al Estado por sus inconsistencias y por la responsabilidad que le cabe respecto de la criminalidad que se produce en contextos de extrema pobreza (u otros). Sino más bien que el vocabulario indicado no es el de una relación moral interpersonal, sino el vocabulario propio de una relación involuntaria y asimétrica como la relación política, que corresponde a las categorías de autoridad, justicia y obligación política» (p. 161).

3.5. Objeción del Estado como ficción unitaria

La objeción anterior se relaciona estrechamente con la que será expuesta ahora y que será solo someramente esbozada. Los planteamientos de los autores a los que acabo de referirme parten de un presupuesto cuanto menos discutible: podemos imputar responsabilidad a un ente como el Estado concebido unitariamente.

No entraré ahora en la difícil cuestión de cómo imputar una específica intención al Estado, algo en absoluto sencillo⁶⁹. Me refiero, más bien, a que el Estado es una realidad compleja, que es representada por instituciones muy diferentes que no siempre empujan en una misma dirección o persiguen unos mismos objetivos políticos⁷⁰. RIVERA LÓPEZ, tras cuestionar la legitimidad del castigo al excluido social, expone de modo muy honesto esta posible objeción: «es discutible que los argumentos de pérdida de autoridad moral se puedan aplicar de manera idéntica en casos de autoridad individual y de autoridad colectiva. El estado es un agente colectivo, constituido por miles o millones de individuos. La pérdida de autoridad moral para reprochar o, en general, para castigar no es necesariamente homogénea, dado que la responsabilidad por haber producido la exclusión social que causa esa pérdida tampoco es igual en todos los miembros de la sociedad»⁷¹. Y es que, efectivamente, así es. De este modo, por ejemplo, ¿a qué llamamos «Estado» en un supuesto en el que un Ayuntamiento incumple flagrantemente sus deberes de protección social, pero la Comunidad Autónoma a la que pertenece cuenta con un programa de protección social modélico (o a la inversa)⁷²?

⁶⁹ LORCA, *Isonomía*, (47), 2017, p. 154.

⁷⁰ Resulta interesante la posición de CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa, en este punto. Para este autor, que, desde luego, no desconoce la complejidad de la cuestión, «esta dificultad no resulta, ni mucho menos, insuperable». Es cierto que este problema no tiene por qué ser siempre irresoluble y, «en determinados casos», podría identificarse al Estado más allá de la maraña de instituciones que lo componen. Más problemático me parece, sin embargo, el ejemplo que emplea para aquilatar su postura: la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así sostiene el autor citado: «las personas jurídicas también constituyen realidades complejas y, en todo caso, el hecho de que puedan existir tensiones entre sus órganos internos no impide que nuestro Código penal las considere (co)responsables de algunas infracciones penales». De tal modo, «la misma “ficción de la unidad” que permite responsabilizar a las personas jurídicas (a los efectos de imponer penas) también puede aplicarse al Estado (a efectos de deslegitimar dichas penas)». No procede profundizar en esto ahora, pero creo que hay dos diferencias relevantes entre la ficción de la unidad de la persona jurídica a efectos de legitimar una sanción y la ficción de la unidad del Estado a efectos de deslegitimarla. La primera es que no cualquier «parte» de la unidad va a poder legitimar la pena a la persona jurídica con su infracción (no, al menos, si algunas de sus partes han cumplido los específicos deberes que tienen encomendados), mientras que, en principio, la infracción de «cualquier parte del Estado» podría deslegitimar la pena. Se podría poner en duda esta afirmación llevando, en mi opinión, demasiado lejos un paralelismo entre los «órganos de cumplimiento» de la empresa y los del Estado (un ejemplo expresado sintéticamente: si el Estado persigue de modo efectivo la corrupción, podría castigar legítimamente los delitos del excluido conectados con la exclusión derivada de ella), pero, por razones que no procede exponer aquí, creo que sería inadecuado tal proceder. La segunda razón es que mientras que los deberes que deben satisfacer las personas jurídicas se hallan (o, al menos, así debería ser) suficientemente precisados, los deberes del Estado (y, correlativamente, sus infracciones) son no solo ambiguos e indeterminables, sino también objeto de una legítima disputa ideológica (vid., sobre los difusos deberes de protección estatales, la «objeción 10» de este trabajo). De tal modo, la ficción de la unidad en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parte de que «algunas» infracciones de «algunas» partes de la persona jurídica pueden imputarse al conjunto, mientras que en el caso del Estado «indefinidas» infracciones de «cualquiera» de sus partes podrían deslegitimar el castigo.

⁷¹ RIVERA LÓPEZ, *Análisis Filosófico*, (35), 2015, p. 182.

⁷² Recientemente CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa, ha ensayado una respuesta que creo que es formalmente impoluta, pero difícilmente practicable: «lo relevante no sería la actuación de sus partes por separado, sino, más bien, su proyección conjunta», de tal suerte que «el Estado es (o, mejor, al Estado se le puede atribuir) la combinación de una protección social insuficiente a nivel local con otra extraordinaria a nivel autonómico (o al revés). La valoración sobre el carácter excluyente (y criminógeno) de dicha protección social dependerá, por tanto,

Todo esto resulta especialmente complicado cuando se asume como válido el argumento de la complicidad, antes expuesto, para legitimar la reducción del castigo del excluido social. Retornar a CASTELLVÍ MONSERRAT puede ser de gran utilidad para lo que ahora quiero exponer. Dicho autor, de manera muy original, ha mantenido que entre el delito del excluido y el delito provocado (el objeto central de su estudio) hay una importante semejanza: la objeción de la complicidad sería clave para ambos⁷³. Lo llamativo es que no expusiera, entonces, un tratamiento simétrico para los dos casos. A riesgo de simplificar demasiado, la tesis central de CASTELLVÍ MONSERRAT sería que en los casos de delito provocado (en los que una autoridad del Estado contribuye a que se cometa un delito) este solo podrá ser castigado cuando tal provocación se encuentre justificada o sea, a su vez, penalmente perseguida⁷⁴. Así, sería legítimo castigar al autor del delito provocado cuando se castiga también al provocador, en el entendido de que, de este modo, el Estado se «distancia» de la provocación. De ser eso cierto, ¿por qué no extrapolarlo al delito del excluido social? En mi opinión, el citado trabajo de CASTELLVÍ MONSERRAT no llevó su tesis hasta sus últimas consecuencias en lo que al excluido social se refiere (algo que, sin embargo, ha hecho recientemente⁷⁵). Es preciso admitir que el Estado sí podría castigar legítimamente al excluido cuando se desmarcase de tal exclusión⁷⁶. La respuesta hipotética no podría ser que «el Estado no puede desmarcarse de sí mismo» porque lo que estamos decidiendo ahora es, más bien, cuál es la posición del Estado. De nuevo, con un ejemplo se puede ver más claro: si el Estado castiga al político que malversa unos fondos destinados a fines sociales, ¿podría castigar a la persona que, por no recibir esos fondos, se ve forzada a cometer un delito de estafa de fluido eléctrico? Expresamente la respuesta de CASTELLVÍ MONSERRAT a esta pregunta es ya afirmativa⁷⁷, aunque desconozco cuál darían el resto de autores citados⁷⁸. En cualquier caso, ¿cuál sería el esfuerzo que habría de hacer el Estado (sea, a estos efectos, lo que sea el «Estado») para distanciarse de la

de ambos niveles. Es decir, dependerá de la protección social que un usuario (del municipio incumplidor) recibe conjuntamente de todas las instancias estatales». En cualquier caso, no creo que una formulación de esta naturaleza sea problemática solo por su difícil aplicación (al fin y al cabo, puede ser difícil de aplicar y ser, no obstante, lo único que podamos aplicar, por lo que habría que «conformarse» con ello). Además, creo que se podría estar perdiendo de vista un aspecto que dificulta todavía más la cuestión de quién es el Estado (o de qué se le puede atribuir) y es que se está valorando únicamente la protección social que se recibe y no otro factor que, si no estoy muy equivocado, también debería ser tomado en cuenta por parte de los partidarios de estas posturas: la intención (excluyente o inclusiva) del Estado. Podría suceder que una valoración global de la protección efectivamente recibida diera como resultado una valoración negativa, pero que una valoración global de la intención del Estado considerase esta como inclusiva y, en tal caso, habría que determinar qué debe suceder cuando un Estado excluye pretendiendo incluir (algo que aunque tenga una cierta resonancia a contradicción puede no serlo si partimos de la «naturaleza compleja» del Estado).

⁷³ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 392.

⁷⁴ Cristaliza el argumento en CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 415: «el Estado solo podrá expresar un reproche en estos casos cuando la actuación de sus funcionarios se encuentre, o bien prohibida, o bien justificada. En el primer caso, la prohibición (penal) permitiría desvincular la voluntad del Estado de la actuación del funcionario. En el segundo, las razones que justifican su intervención tornarían compatible el favorecimiento de la conducta delictiva con la voluntad de que esta no se hubiera llevado a cabo».

⁷⁵ CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa, *passim*.

⁷⁶ A este punto ya llegaba, aunque en mi opinión de modo excesivamente ambicioso, TADROS, *The Journal of Value Inquiry*, (43), 2009, p. 410, cuando indicaba que se podría aceptar la responsabilidad del excluido por sus delitos si el Estado generase la expectativa de que no seguiría contribuyendo a la comisión de estos con políticas económicas criminógenas.

⁷⁷ CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa.

⁷⁸ A todo ello habría que añadir también la cuestión de si no estaría «justificada» la exclusión social producida por unas políticas públicas desarrolladas por unos representantes políticos democráticamente elegidos. En ello no puedo entrar ahora, pero si la respuesta fuera afirmativa, de nuevo, desde la lógica de la complicidad sostenida por CASTELLVÍ MONSERRAT, el castigo debería ser completamente legítimo.

exclusión? Este es un extremo, en mi opinión, insuficientemente aclarado por las diversas construcciones que se han ofrecido hasta ahora.

3.6. Objeción de la limitación de los delitos por los que se podría exonerar al excluido

Otro aspecto potencialmente polémico sobre el que apenas me detendré ahora es el del carácter excepcional que, por unas u otras razones, casi todos los autores que se han ocupado del tema confieren a determinados delitos. En los razonamientos que se exponen acerca de por qué habría que excluir (o atemperar) el castigo del excluido social, la doctrina tiende a señalar que habría algunas excepciones (delitos por los que, en todo caso, responderían también los excluidos sociales y que generalmente son aquellos que implican violencia o atentados contra bienes jurídicos individuales especialmente importantes)⁷⁹.

Esta objeción se vincula a las dos anteriores. Dejaré de lado ahora la idea de que la división entre unos delitos y otros inevitablemente despierta un cierto recelo de iusnaturalismo (de nuevo, la idea de que hay unos delitos *mala in se* y otros *mala quia prohibita*, se les llame así o de otro modo y esté su existencia más o menos justificada)⁸⁰. Sucede, sin embargo, que no deja de resultar llamativo que se despliegue un esfuerzo tan convincente para explicar que no es lo mismo la propia imputación (y su objeto) que las condiciones que se han de hallar presentes en el sujeto que imputa para que, después, resulte que en función de lo imputado puedan ser irrelevantes las condiciones del sujeto que imputa⁸¹. Es decir, se insiste en que la responsabilidad tiene un «componente relacional» (se responde «ante» alguien), pero solo para aquellos delitos menos graves (y menos penados). Para los delitos (y penas) más graves esta exigencia no sería precisa,

⁷⁹ Vid., especialmente, TADROS, *The Journal of Value Inquiry*, (43), 2009, p. 395; SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 264; SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 68-71; y CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 193, 197-202.

⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 68-71, habla directamente de la infracción de «deberes naturales» frente a la infracción de «obligaciones adquiridas», lo que, desde luego, encaja sin fricciones en sus sólidas bases teóricas jurídico-políticas, que pueden, sin embargo, no ser compartidas. Recientemente ha desarrollado esta idea con gran claridad el propio SILVA SÁNCHEZ, «La dimensión ético-política de la discusión sobre las normas de conducta», en DE VICENTE MARTÍNEZ, et al. (eds.), *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero*, v. I, 2021, pp. 714 s., al sostener que «en relación con ellos [los delitos naturales], que son delitos dolosos de violencia explícita o implícita, las normas son ciertamente categóricas e incondicionadas. Pero no porque el Estado pueda atribuirles esa condición, sino porque la tienen sustancialmente. Son hechos que lesionan la moralidad elemental que rige la relación interpersonal pre-política, es decir que quiebran el vínculo de humanidad del que se deriva el deber de respeto a la dignidad de uno mismo y del otro, un deber natural para todos (...) El reproche que dirige el Estado – por delegación de la humanidad – no es jurídico-estatal, sino moral-universal». CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 198, por su parte, de un modo terminológicamente menos conflictivo, pero sustancialmente muy parecido, habla de «deberes conectados a la noción de dignidad humana o de personalidad», por un lado, y de «deberes conectados con la noción de ciudadanía», por otro. Tampoco en él hay contradicción alguna. Cuestión distinta será que se compartan, o no, sus premisas.

⁸¹ Coincido plenamente, por ello, con lo señalado con claridad por IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, «El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal: una revisión crítica», *InDret*, (1), 2021, p. 243, cuando sostiene que «detrás de este razonamiento se esconde, pese a la separación que anuncia SILVA SÁNCHEZ entre culpabilidad y legitimidad política del castigo, una identificación del segundo elemento con el primero». Luego, en n. 75, aclara: «me refiero a la idea intuitiva que, en el caso de delitos como el homicidio o la violación (*mala in se* violentos), no importa quién castiga al autor, porque este normalmente pudo reconocer que cometía un injusto, y por ende actuar de otra manera». Este autor, de modo coherente, sostendrá después que «el supuesto carácter “natural” del injusto no puede ser un reemplazo funcional a la relación de ciudadanía, que permita una legitimación suficiente de la pena frente al afectado por ella» (p. 245). Así, han señalado COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *Journal of Applied Philosophy*, (39-1) 2021, p. 59, en relación con ello, que SILVA SÁNCHEZ «concibe al potencial sujeto de castigo como un agente moral integrado en una comunidad universal y vinculado por deberes prepolíticos». Todo lo dicho, en cierta medida, resulta de aplicación también, lógicamente, a aquellos autores que se encuentran próximos a sus postulados.

de manera que exigimos, en cierto sentido, mayores cotas de legitimidad para imponer penas «menores» que para imponer las penas más graves. Resulta algo contraintuitivo⁸². Existiría lo que CIGÜELA SOLA ha denominado como un «residuo cuasi-incondicional de potestad punitiva» en relación con esos delitos que contravienen las «condiciones básicas de la existencia»⁸³. Es decir, casos en los que bastaría la constatación del delito y la responsabilidad del autor para imponer un castigo, sin necesidad de vínculo adicional alguno. Así, «la legitimidad del Estado para castigar un delito se ve afectada sólo respecto de aquellos comportamientos que están conectados objetivamente con la situación excluyente o con el vicio moral producido o tolerado por el propio agente de imputación»⁸⁴. Sin embargo, parece que hay exclusión (y, por tanto, no hay vínculo para imputar) o no la hay (y existe tal vínculo), pero no veo la razón para que el sujeto que pertenece a otra comunidad (como aquel señor de Memphis del que hablaba) pueda ser hecho responsable por tales delitos por «nuestra» comunidad⁸⁵. En este sentido, creo que sería más coherente, aunque no lo comparta, el planteamiento de PÉREZ CEPEDA cuando sostiene que «se trata de valorar cuándo el delito, cualquier delito, es expresión o producto de la exclusión económica grave e injusta»⁸⁶.

Estaría de acuerdo, desde la antes descrita objeción de la complicidad, en que el Estado no es cómplice de cualquier delito y, en consecuencia, no tiene tacha de ilegitimidad alguna con respecto a determinados delitos, aunque la tenga en relación con otros⁸⁷. Me parece más difícil sostener, sin embargo, desde la óptica del argumento de la comunidad que alguien que no pertenece a ella pueda ser castigado sin que eso suponga una completa relativización del «componente relacional» al que nos referimos. Se deja de hablar de quién imputa para hablar de qué se imputa. Se pasa del plano de lo que se han denominado «condiciones externas de la imputación» (o «pre-condiciones») para hablar directamente de las «condiciones internas»⁸⁸.

⁸² Soy consciente de que la explicación podría consistir en que la legitimidad del castigo de los delitos más graves bebe de otras fuentes (paradigmáticamente de la existencia de «obligaciones naturales»), pero ello es algo que requiere una explicación mayor de la que se tiende a ofrecer, pues, en definitiva, supone que el Estado más despótico (aquel, incluso, para el que pudiera llegar a justificarse el tiranicidio) puede legítimamente (?) castigar el homicidio. La tensión con el «componente relacional» de la responsabilidad parece evidente, en cualquier caso.

⁸³ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 261.

⁸⁴ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 265.

⁸⁵ En cierto sentido, conecta con esta objeción la que recientemente ha formulado CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa, al señalar que, aunque ciertamente pueda hablarse de una «comunidad humana», por un lado, y una «comunidad de ciudadanos», por otro, hemos de tener cuidado de no «hipertrofiar» (estas son mis palabras) la primera de ellas. Así, «los delitos que son asunto de dicha comunidad [la humana] (o que el Estado puede reprochar por delegación de ella) deberían ser los propios de la jurisdicción universal. Es decir, aquellos delitos que un Estado puede castigar aunque carezca de cualquier clase de vínculo con su autor. Solamente dichos delitos pueden generar responsabilidad ante un Estado desvinculado del autor y, por tanto, solamente dichos delitos deberían generar una responsabilidad independiente del vínculo de ciudadanía (y de su ruptura). Teniendo en cuenta que la mayoría de los *mala in se* no son susceptibles de persecución universal, emplear dicha categoría para limitar la relevancia de la ciudadanía (y de su exclusión) me parece inadecuado. El Estado español no puede [y seguramente tampoco *debe*] castigar a cualquier extranjero que cometa un robo con intimidación en otro país y, por ello, no puede afirmarse que el vínculo de ciudadanía (y su ruptura) es irrelevante para sancionar dicho delito».

⁸⁶ PÉREZ CEPEDA, en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, p. 52.

⁸⁷ RIVERA LÓPEZ, *Análisis Filosófico*, (35), 2015, pp. 172 s., requiere una «conexión relevante» entre el delito cometido y la exclusión padecida. En sentido próximo, sostiene CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, pp. 400-402, que el «argumento de la complicidad» hace que no se pueda castigar por el delito en el que se participa, pero no obsta a que se sancionen otros.

⁸⁸ Vid., sobre esta terminología, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 170-173. Las primeras se referirían al sujeto que imputa y las segundas al sujeto al que se le imputará un delito.

Todo esto pone de relieve lo problemático de la distinción: no podemos ver si quien imputa lo hace de modo legítimo sin saber antes qué es lo que va a imputar.

3.7. Objeción a la heteronormación como fuente de legitimación del Derecho penal

También me suscita dudas uno de los presupuestos sobre los que alguna de las construcciones ya comentadas (particularmente la de SILVA SÁNCHEZ) articula, en parte, la exoneración o disminución de la pena del excluido: la idea de que las normas se legitiman por la protección que ofrecen a los ciudadanos a los que apelan y no (fundamentalmente) por la participación de estos en su elaboración democrática⁸⁹.

Así, SILVA SÁNCHEZ opta, con algunos argumentos ciertamente sólidos, por rechazar aquellas teorías que fundamentan la legitimación del castigo por la vía de la autonormación (esto es, por la posibilidad de participación en la conformación de la norma de su propio destinatario)⁹⁰. De este modo, propone admitir la naturaleza heterónoma de la autoridad normativa y buscar la forma de legitimarla⁹¹. El citado autor parece encontrar esta vía en la idea de que las normas deben proteger a sus destinatarios⁹². Así, explica, «si el ordenamiento protege a un sujeto en términos de igualdad con los demás, entonces dicho sujeto se halla vinculado al referido ordenamiento y su vulneración de éste, presupuesta la libertad moral, constituye la deslealtad que permite el reproche y la pena»⁹³.

Creo, sin embargo, que es preferible el enfoque contrario. Suscribo plenamente las palabras de MARTÍN LORENZO cuando señala que «en una sociedad secularizada y pluralista (...) la fuente de legitimación general es el reconocimiento que le prestan los sujetos [al procedimiento democrático]; el reconocimiento de todos obliga a buscar un consenso»⁹⁴.

Considero que el núcleo de la legitimación de la pena reside, por varias razones, en la idea de autonormación⁹⁵. En primer lugar, porque la vinculación por la participación (real o potencial)

⁸⁹ En principio, si se adopta la perspectiva de la heteronormación es más fácil justificar la atemperación de castigo del excluido que si se adopta la de la autonormación. Mientras que cualquier versión de la primera tendría que aceptar que la realidad evidencia que hay personas desprotegidas y respecto de las cuales existe un déficit de legitimidad, la segunda puede sostener que la legitimidad se basa en la «posibilidad» (reconocida jurídicamente) de participación política y no en su efectivo ejercicio.

⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, en FERNÁNDEZ TERUELO *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, pp. 717-719.

⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, en FERNÁNDEZ TERUELO *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, p. 719.

⁹² SILVA SÁNCHEZ, en FERNÁNDEZ TERUELO *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, p. 720. También apunta en esta dirección FUZIGER, *Del libre albedrío a la autodeterminación: hacia una nueva fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal*, 2020, pp. 329 s.

⁹³ SILVA SÁNCHEZ, en FERNÁNDEZ TERUELO *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, p. 721.

⁹⁴ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, 2009, p. 287.

⁹⁵ Ello no me impide (y creo que sin contradicción alguna) compartir, por ejemplo, que «no se entiende muy bien por qué el Estado democrático, al decidir “resolver desacuerdos sociales” tipificando determinada conducta, pasa a tener por ello la potestad de dirigir un reproche (o de avergonzar) a quien la lleva a cabo» (SILVA SÁNCHEZ, en DE VICENTE MARTÍNEZ, *et al.* (eds.), *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero*, v. I, 2021, p. 712). Tampoco me impone rechazar que «la democracia, como forma de resolución provisional de desacuerdos, debe ser escéptica con respecto a sí misma. Parece claro que quien es castigado por una ley democrática conforme a la respectiva Constitución no tiene “derecho a quejarse”, porque hay que cumplir las reglas de los juegos, siempre que estas sean limpias (*fair play*). Pero una cuestión distinta es el reproche dirigido al disidente» (SILVA SÁNCHEZ, en DE VICENTE MARTÍNEZ, *et al.* (eds.), *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero*, v. I, 2021, p. 714). Acepto,

en el proceso legislativo pone de relieve el carácter contingente de los juicios de valor contenidos en las normas y la trascendencia del ciudadano como decisor de estos juicios de valor (realza la dimensión democrática del Derecho). En segundo lugar, porque, de un modo u otro, asocia vinculación con consentimiento y es esta una ligazón tan intuitiva como teóricamente fuerte. Nadie discute que un auténtico consentimiento ha de tener, al menos, alguna relevancia a la hora de hablar de la legitimidad de las instituciones que nos vinculan. Y, en tercer lugar, porque el modelo de la autonormación es válido para fundamentar la vinculación también de aquellos sujetos que niegan el contenido axiológico de la norma e, incluso, del procedimiento. La norma no vincula así por lo que es, sino por cómo es (por su proceso, en sí mismo considerado, y no por su contenido). Pretender que el contenido valioso de una norma vincule a sus destinatarios por su valor intrínseco no hace que la norma sea sentida como propia, ni tampoco que se reconozca legitimidad alguna a su emisor (incluso cuando se comparta su contenido).

En cualquier caso, es cierto que la «legitimación por protección» ha de tener un cierto peso. Seguramente sea una concepción demasiado liberal aquella que considera que solo nuestro consentimiento nos obliga. Eso no es cierto. El mundo de los deberes (especialmente éticos, quizás no tanto de los jurídicos) es más complejo. De hecho, tenemos deberes incluso antes de tener capacidad para consentir. Desde luego, si bajando las escaleras del metro tropiezo y, justo antes de perder los dientes como consecuencia del impacto contra un escalón, alguien me sujeta y lo evita, tengo con él, sin duda, una *deuda de agradecimiento*. Si me marchó de allí sin agradecer el gesto, mi salvador tendrá derecho a reprocharme mi actitud. En este ejemplo, mi consentimiento, mi voluntad, no ha desempeñado papel alguno (salvo que se considere que hay un consentimiento hipotético con respecto a la acción salvadora).

Sin embargo, en el siguiente ejemplo la cosa cambia. Si una mujer patinando por un parque pierde el equilibrio y está a punto de caer, en principio, tendremos que entender que sucede lo mismo si una desconocida le evita el golpe: habrá un deber de agradecimiento. No obstante, si antes de que la desconocida la alcance, la patinadora dice «no me toques, por favor», porque, por ejemplo, está aprendiendo a patinar y está dispuesta a asumir el golpe a cambio de tener la oportunidad de reencontrar el equilibrio, la patinadora podrá reprochar a la desconocida que no le haga caso y la sujete. No cabría, como se ve bien aquí, una legitimación de protección *frente a la voluntad del sujeto protegido*⁹⁶. Si cabe «sin» su voluntad es porque se entiende que en caso de

igualmente, que «el Estado secular democrático puede imponer y coaccionar. Pero no adquiere, en virtud de la decisión de criminalizar una conducta, la facultad metafísica de transformar una infracción del orden estatal en un *malum*. Si es secular, no debería pretender ni ser Dios ni usurpar nuestra conciencia» (SILVA SÁNCHEZ, en DE VICENTE MARTÍNEZ, *et al.* (eds.), *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero*, v. I, 2021, pp. 715 s.). Efectivamente, no hay ninguna ganancia en términos de «desmoralización» del Derecho con la pretendida, en terminología nietzscheana, «muerte de Dios» (la secularización del Estado y de la sociedad en su conjunto) si se sigue de la inmediata instauración de la deidad democrática. Considero, no obstante, que partiendo de una visión un tanto descreída de la legitimidad que el Estado pueda tener para castigar a un específico sujeto (de una visión de la pena tan aséptica como resulte posible), la idea de «reproche», en lo que de moral tenga, debe ser rechazada (aunque, por tradición, mantengamos el término para referirnos a otra realidad). Esto, contra lo que pudiera parecer, no conduce al nihilismo. Una cosa será el estándar de moralidad que el Estado se exija a sí mismo en su actuar y otra, muy distinta, que pueda dirigirse en términos morales a un ciudadano concreto. En cualquier caso, como casi siempre, la gran virtud del modelo de la autonormación no residiría, en mi opinión, en ser «en sí mismo bueno», sino en algo más modesto: en ser «mejor que los otros» modelos. La democracia no debe sustituir a la moral o la religión, pero las decisiones previas (heterónomas) a las que la democracia «tenga» que adaptarse pueden ser, precisamente, las puertas de entrada de tales instituciones para condicionar la relación jurídica. Seguramente la democracia no tenga que pretender disfrazarse de moral, pero hemos de tener cuidado de que no pase lo contrario y que la moral se disfrace de democracia para una imposición menos conflictiva.

⁹⁶ Vid., para una interesante reflexión acerca del «carácter asimétrico» del consentimiento (las negativas tendrían un valor absoluto, mientras que las aceptaciones podrían ser sometidas a exigencias adicionales para ser

que hubiera posibilidad de manifestarse esta sería acorde con la acción protectora. De este modo, la acción protectora solo genera deber si se encuentra en sintonía con la voluntad expresa o presunta, lo que volvería el criterio de legitimidad por heteronormación superfluo⁹⁷. Todo ello, prescindiendo del hecho de que de la protección se pueda llegar a desprender un cierto deber moral no se deriva que surja también un deber jurídico.

En cualquier caso, es cierto que el criterio de la autonormación (una concepción deliberativa de la legitimidad de las normas) puede ser insuficiente por sí mismo⁹⁸. Considero muy convincente el planteamiento de CIGÜELA SOLA en el que concilia la heteronormación y la autonormación en el entendido de que la primera se correspondería con la idea del «Estado social» y la segunda con la del «Estado democrático»⁹⁹. Ambas características serían pilares de un Estado legítimo. Sin embargo, estas no empujarán siempre en la misma dirección, dado que es evidente que, en ocasiones, las decisiones democráticas conducen a la desprotección social. Analizar este potencial conflicto llevaría demasiado lejos.

3.8. Objeción a la pretensión de individualización ilimitada

De modo muy breve expondré esta octava objeción, para cuyo mayor desarrollo me remito a otro lugar¹⁰⁰. Existe una tendencia muy habitual en la doctrina a sostener algo así como que cuando de individualización hablamos, cuanta más mejor. Sin embargo, esto es discutible, al menos, desde dos puntos de vista.

El primero es el punto de vista funcional. El Derecho requiere una cierta generalización para poder cumplir su función de manera siquiera mínimamente satisfactoria. Corremos el riesgo, en caso contrario, de incurrir en un injustificado e indeseable «comprenderlo todo es perdonarlo

consideradas válidas), PANTALEÓN DÍAZ, «Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?», *Diario La Ley*, (9773), 2021, pp. 4 s.

⁹⁷ El problema es, por supuesto, más complejo, dado que también en una construcción coherente del paradigma deliberativo hay un momento de imposición de una decisión basada en la idea de protección: la decisión inicial de que el resto de decisiones se tomará democráticamente. Es obvio que la democracia no es el comienzo de las decisiones, sino que hay una apuesta previa por ese modelo que, como es lógico, no puede ser a su vez democrática. Entonces, cabría preguntarse por qué lo que legitima la primera decisión no podría legitimar también las siguientes prescindiendo del «juego democrático». La respuesta no tendría que ver más que con una (razonable) decisión social por la que hemos apostado por reconocernos entre todos como interlocutores válidos en términos morales y políticos. No parece discutible que el primer eslabón de esta argumentación conduzca a la imposición de un valor de forma no democrática. Pero creo que, precisamente, la defensa de la autonormación permite paliar los déficits democráticos de todo el sistema en sus desarrollos posteriores, algo que las teorías de la heteronormación no pueden hacer, ya que solo reproducen sistemáticamente el primero de los principios (con sus ventajas, pero también con sus inconvenientes). Esta forma de ver las cosas ayuda a comprender mejor cómo en un Estado democrático un destinatario de la norma que se encontraría, dicen algunos, vinculado a ella por su contenido podría cambiarla a través del procedimiento legislativo. La postura «heteronormativa» coherente habría de llevar a «congelar» todas aquellas normas que produjeran (¿en opinión de quién?) un beneficio equitativo limitando así, aun con la mejor de las intenciones, el ámbito de lo que puede ser objeto de discusión democrática (que es, precisamente, cómo repartir beneficios y cargas).

⁹⁸ Algo que, por otra parte, admiten sin problemas sus propios defensores, que sostienen, más bien, que se trata de un parámetro de legitimación que nos permite ver cómo de lejos estamos del ideal perseguido (cuánto de fáctico y cuánto de contrafáctico hay en los presupuestos de legitimación). En este sentido, vid. MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, 2009, pp. 299 s., n. 140.

⁹⁹ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 258. Desde otra perspectiva, también concilia, en cierto sentido, la autonormación con la heteronormación SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 82-84, al describir los distintos niveles de intensidad de la condición de ciudadano, dando cabida en ellos a reflexiones procedentes de ambas propuestas teóricas.

¹⁰⁰ PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 240-265.

todo»¹⁰¹. Además, parece claro, lo ubicuo no puede disculpar¹⁰². Y lo ubicuo, por ser ubicuo, no deja de existir. Una estrategia absolutamente individualizadora debería tomarlo en consideración. Sin embargo, la propia existencia del Derecho penal (como forma de reducción de la violencia informal) debe ser también un bien a tener en cuenta.

La segunda perspectiva, no menos importante, es la axiológica: en ocasiones puede haber buenas razones para no individualizar demasiado. Una ficción igualitaria (por tanto, poco individualizadora) puede ser extraordinariamente valiosa en muchos ámbitos (por ejemplo, el derecho al sufragio). Además, individualizar no es algo que carezca de costes, conocer las condiciones de vida de una persona hasta el detalle más mínimo supone un examen de su fuero interno que puede ser sencillamente intolerable. ¿Es inocuo, por ejemplo, preguntar a alguien cuánto le condicionaron los abusos sexuales a los que fue sometido en su infancia por su padre? Por supuesto, todo esto nos remite a la inevitable tensión entre igualdad formal e igualdad material. Pero las ansias de obtener mayores dosis de igualdad material no deben hacernos perder de vista que eso tiene costes en la igualdad formal y que esta (que claro que es una abstracción que desatiende particularidades) es también, en muchas ocasiones, valiosa para los que son considerados iguales. En el ámbito que ahora nos ocupa, considerar a alguien responsable (y la imposición de una pena puede ser necesaria para que esa consideración sea tomada en serio¹⁰⁵) supone reputarlo alguien *igual* a nosotros, obviando las diferencias que haya y esto puede ser, en ocasiones, un bien extraordinariamente valioso. A veces partir de la «ficción igualitaria» contribuye a la promoción de la igualdad material. Atender, en este punto, a las diferencias del excluido social podría hacer que este no fuera entendido solamente como un «desfavorecido material», sino que fuera visto también como algo así como un «desfavorecido espiritual o moral».

3.9. Objeción a la idea de que la atenuación y la exclusión de responsabilidad pueden ser un incentivo a la solución del problema social de fondo

SILVA SÁNCHEZ ha apuntado la idea de que la atemperación del castigo del excluido podría constituir un incentivo para corregir la situación de injusticia social y económica en la que se encuentra¹⁰⁴. La idea es atractiva: para evitar esta clase de exoneraciones, el Estado trataría de enmendar el contexto que las propicia. Sin embargo, la idea no solo es atractiva, también es reversible. Podría ser, en sentido contrario, que el Estado (y la sociedad) percibiera que con esta

¹⁰¹ Defiende esta idea de modo muy convincente MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 180, cuando sostiene que «el análisis detallado del contexto motivacional que rodea cada hecho, delictivo o no, a lo que tiende es a poner de manifiesto cada vez más condicionantes y a hacer desaparecer los espacios de libertad. Porque toda explicación se produce atribuyendo los sucesos a causas, a motivos o a razones, el intento de comprender lo más completamente posible el porqué de un determinado acontecimiento indefectiblemente conduce a que cada vez más ese acontecimiento se explique como el producto de las circunstancias que lo propiciaron».

¹⁰² En este sentido, vid. PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 49 s. Al fin y al cabo, si la atribución de responsabilidad pretende discriminar al culpable del no culpable, un factor ubicuo no puede servir para distinguir a unos de otros y entorpece, pues, tal función de diferenciación, que se entiende valiosa. De modo parecido, ROBLES PLANAS, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., 2011, p. 122, señala que determinada interpretación de algunos preceptos (como el art. 20.6ª CP) «conduciría a considerar[los] como cláusulas de extrema individualización del juicio de responsabilidad que impedirían prácticamente todo castigo y, por consiguiente, implicarían la disolución del Derecho penal».

¹⁰³ PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 260 s., n. 83.

¹⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 97 s. Quizás quepa interpretar en ese mismo sentido a FUZIGER, *Del libre albedrío a la autodeterminación*, 2020, p. 291; y DA SILVA BENTES, «La aplicación del principio de la culpabilidad como instrumento de una política criminal inclusiva», *Sistema Penal Crítico*, (1), 2020, p. 213.

«pequeña solución» compensa en cierta medida la injusticia de la que determinados sujetos son víctimas ejerciendo como una suerte de «válvula de escape». Cuál de las dos direcciones de esta idea se ajusta más a la realidad es, por supuesto, difícilmente determinable; al fin y al cabo, es la tensión política frecuente a la que se enfrentan determinados problemas: arreglar «un poco» el problema puede ser correcto (y, quizás, si este arreglo tiene un coste para el Estado, puede incentivar la búsqueda de una solución más definitiva), pero resta dramatismo a una situación que seguramente lo requiera para ser más globalmente encarada. La solución a un problema grave «sin parchear» puede parecer más urgente que la de un problema grave «parcheado».

SÁNCHEZ DAFAUCE ha señalado de forma muy sugerente que «la pena y la culpabilidad cumplen una función social —latente, no explícita— de lavado moral»¹⁰⁵. Creo, por el contrario, que es la exculpación la que, en un caso como el que ahora nos ocupa, podría desempeñar esa tarea de «lavado moral», funcionando tal exculpación como una suerte de compensación postdelictiva de las injusticias que se sufrieron antes. Resulta, sin duda, moralmente engorroso castigar al excluido, pero quizás sea ese el sentimiento que debemos tener en tanto no se solucionen sus problemas más graves.

3.10. Objeción de los difusos deberes de protección del Estado

Otra cuestión que inevitablemente suscita dudas es la de cuáles son aquellos deberes sociales o de protección que ha incumplido el Estado y que, de una u otra forma, desempeñan un importante rol en las distintas argumentaciones que sostienen la necesidad de reducir el castigo del excluido. En otros términos: ¿cuáles son las prestaciones a las que el Estado estaría obligado? Como fácilmente se puede comprender, la respuesta a esta pregunta excede ampliamente lo que al Derecho penal se refiere y, por tanto, es improcedente (e injusto) criticar a los distintos autores que se han ocupado del tema su imprecisión al respecto.

Sin embargo, es necesario hacer notar una tensión insoslayable: o bien se caracterizan estos deberes de una forma extremadamente vaga y nos encontramos, entonces, ante una fórmula vacía; o bien se dota de contenido preciso a tales deberes, en cuyo caso las consideraciones al respecto se vuelven netamente políticas; o, por último, se encuentra un delicado punto medio entre ambos extremos. En cualquier caso, como han señalado ROXIN y GRECO recientemente, creo que la asimilación hecha por algunos autores entre los deberes estatales y una posición de garante del Estado (señaladamente SILVA SÁNCHEZ¹⁰⁶) no puede ser más que, en el mejor de los casos, metafórica¹⁰⁷.

Parece claro que en los casos extremos se podría llegar a un acuerdo razonable acerca del incumplimiento estatal, pero los casos extremos (por definición) son los menos y son los menos

¹⁰⁵ La cita que, por su claridad, no me resisto a reproducir por entero sigue así: «que consiste en la transformación de la injusticia social —en la medida correspondiente— en culpa del autor. El delito fija en el tiempo y en el espacio la injusticia, y sirve como elemento nuclear de la definición del mal, de modo que, al absorber la idea de lo injusto, libera al orden social de su responsabilidad por las condiciones inicuas que hayan podido participar en su origen. La declaración de culpabilidad viene a ser algo así como una prohibición de regreso. Como la prohibición de un regreso que fuese del autor a la sociedad» (SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 250).

¹⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 75-86. Lleva hasta el extremo la asimilación entre la posición del Estado y la posición de garante a efectos de la atribución de responsabilidad en un delito en comisión por omisión PÉREZ CEPEDA, en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, p. 47, que distingue supuestos en los que el Estado debería ser considerado autor por omisión y otros en los que, también por la omisión precedente, podría ser considerado cooperador necesario o cómplice.

¹⁰⁷ ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 5ª ed., 2020, § 19, nm. 74.

complicados¹⁰⁸. Para abordar la cuestión de los casos menos claros resulta ineludible contar con criterios más precisos que aquellos que actualmente se manejan¹⁰⁹. En definitiva, como señala SÁNCHEZ DAFAUCE, «las nociones de pobreza o marginación social son conceptos jurídicos indeterminados que deben perfilarse»¹¹⁰. No obstante, si eso no se ha hecho todavía (y así lo creo), los razonamientos jurídicos de los autores que se han ocupado de la materia lo han hecho sobre «conceptos jurídicos indeterminados» que están, todavía, por perfilar¹¹¹.

3.11. Objeción de quién soporta el coste de la atenuación/exoneración

También resulta problemática la cuestión de sobre quién recae el «coste» de una eventual atenuación o exoneración de responsabilidad del excluido social. Supongamos que el Estado es, en algún sentido, responsable de la exclusión de un determinado sujeto (hay buenas razones para ello) y aceptemos, en aras a la discusión, que el Estado debe, por ello, mostrarse más indulgente con sus delitos. La cuestión es que tal «indulgencia» tiene costes. Si la pena cumple una función y el Estado renuncia a ella cuando, en principio, es merecida y necesaria (renuncia por razones que tienen que ver con la responsabilidad del propio Estado), la pena incumple una tarea que debería satisfacer.

Es fácil sostener que el coste lo asume el propio Estado, pero es difícil concretar cómo lo hace (¿es un coste reputacional?, ¿político?). Más claro parece, sin embargo, que tal coste es repercutido al conjunto de la sociedad (pues es a ella a la que sirve la pena que no ha sido impuesta). TADROS lo ha visto con especial claridad y ha señalado que «en condiciones de injusticia económica, el Estado se encuentra en un dilema moral en lo relativo a la justicia penal»¹¹². El Estado puede decidir entre castigar injustamente al excluido o desproteger injustificadamente a la sociedad y las potenciales víctimas, que, además, serán en mayor medida personas también excluidas¹¹³. De este modo, y si se reconoce que (en algún sentido) el Estado

¹⁰⁸ Precisamente por ello resulta tan valioso el trabajo de COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *Journal of Applied Philosophy*, (39-1), 2021, *passim*, que pretende articular una suerte de concepto gradual de ciudadanía (no tan dicotómico como aquel con el que se suele operar en este ámbito) al que anudar distintas consecuencias jurídico-penales. La idea de dichos autores se resume bien en que «la gravedad del castigo debería ser una función (lineal) de la intensidad del grado de ciudadanía cuando todas las demás variables relevantes permanezcan iguales» (p. 9). En cualquier caso, es posible que esa concepción «estratificada» de la noción de ciudadanía tuviera ya su germen en SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 82-84, o en el reconocimiento de la dimensión gradual de la ciudadanía en CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 254-259.

¹⁰⁹ En una conversación personal, el Profesor COCA VILA apuntaba muy sugerentemente que quizás una vía de clarificación podría estar, para empezar, en distinguir los deberes jurídico-constitucionales del Estado (de los que el trabajo de TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, (3), 2016, *passim*, habría dado muy buena cuenta) y sus deberes político-morales. En cualquier caso, para el Profesor COCA, sería cuestionable que no se pudiera ya afirmar que el incumplimiento de estos últimos fuera suficiente para legitimar una rebaja penológica.

¹¹⁰ SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 263. En un sentido muy similar, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (20-21), 2006, pp. 527-532; CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 142, 168, 247; o LORCA, *Law, Culture and the Humanities*, (18-2), 2022, p. 22. En cualquier caso, como señala OTERO GONZÁLEZ, *Culpabilidad y delinquentes peligrosos*, 2021, p. 135, «aunque los autores que se han acercado a esta perspectiva, se centran principalmente en la exclusión social por motivo de pobreza, el excluido social abarca un grupo de población mucho más amplio».

¹¹¹ En cualquier caso, se debe destacar que ya se están produciendo esfuerzos en esta dirección que están procediendo a una oportuna precisión de los conceptos implicados, separando razonablemente el de «pobreza» del de «exclusión». Vid., en este sentido, BENITO SÁNCHEZ, en EL MISMO/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, pp. 149-150.

¹¹² TADROS, *The Journal of Value Inquiry*, (43), 2009, pp. 410 s.

¹¹³ TADROS, *The Journal of Value Inquiry*, (43), 2009, p. 393. Por esto mismo, en muchas ocasiones, las apelaciones genéricas a que el riesgo del delito nos lo «repartimos entre todos» no son del todo correctas. Es cierto que el

tiene un deber de protección hacia sus ciudadanos, haga lo que haga comete una injusticia. Y se trata, además, de una injusticia particularmente grave en el caso del «excluido víctima»: se le priva de bienes valiosos antes del delito y de lo bueno que le podría proporcionar después el castigo del autor.

Es cierto, y así lo han señalado, entre otros SILVA SÁNCHEZ y CIGÜELA SOLA (o el propio TADROS), que esta situación dilemática se difumina en aquellos «delitos sin víctima». Más allá de ello, sin embargo, hay dos problemas: el primero es que sigue habiendo delitos con víctimas y el segundo reside en que incluso la categoría de «delitos sin víctimas» es discutible. Sobre esto último quisiera apuntar tan solo lo siguiente: el mismo ejemplo del tráfico de drogas (como uno del que se sirven los autores citados) resulta problemático. Si estamos dispuestos a desprendernos de la «ficción jurídica» para ver cuál es la «realidad material» que se encuentra tras ella —y esta es una premisa que compartirían muchos de los autores citados en estas páginas— veremos que los delitos de tráfico de drogas (más allá de aquellos otros que inextricablemente se encuentran unidos a él) por supuesto que dejan «víctimas» (el estereotipo de «yonqui» que el lector tiene en la cabeza es una prueba muy «material» de ello); cuestión distinta es que estas víctimas no se distribuyan equitativamente entre las diversas clases sociales y espacios geográficos de nuestro país.

Es evidente que el dilema apuntado tiene una solución teóricamente sencilla: modificar las causas que nos abocan al dilema, la exclusión social y económica. Pero en tanto eso no se haga (y no parece que vaya a pasar pronto) el dilema no puede sencillamente rehuirse como una cuestión menor.

3.12. Objeción del «marginado cumplidor»

Más allá del problema del marginado como víctima nos encontramos también con el problema del «marginado cumplidor». La idea es sencilla: no todo marginado o excluido delinque. Esto, ha de quedar claro, no se debe emplear como un simplista argumento para explicar por qué el excluido es «libre» y tiene que ser castigado (las decisiones distintas de otros excluidos serían la prueba definitiva de esa libertad). Ello, principalmente, porque no estamos tratando un problema de libertad, sino, en su caso, de exigibilidad o legitimidad del Estado para castigar. Pero, con independencia de ello, es un hecho, como decía, que hay excluidos cumplidores. Si la exoneración (o atenuación) del castigo del marginado transmite un duro mensaje al «excluido víctima», tampoco es mucho más amable el que se envía al «excluido cumplidor». Este recibe lo peor de los dos mundos: su libertad es cercenada por la falta de condiciones materiales que la posibiliten y por la existencia de normas jurídicas que respeta. Si la pena tiene, como brillantemente ha señalado RODRÍGUEZ HORCAJO, entre otras, una finalidad de «refuerzo de la cooperación» mediante el mecanismo de explicar que al incumplidor se le castiga y que, por ello, el cumplidor no es ningún «tonto» por respetar el Derecho¹¹⁴, en caso de que se admitiera la exención o atenuación de la pena del marginado, indudablemente, al marginado cumplidor se le

riesgo del delito amenaza a todos, pero no amenaza a todos por igual. El autor de estas páginas (como la mayor parte de las personas que puedan leerlas) tiene un riesgo más bajo de ser víctima de delitos que otros muchos colectivos sociales. Así, la apelación genérica a que un problema se resuelva repartiéndolo entre todos a modo de lotería de desgracias pasa por alto que no todos tenemos las mismas papeletas.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, pp. 151, 242-256.

transmitiría un mensaje casi injurioso¹¹⁵. Por supuesto, se podría salvar esta objeción sosteniendo que lo que hace el «marginado cumplidor» es supererogatorio¹¹⁶. Sin embargo, tal afirmación debería ir apoyada en alguna clase de medida que mostrase que esta no es puramente retórica.

En cualquier caso, como ha dicho PAUEN¹¹⁷ (o, de un modo próximo, BEADE¹¹⁸), allá donde no hay culpabilidad (en un sentido muy amplio), tampoco hay inocencia. La declaración de culpabilidad de unos (a la que debe seguir, como decía antes, una pena para que sea «tomada en serio») es presupuesto de la declaración de inocencia de otros. La culpabilidad sirve para discriminar. Si no discriminamos, difícilmente podremos diferenciar lo supererogatorio, de lo ordinario, o de lo indebido. Al eliminar la idea del marginado culpable/responsable, eliminamos también la del marginado inocente/no responsable¹¹⁹.

3.13. Objeción de la inexistencia de una vía legal para la atenuación/exoneración

Si todas las dudas/objeciones anteriores fueran salvadas, quedaría, en cualquier caso, por aclarar cuál habría de ser la vía dogmática y legal para proceder a tal atemperación de la pena del excluido. Como se ha dicho en alguna ocasión, la exclusión social produce «irritaciones en todos los niveles de la teoría del delito»¹²⁰. Prescindiendo ahora de la cuestión de la eventual justificación de la conducta del excluido (debate cuyos límites y posibilidades han sido

¹¹⁵ Esto, probablemente, acabaría por desembocar en una suerte de «efecto llamada» al delito, que, como explica MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (20-21), 2006, p. 553, parece difícilmente evitable cuando se produce la exención de responsabilidad de alguien como consecuencia de su vulnerable posición económica, habida cuenta de las muchas personas que se encuentran en situaciones de esa clase (y ello con independencia de cuánto peso se deba otorgar a este «efecto llamada» en la decisión que se deba tomar). Por el contrario, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 217, considera que se sobredimensiona este riesgo. En cualquier caso, sostiene después, asumiendo de algún modo la importancia del potencial «efecto llamada», que se da la paradoja de que «los Estados más excluyentes son a la vez los Estados más frágiles y desintegrados, y en esa misma medida son los que menos pueden asumir el riesgo de renunciar a la punición allá donde se producen delitos en contextos marginales», mientras que los Estados que menos necesitarían la renuncia al castigo tendrían más posibilidades de llevarla a cabo (p. 249). Vid., también, para profundizar en la posición contraria a la toma en consideración de los efectos de carácter preventivo-general de esta clase en sede de justificación, MOLINA BLÁZQUEZ, «Necesidad y Derecho penal: el hurto famélico, los “correos de la coca” y la ocupación pacífica de inmuebles», en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, 2020, p. 130.

¹¹⁶ Apunta en esta dirección SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 95, n. 238.

¹¹⁷ PAUEN, «Keine Unschuld ohne Schuldbegriff», en ROTH/HUBIG/BAMBERGER (eds.), *Schuld und Strafe. Neue Fragen*, 2012, p. 77.

¹¹⁸ BEADE, *Isonomía*, (47), 2017, p. 142.

¹¹⁹ Se podrá responder que, en puridad, no se elimina la idea del «marginado responsable», sino simplemente la del «marginado al que se puede hacer responsable»; lo que, por las razones antes expuestas, sería algo sustancialmente distinto. Sin embargo, si la distinción entre inimputabilidad e inexigibilidad tiene, como sospecho, escasa relevancia en el plano de la comunicación social (son entendidas por la comunidad de modo sustancialmente idéntico), menos relevancia habrían de tener las diferencias que tienen lugar dentro de cada una de estas categorías (en el caso que nos ocupa, la diferencia entre que algo «sea exigible» y que algo «pueda ser exigido precisamente por X»).

¹²⁰ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 19. En un sentido parecido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (20-21), 2006, p. 525. En todo caso, ello no nos debe hacer olvidar, como oportunamente alerta OLLÉ SESÉ, en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, pp. 122-140, que estas dificultades de tratamiento del sujeto excluido y las tensiones que conllevan se encuentran también muy presentes en el ámbito del Derecho procesal (entre otros campos, esto se evidencia con particular intensidad, por ejemplo, en el de la adopción de medidas cautelares).

perfectamente esbozados, entre otros, por MARTÍNEZ ESCAMILLA¹²¹ y, recientemente, por COCA VILA¹²²) o de la posible concurrencia de un error de prohibición¹²³, abordaré la cuestión de cuáles han sido las vías ofrecidas en sede de culpabilidad y/o exigibilidad.

Para empezar, se han propuesto posibilidades que apelan directamente a la inimputabilidad del excluido¹²⁴. Pero por el alto riesgo de estigmatización que esta solución comporta (y que ha sido explicado antes) no me detendré en ella ahora.

Resultan interesantes las propuestas que parecen haber triunfado a nivel comparado de establecer circunstancias atenuantes expresas que apelen a la delicada situación socioeconómica del autor. Recogen circunstancias de este tipo los códigos penales de Argentina (art. 41.2), Colombia (art. 56), México (art. 52.V), Paraguay (art. 65.2º.6), Perú (art. 45.I) o Portugal (art.

¹²¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (20-21), 2006, *passim*. Se pueden encontrar argumentaciones también muy interesantes al respecto en MOLINA BLÁZQUEZ, en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, 2020, *passim*, y VELÁZQUEZ VIOQUE, «Justificación, exculpación y ejecución de la pena en consideración a situaciones de exclusión social: marginados y marco penal concreto», en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ, (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, 2020, *passim*.

¹²² COCA VILA, «On the Necessity Defense in a Democratic Welfare State: Leaving Pandora's Box Ajar», *Criminal Lay and Philosophy*, 2023, *passim*, realiza una contribución de inestimable valor acerca de cuál es el ámbito de aplicación real del estado de necesidad (en las modalidades justificante y exculpante) en sociedades, como la nuestra, que constituyen estados democráticos (por lo que la solución al conflicto concreto suele venir decidida de antemano por un legislador democrático) y de bienestar (por lo que las situaciones de graves privaciones materiales suelen contar con cauces predeterminados que pretenden paliarlas). Vid., también, COCA VILA, «Ocupación pacífica de vivienda en estado de necesidad. Una crítica desde los postulados democrático-legalistas», 2023, en prensa, donde señala que «en el marco de un sistema jurídico democrático el estado de necesidad agresivo no puede ser concebido como una herramienta judicial para enmendar la plana a un legislador incapaz o contrario a configurar un derecho pleno a la vivienda en consonancia con las demandas del *Zeitgeist* contemporáneo». Y es que, en palabras de este mismo autor en tal trabajo, «la interpretación del estado de necesidad como una herramienta de cambio social transformadora de un Derecho positivo injusto supone, pues, un insostenible desafío al principio de legitimación democrática». Todo esto, en cualquier caso, partiendo de que «la estricta primacía del canal institucionalizado vale siempre y cuando el procedimiento funcione adecuadamente, esto es, cuando responda a la voluntad legislativa que lo sustente. Cuando no sea el caso, el apartamiento del canal procedimental por parte del particular ya no puede ser visto como un acto de arrogancia cívica y, por ende, podría justificarse en estado de necesidad agresivo». Todo ello dejando a un lado los eventuales supuestos de exculpación, a los que reconoce un mayor campo aplicativo.

¹²³ Vid., por ejemplo, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 302-306. Probablemente sea esta la vía más razonable para casos de exclusión severa, dado que permitiría conjugar la rebaja punitiva con un bajo riesgo de estigmatización.

¹²⁴ SÁNCHEZ DAFUICE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 260, n. 396, por ejemplo, propone la aplicación de la eximente incompleta (art. 21.1ª CP) en relación con la eximente de alteración de la percepción desde el nacimiento o la infancia (art. 20.3ª CP). De manera más detallada, BENITO SÁNCHEZ, en EL MISMO/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, *passim*, propone aplicar en estos casos (siempre que concurren determinados requisitos) esa misma eximente de alteración en la percepción (art. 20.3ª CP). Así, sostiene que «la aplicación de esa eximente a delitos cometidos en un contexto de exclusión social es, por ello, uno de los retos de la teoría del delito en la actualidad. En este trabajo se defiende la idea de que los déficits socioculturales también pueden colocar al sujeto en una situación de aislamiento respecto del resto de la sociedad, y esa incomunicación sociocultural puede tener como consecuencia, precisamente, una carencia en el acceso al conocimiento de los valores que subyacen a las normas penales» (p. 161). Igualmente, de modo detallado y tras un sugerente estudio de esta circunstancia eximente, ha sostenido OBREGÓN GARCÍA, «La exclusión social en la determinación de la pena: aplicabilidad de la eximente de alteraciones en la percepción (art. 20.3 CP) y de otras alternativas», en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, 2020, p. 99, que «la vaguedad de algunos de los diferentes elementos utilizados por el legislador en el art. 20.3 CP faculta para encajar hipotéticamente en su ámbito algunos supuestos en los que la exclusión social influye en la capacidad del sujeto para cobrar conciencia de la realidad. Pero (...) ese encaje se lleva a cabo forzada, parcial e insuficientemente».

71.2.d)¹²⁵. Así, a mero título de ejemplo dispone el art. 41.2 CP argentino que de cara a la determinación de la pena se tomará en consideración «la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos». El Código penal colombiano establece, por su parte, que verá reducida su pena «el que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad»¹²⁶. FUZIGER ha propuesto introducir una circunstancia de esta clase en el ordenamiento español¹²⁷.

Todo ello conecta con la que, en mi opinión (y al margen del error de prohibición), probablemente sea la sede más adecuada (o la que menos complicaciones genera) para abordar el problema: la determinación judicial de la pena¹²⁸. En este punto me remito a lo explicado por CÁMARA ARROYO en cuanto a las posibilidades de este expediente y también de sus limitaciones¹²⁹. Se podrá discutir acerca de si este recurso es insuficiente¹³⁰, pero lo que parece claro es que puede evitar algunos de los problemas que generan los otros y que permite incluir «algo» de justicia social en la respuesta punitiva que se adopta finalmente.

¹²⁵ Vid., para un somero análisis de todos estos preceptos, FUZIGER, *Del libre albedrío a la autodeterminación*, 2020, pp. 361-367.

¹²⁶ Aunque el tenor literal se pudiera prestar a equívocos, lo cierto es que, según LUNA HERNÁNDEZ, «Marginalidad en el Código penal colombiano. Contexto de análisis y reflexiones de pandemia», *Nuevo Foro Penal*, (97), 2021, p. 154, «es uniforme la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al considerar el artículo 56 del CP como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal y no como eximente». En cualquier caso, incide esta misma autora en que existe una «carencia de desarrollo dogmático sobre la circunstancia de marginalidad extrema y su tratamiento jurídico penal en el contexto colombiano, teniendo en cuenta que no existe delimitación de su ámbito de configuración en la jurisprudencia nacional» (p. 143).

¹²⁷ FUZIGER, *Del libre albedrío a la autodeterminación*, 2020, p. 397. También lo han hecho, aunque sin desarrollar tanto la propuesta, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 345; PÉREZ CEPEDA, en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, p. 67; OLLÉ SESÉ, en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, p. 121, que sostiene la posibilidad, entre tanto, de aplicar la circunstancia atenuante analógica (art. 21.7ª CP). Vid., sobre la posibilidad técnicamente más correcta de articular una atenuación analógica de esta naturaleza, PUENTE RODRÍGUEZ, «Puertas abiertas por el reconocimiento expreso de la atenuación por dilaciones indebidas: cuasiprescripción y exclusión social», 2023, en prensa.

¹²⁸ Conviene recordar en este punto, con BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 33, que la determinación judicial de la pena es solo uno de los estadios o fases por los que ha de pasar la concreción del específico castigo que se impondrá a un sujeto. Así, una visión más integral habría de abordar también los momentos de determinación legal, administrativa (penitenciaria), constitucional y gubernativa de la pena. Aunque seguramente sería interesante valorar también cuál sería el impacto razonable de la exclusión social en estas otras fases (particularmente en sede de ejecución penitenciaria), ello excedería con mucho el propósito de este trabajo.

¹²⁹ CÁMARA ARROYO, *ADPCP*, (68), 2015, *passim*.

¹³⁰ Así, entre otros, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 345; OBREGÓN GARCÍA, en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, 2020, pp. 103 s. Parece, en todo caso, que sería preciso distinguir las posibilidades de individualización de la pena en casos de exclusión social en atención a la concreta clase de pena de la que hablemos. De este modo, parece que, en principio, la determinación de la pena de multa (en su modalidad de días-multa) sería más abierta a esta suerte de consideraciones, habida cuenta de que el art. 50.5 CP se remite expresamente a la situación económica del penado. Sin embargo, lo cierto es que, como señala VELÁZQUEZ VIOQUE, en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, 2020, pp. 159 s., las dificultades probatorias sobre la capacidad económica del penado hacen que los órganos judiciales tiendan a la imposición de la cuota mínima con demasiada frecuencia, lo que comporta un tratamiento homogéneo de sujetos con capacidades económicas notoriamente diferentes.

En los últimos tiempos parece, sin embargo, que la vía preferente ha sido la de acudir a una suerte de causa suprallegal de inexigibilidad¹³¹. Para estas concepciones, en tales casos, en palabras de SILVA SÁNCHEZ: «de lo que se trata fundamentalmente es de efectuar un juicio jurídico-político sobre la pretensión del Estado —sólo del Estado— de exigirle al agente una conducta distinta. El agente, en efecto, puede ser culpable, pero un Estado dado, con déficits institucionales tan relevantes, no le podría “exigir el comportamiento adecuado a Derecho”. Ello muestra, en definitiva, que el Estado no siempre puede exigir el cumplimiento de las normas a sujetos dotados de capacidad de culpabilidad»¹³². Para SEELMANN, por su parte, nos encontraríamos, en un sentido parecido, ante un supuesto de «dispersión de la responsabilidad» como consecuencia de estar ante un caso de «corresponsabilidad de la instancia de imputación»¹³³. CIGÜELA SOLA apunta a que la sistematización de la excusa del excluido social podría encontrar en sede de exigibilidad un buen acomodo¹³⁴. En este sentido, propone lo que denomina una «inexigibilidad bipartita»: inexigibilidad que podría tener lugar en atención al sujeto imputado, pero también a la instancia de imputación¹³⁵. Para el segundo de los casos, el que más trascendencia puede tener en el supuesto del excluido social, «el sujeto tenía la posibilidad de comportarse conforme a la norma, lo que ocurre es que la instancia de imputación no puede exigirselo legítimamente»¹³⁶. También ha abogado recientemente por una exención de esta naturaleza PÉREZ CEPEDA¹³⁷.

Sean estas construcciones más o menos asumibles (en la medida en que puedan despejar satisfactoriamente el resto de objeciones planteadas), lo cierto es que una exención de esta clase carecería de base legal (por varias razones no cabrían bajo el concepto de «miedo insuperable» por mucho que se normativizara este¹³⁸). No tiene sentido detenerse ahora en la discusión acerca de la difícil cuestión de si la doctrina (o, más bien, la jurisprudencia) tiene legitimidad para crear causas de impunidad allá donde el legislador no se ha pronunciado al respecto y la tensión entre tal posibilidad (amparada, en su caso, por la idea de justicia material) y el principio democrático. Pero resulta preciso dejar apuntada la cuestión¹³⁹.

¹³¹ De este modo, un relevante sector doctrinal ha reaccionado, en buena medida, a la advertencia que hiciera ROBLES PLANAS, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., 2011, p. 121, de que «el principal problema que presenta el pensamiento de la inexigibilidad es su concreción mediante criterios materiales que doten de certeza a su campo de aplicación práctica», ofreciendo argumentaciones muy depuradas al respecto que han permitido seguir avanzando en la discusión.

¹³² SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 110.

¹³³ SEELMANN, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 222 s.

¹³⁴ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 323.

¹³⁵ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 329-337.

¹³⁶ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 332.

¹³⁷ PÉREZ CEPEDA, en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, 2022, p. 66.

¹³⁸ El propio CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 331, rechaza recurrir a él para los casos de inexigibilidad por razón de la instancia de imputación.

¹³⁹ Vid., a este respecto, el sintético (pero ilustrativo) resumen de la cuestión de ROBLES PLANAS, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., 2011, pp. 119 s. En cualquier caso, conviene tener presente que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español reconoce desde hace tiempo (sin que la doctrina haya reparado suficientemente en ello) una causa suprallegal de exclusión de responsabilidad y de la que ya se ha hecho mención puntualmente en este trabajo: el delito provocado (cuyo anclaje legal, si lo tiene, no ha sido suficientemente concretado por los tribunales).

3.14. Objeción a la intervención alternativa sobre el marginado

Con independencia de cuál sea la vía legal por la que se opte para matizar o descartar la pena que se pudiera imponer a un excluido social quedaría por aclarar la cuestión de cuál habría de ser la intervención alternativa. Aunque el problema sería más discutible en relación con aquellos que proponen una mera disminución de la pena, parece claro que, si lo que se defiende es su completa exclusión, es preciso incorporar alguna otra reacción frente al suceso. Si se me permite la frivolidad, como es lógico, nadie propone que frente al delito del excluido social se actúe como si no hubiera pasado nada.

En tales casos, resulta trascendental responder a la pregunta de que, si no corresponde aplicar una pena (o no aplicarla plenamente), ¿entonces qué? Antes de profundizar en las distintas respuestas que se han ofrecido, conviene detenerse brevemente en una idea: la pena no es necesariamente la reacción más lesiva que el ordenamiento jurídico puede suministrar a un sujeto. Concebirlo de otro modo supone pasar por alto el enorme auge que en el último siglo han experimentado otras respuestas jurídicas como el tratamiento psiquiátrico coactivo, determinadas medidas de seguridad o algunas sanciones administrativas¹⁴⁰. Si se comparte lo dicho (por ejemplo, que no es necesariamente preferible el internamiento en un centro psiquiátrico que el cumplimiento de algunas penas de prisión), se deberá convenir, lógicamente, en que no siempre va a ser mejor la alternativa que la pena a la que reemplaza. Adicionalmente, y como hace tiempo señalaba SILVA SÁNCHEZ, existe una cierta paradoja en los procesos de desformalización de la resolución de conflictos¹⁴¹. La idea, ahora muy resumida, es que precisamente porque la pena es un mal tan grave se encuentra acompañada de mayores garantías, mientras que otras reacciones que no cuentan con tan «mala fama» se hallan menos constreñidas jurídicamente. Renunciar a la pena implica también renunciar a las garantías que le acompañan.

Resulta esencial, entonces, concretar cuáles son las alternativas propuestas a la pena para saber si verdaderamente con ellas se mejorará la condición de los excluidos sociales o si, por el contrario, involuntariamente, se les va a hacer todavía de peor condición.

Una primera observación al respecto es que este problema es llamativamente obviado por buena parte de los autores que se han ocupado del tema, algo que podría denotar una cierta despreocupación y falta de verdadero compromiso con la situación del excluido social. No obstante, algunos otros sí que han tratado esta cuestión en mayor o menor detalle. SILVA SÁNCHEZ, por ejemplo, al responder a la pregunta de «qué tratamiento dispensar al indigente que comete un hecho prohibido del que el Estado no puede hacerle penalmente responsable», ha esbozado (brevemente) su propuesta¹⁴². La idea, condensada ahora, sería que, en principio, deberían adoptarse medidas destinadas a la «neutralización de la eventual peligrosidad del autor», pero, habida cuenta del contexto de este y de que los delitos por los que podría ser exonerado en la construcción que ofrece SILVA SÁNCHEZ no serían especialmente graves, parecería que la reacción se debería asemejar más a «las medidas protectoras del Derecho civil para sujetos menores de catorce años»¹⁴³. Sin embargo, como al autor citado no le parece razonable «aplicar

¹⁴⁰ Vid., sobre todo ello, PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 266-281, 353-382.

¹⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 400-401.

¹⁴² SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 111.

¹⁴³ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 111.

una consecuencia sin reproche y orientada a la protección social cuando sucede que la fuente del problema se halla en el propio contexto social», el Estado «no puede ir más allá de la manifestación simbólica de su injusto culpable», a la que habrían de seguir «las correspondientes medidas de intervención en el entorno social que pusieran fin, poco a poco, al contexto de desprotección»¹⁴⁴. Con independencia del riesgo (no menor) de que a una intervención que pudiera parecer insuficiente respondiera alguna clase de violencia informal, lo cierto es que la reacción jurídica parece ambigua y poco precisa, pues bajo la etiqueta «medidas de intervención en el entorno social» caben demasiadas cosas.

Este mismo déficit se aprecia en la propuesta de CIGÜELA SOLA, para quien en los casos en los que se excluye la exigibilidad de la conducta (el grueso de aquellos de los que se ocupa) no se debe sostener que no proceda respuesta jurídica alguna. En sus propias palabras: «precisamente estos casos demandan más que ningún otro la búsqueda de alternativas de solución al conflicto, destinadas simultáneamente a reparar el daño y a incluir al autor del delito en la sociedad de la que había sido injustamente excluido»¹⁴⁵. De nuevo, de forma muy somera, se plantea una intervención alternativa que apenas queda detallada. De manera más precisa (y, seguramente por ello, más difícilmente aceptable) defiende SÁNCHEZ DAFAUCE la «progresiva conversión del contenido resocializador de la pena en una medida de seguridad correctora del déficit de socialización que el infractor soporta en parte como consecuencia de la incompetencia del Estado»¹⁴⁶. Esta solución resulta poco aceptable porque (con independencia de la estigmatización que con ella se genera¹⁴⁷ y que ya ha sido señalada) no parece clara la ganancia desde una perspectiva material (potencialmente una misma restricción de derechos, o incluso una superior, más invasiva) y sí la pérdida en términos de garantías¹⁴⁸.

En cualquier caso, las propuestas esbozadas adolecen, en mi opinión, de una cierta imprecisión y vaguedad. Si se comparte conmigo que la pena no será siempre la peor reacción posible, será necesario detallar la alternativa propuesta para poder valorar si esta mejora la situación del excluido o, por el contrario, paradójicamente la empeora.

3.15. Objeción a la oposición entre un Derecho penal politizado y uno pretendidamente apolítico

Una última duda debe ser expuesta. Esta servirá, a su vez, como corolario de todas las anteriores. A veces da la impresión de que los defensores de la exclusión o disminución del castigo del excluido simplifican en exceso la perspectiva de quienes se oponen a ello; en cierto sentido, construyen también un «hombre de paja». Me refiero ahora a la idea que a veces se pretende

¹⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, p. 111.

¹⁴⁵ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 340.

¹⁴⁶ SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 260.

¹⁴⁷ Y que se ve claramente potenciada por aquellos que entienden que «la educación es, sin duda, una de las herramientas más importantes para la erradicación de la criminalidad (...) una vez el individuo adquiere conocimientos y cultura, la probabilidad de participar en ciertos tipos de crímenes es mínima o escasa» (DA SILVA BENTES, *Sistema Penal Crítico*, [1], 2020, p. 216).

¹⁴⁸ En este sentido, señalan COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *Journal of Applied Philosophy*, (39-1), 2021, p. 58, que una amplia aplicación de medidas de corte preventivo a aquellas personas con respecto de las que se predica un déficit de ciudadanía puede comportar una relevante disminución de las garantías con las que cuentan. Con independencia de esto último, probablemente se podrían extrapolar a este ámbito, además (y siempre con las oportunas matizaciones), las críticas que CASTILLO ARA, *Normbefolgungsunfähigkeit im Strafrecht*, 2019, pp. 169-171, 207-208, ha dirigido, por su dudosa legitimidad, a la posibilidad de imponer determinadas medidas de seguridad al «autor de delitos culturalmente condicionado».

transmitir de que los primeros aprecian el carácter «político» del Derecho penal como herramienta más o menos sofisticada y más o menos brutal de control social, mientras que los segundos no perciben la naturaleza política que se esconde tras el ropaje «técnico» del Derecho penal. Creo que eso es una sobresimplificación. Desde luego, la inmensa mayoría de autores reconocen hoy esta realidad «política» y solo unos pocos de entre aquellos que consideran el Derecho como una «ciencia» podrían merecer tal reproche.

Defiende CIGÜELA SOLA que «el sistema jurídico es suficientemente reflexivo y autónomo como para no tener que verse obligado a reproducir de modo ciego las contradicciones que se originan en otros ámbitos como el económico o el político»¹⁴⁹, destacando el carácter presuntamente «ciego» de quien se opone a su planteamiento. SÁNCHEZ DAFUCE, por su parte, ha sostenido que «un ordenamiento no es neutral por el hecho de no reflejar un problema, sino por el hecho de no reflejar un problema que no existe»¹⁵⁰, y sugiere así que quien se oponga a su solución se esconde tras una pretensión de neutralidad. Este último autor ha manifestado también, a mi modo de ver equivocadamente, que «absolutamente todo producto jurídico encierra la tensión entre orden y progreso»¹⁵¹. No lo comparto. Creo, por el contrario, que todo producto jurídico encierra la tensión, eso sí, entre «orden» y «desorden». Pero no considero que sea correcto equiparar, como tácitamente hace el autor, «desorden» con «progreso». Esta comprensión obedecería, así lo creo, a una concepción excesivamente lineal del progreso en la que el «orden» solo frena el «avance», obviando que se opone también al «retroceso». El «orden» (la formalización de la resolución de conflictos) solo puede ser considerado un avance o un retroceso en atención a cuál sea la alternativa a la que sustituya, que no será siempre la misma.

En definitiva, creo que el conflicto académico no divide a los contendientes entre unos (que admiten la naturaleza política del Derecho y «consecuentemente» [¿?] la atemperación del castigo del excluido) y otros (con pretensiones de neutralidad, que cierran los ojos ante un grave problema de injusticia social). Eso es una caricatura. Por el contrario, el conflicto puede tener lugar entre dos formas distintas de ver «lo político» (y no necesariamente entre una visión «progresista» y una visión «liberal-salvaje»). Puede haber buenas razones (jurídicas y «políticas») para entender que el recurso a las construcciones que en estas páginas han sido puestas en tela de juicio no son la estrategia más prometedora para contribuir a la solución de un grave problema de justicia social. He tratado de demostrarlo con la exposición de algunas de las dudas que han antecedido a esta y no creo que dichas objeciones encierren pretensión de neutralidad alguna o que cierren los ojos ante una determinada realidad, sino que miran también a otros sitios.

4. Conclusión

En las páginas anteriores he tratado de ofrecer, del modo más sintético posible, algunas de las dudas que me suscitan los diversos intentos que se han llevado a cabo para justificar la atenuación o completa exclusión de la pena del marginado social. Todas estas objeciones no tienen la misma trascendencia, ni alcanzan a todas las construcciones por igual. Sin embargo, creo que suministrar una explicación satisfactoria a las cuestiones planteadas debería ser necesario para poder asumir cualquiera de las distintas propuestas que se han ofrecido en los últimos años de un modo pleno.

¹⁴⁹ CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 118-119. Desarrolla algo la idea en p. 339.

¹⁵⁰ SÁNCHEZ DAFUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 239. En sentido parecido también las pp. 250, 255.

¹⁵¹ SÁNCHEZ DAFUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 255.

La triste idea que, en el fondo, albergo es que el sistema penal es endiablado y tiene una réplica para cada movimiento humanitario de la doctrina: si se excluye la responsabilidad, se estigmatiza al sujeto; si se sustituye la pena, la alternativa resulta peor; si se protege al excluido autor de delitos, se desprotege al excluido que es víctima de ellos; etc.

Todo ello, en el fondo, es lógico. Al fin y al cabo, el Derecho penal es solo una pequeña parte de los mecanismos de represión social y ha de servir a la sociedad de la que trae causa. Si esta sociedad es profundamente injusta, profundamente injustos serán los productos de «su» Derecho penal; este no es más que una herramienta social. Por ello, al querer modificar dicha herramienta (tratando de que sirva a otras causas), se la desnaturaliza y se producen consecuencias difícilmente soportables. El margen que tiene el Derecho penal para contravenir la sociedad en la que se enmarca es extremadamente pequeño. Probablemente, prescindiendo de la eventual justificación y el posible error de prohibición, las vías más propicias sean las de la despenalización de determinadas conductas¹⁵² (que se enfrenta, en cualquier caso, al riesgo de generar una respuesta social informal o una respuesta jurídica formal más lesiva que el propio castigo, como he señalado) y la determinación judicial de la pena.

Esto, sin duda, genera una «mala conciencia» con la que el penalista, práctico o teórico, ha de lidiar¹⁵³. No tenemos, creo, una alternativa mejor que el castigo. Pero eso ha de llevarnos, como en otro contexto dijera ENGISCH, a sostener, al menos, que «¡nada de arrogancia moral!»¹⁵⁴. El castigo en estos casos es un mal, pero es el mal menor. Mi trabajo no ha de ser leído como una petición de «mano dura» frente al excluido, sino, más bien, como una discrepancia estratégica acerca de cómo podemos reducir el dolor que sufren los que siempre sufren.

Sin embargo, no debe verse esto como una claudicación¹⁵⁵. Más bien al contrario. Tratar de enmendar el Derecho penal para hacer frente a las críticas que desde hace bastante tiempo se le hacen desde muy diversas perspectivas¹⁵⁶ supone relativizar el valor de estas críticas y conformarse con un (aparente) menor grado de injusticia, reduciendo esta hasta límites tolerables. Si creemos, por el contrario, en la verdad que se esconde tras tales críticas, no queda más remedio que asumir que un Derecho penal muy distinto no es posible en una sociedad como

¹⁵² En un sentido parecido, también OBREGÓN GARCÍA, en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, 2020, p. 101, considera la vía de aplicar un error de prohibición en algunos de estos supuestos como «la que adquiere más probabilidades de prosperar». Vid., por otro lado, sobre posibles vías de reducción de la presión punitiva que soporta el excluido social, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 352-356.

¹⁵³ Discuto, así, que tenga toda la razón CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, p. 237, cuando ha defendido que «la teoría de la pena debe incorporar las condiciones sociales, tan a menudo injustas, en las que el sistema penal y sus diferentes agentes operan, de lo contrario sólo servirán para tranquilizar conciencias y llenar bibliotecas». Considero, por el contrario, que el introducir «pequeños correctivos» desde el Derecho penal es, precisamente, lo que apacigua nuestra conciencia en lo que a una situación de manifiesta injusticia social se refiere. No es en absoluto necesario que al desconfiar de las posibilidades del Derecho penal en este punto se mantenga la conciencia limpia. En cualquier caso, el reto es demasiado importante como para que la «conciencia» de los penalistas, en realidad, importe gran cosa.

¹⁵⁴ ENGISCH, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, 2006, p. 125.

¹⁵⁵ Discrepo, pues, en cierto sentido, de CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 120-121, quien sostiene que no buscar una solución al problema al que se han dedicado estas páginas dentro del propio sistema jurídico y externalizarlo «como un “problema puramente político”, no supone sino una claudicación ante la crítica vertida por Rousseau, Marx o Foucault contra el derecho como ideología». Probablemente ello sea cierto. Pero, a la inversa, al pretender rechazar unas críticas que antes se han considerado valiosas y que se dirigían precisamente a evitarlo, sucede que se encubre el Derecho como ideología. Una crítica no puede ser cierta y refutada. Claudicar ante la crítica es reconocerle su valor y buscar otras vías de solución. Refutarlas es rechazar su verdad.

¹⁵⁶ Vid., especialmente, CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 75-105.

la nuestra. La mejora de la justicia social vendrá (en su caso) por una mejora del Estado social, no por la vía de lentas mejoras incrementales del Derecho penal. No supone este enfoque, pues, una claudicación, sino una reorientación del problema.

En cualquier caso, ojalá esté equivocado y leyendo las futuras contribuciones que puedan aportarse al debate me convenza de que el Derecho penal tiene también un papel aquí. Si mis reparos en algo ayudan en la tarea de perfeccionar dichas construcciones, estaré más que satisfecho. Uno sería mucho más feliz contribuyendo en esa línea que con la sensación amarga de poner palos en las ruedas a los intentos de progreso social. Ojalá, en definitiva, que alguien responda a la pregunta más importante: ¿qué hacer?

5. Bibliografía

BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

BEADE/LORCA, «¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social», *Isonomía*, (47), 2017, pp. 135 ss.

BENITO SÁNCHEZ, «La alteración de la percepción: ¿eximente para delitos cometidos en contextos de exclusión social?», en EL MISMO/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 147 ss.

CÁMARA ARROYO, «Justicia Social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (68), 2015, pp. 237 ss.

CANCIO MELIÁ, «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ (eds.), *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2006, pp. 85 ss.

CASTELLVÍ MONSERRAT, «Hipocresía, comunidad y complicidad: sobre la legitimidad del Estado para castigar a los excluidos sociales», 2023, en prensa.

———, *Provocar y castigar. El agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

CASTILLO ARA, *Normbefolgungsunfähigkeit im Strafrecht. Eine vergleichende Analyse des deutschen und des US-amerikanischen Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019.

CIGÜELA SOLA, «Reconocimiento, delito y pena: de Hegel a Honneth», *Política Criminal*, (15-19), 2020, pp. 221 ss.

———, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

COCA VILA, «On the Necessity Defense in a Democratic Welfare State: Leaving Pandora's Box Ajar», *Criminal Law and Philosophy*, 2023.

———, «Ocupación pacífica de vivienda en estado de necesidad. Una crítica desde los postulados democrático-legalistas», 2023, en prensa.

———, «Our “Barbarians” at the Gate: On the Undercriminalized Citizenship Deprivation as a Counterterrorism Tool», *Criminal Law and Philosophy*, (14), 2020, pp. 149-167.

COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, «A Criminal Law for Semicitizens», *Journal of Applied Philosophy*, (39-1), 2021, pp. 56 ss.

DA SILVA BENTES, «La aplicación del principio de la coculpabilidad como instrumento de una política criminal inclusiva», *Sistema Penal Crítico*, (1), 2020, pp. 209 ss.

DORADO MONTERO, *Problemas de Derecho penal, Tomo I*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1895.

DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

ENGISCH, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, 2006.

FUZIGER, *Del libre albedrío a la autodeterminación: hacia una nueva fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal*, Ratio Legis, Salamanca, 2020.

HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Nicolaischen Buchhandlung, Berlin, 1821.

HORMAZÁBAL MALARÉE, «Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad», en JORGE BARREIRO (ed.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 493 ss.

IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, «El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal: una revisión crítica», *InDret*, (1), 2021, pp. 228 ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, Iustel, Madrid, 2021.

LORCA, «Punishing the Poor and the Limits of Legality», *Law, Culture and the Humanities*, (18-2) 2022, pp. 424-443.

LUNA HERNÁNDEZ, «Marginalidad en el Código penal colombiano. Contexto de análisis y reflexiones de pandemia», *Nuevo Foro Penal*, (97), 2021, pp. 141 ss.

MAÑALICH RAFFO, «Las dimensiones de la culpabilidad jurídico-penal», en MARAVER GÓMEZ/POZUELO PÉREZ (coords.), *La culpabilidad*, BdeF, Buenos Aires, 2019, pp. 201 ss.

———, «Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena», en KINDHÄUSER/MAÑALICH RAFFO (eds.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. 29 ss.

———, «Determinismo, autonomía y responsabilidad penal», en KINDHÄUSER/MAÑALICH RAFFO (eds.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. 181 ss.

MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los “correos de la cocaína” y el Tribunal Supremo español», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (20-21), 2006, pp. 513 ss.

MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MOLINA BLÁZQUEZ, «Necesidad y Derecho penal: el hurto famélico, los “correos de la coca” y la ocupación pacífica de inmuebles», en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 109 ss.

MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad. Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

NEUBACHER/BÖGELEIN, «¿Criminalidad de los pobres-criminalización de la pobreza? Análisis de dos conceptos recalitrantes», *Sistema Penal Crítico*, (1), 2020, pp. 43 ss.

OBREGÓN GARCÍA, «La exclusión social en la determinación de la pena: aplicabilidad de la eximente de alteraciones en la percepción (art. 20.3 CP) y de otras alternativas», en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 83 ss.

OLLÉ SESÉ, «El acusado víctima de aporofobia: culpabilidad y proceso penal», en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 107 ss.

OTERO GONZÁLEZ, *Culpabilidad y delincuentes peligrosos: las medidas de seguridad postpenitenciarias como respuesta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

PANTALEÓN DÍAZ, «Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?», *Diario La Ley*, (9773), 2021, pp. 1 ss.

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 ss.

PAREDES CASTAÑÓN, «Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social», *Revista Penal*, (48), 2021, pp. 132 ss.

PAUEN, «Keine Unschuld ohne Schuldbegriff», en ROTH/HUBIG/BAMBERGER (eds.), *Schuld und Strafe. Neue Fragen*, C. H. Beck, München, 2012, pp. 77 ss.

PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 17 ss.

PÉREZ CEPEDA, «Aporofobia y Derecho penal en el Estado Social», en BENITO SÁNCHEZ/GIL NOBAJAS (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 41 ss.

PUENTE RODRÍGUEZ, «Puertas abiertas por el reconocimiento expreso de la atenuación por dilaciones indebidas: cuasiprescripción y exclusión social», 2023, en prensa.

———, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

———, «Inmigración y delincuencia: medias mentiras frente a medias verdades», *Sistema Penal Crítico*, (1), 2020, pp. 165 ss.

RIVERA LÓPEZ, «Castigo penal, injusticia social y autoridad moral», *Análisis Filosófico*, (35), 2015, pp. 167 ss.

ROBINSON, «Are We Responsible for Who We Are? The Challenge for Criminal Law Theory in the Defenses of Coercive Indoctrination and “Rotten Social Background”», *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, (2), 2011, pp. 53 ss.

ROBLES PLANAS, «Caso del *Leinenfänger*», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2011, pp. 111 ss.

RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2020.

SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SEELMANN, «La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 213 ss.

SILVA SÁNCHEZ, «La dimensión ético-política de la discusión sobre las normas de conducta», en DE VICENTE MARTÍNEZ/GÓMEZ INIESTA/MARTÍN LÓPEZ/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/NIETO MARTÍN, (eds.), *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero*, v. I, BOE, Madrid, 2021, pp. 703 ss.

———, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

———, «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal», en FERNÁNDEZ TERUELO/GONZÁLEZ TASCÓN/VILLA SIEIRO (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, pp. 715 ss.

———, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2010.

TADROS, «Poverty and Criminal Responsibility», *The Journal of Value Inquiry*, (43), 2009, pp. 391 ss.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, (3), 2016, pp. 1 ss.

VELÁZQUEZ VIOQUE, «Justificación, exculpación y ejecución de la pena en consideración a situaciones de exclusión social: marginados y marco penal concreto», en BENITO SÁNCHEZ/GÓMEZ LANZ (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 143 ss.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2006.

Emociones y exceso en la legítima defensa en el derecho penal alemán

Una propuesta desde las teorías evaluativas de las emociones

Sumario

-
La regla alemana de exceso en la legítima defensa (§ 33 StGB) deja sin castigo a quien sobrepasa los límites de una defensa permisible ante una agresión antijurídica si, y solo si, el agredido actuó por confusión, miedo o susto. Esto es explicado usualmente del siguiente modo: el ordenamiento jurídico muestra entendimiento ante las emociones asténicas (o tendentes a la debilidad) de quien no ha provocado el conflicto. En este trabajo se pondrá en duda esta explicación y se propondrá una perspectiva diferente, basada en la filosofía contemporánea de las emociones.

Abstract

-
The German regulation of excessive self-defense (§ 33 StGB) allows the person who exceeds the limits of permissible self-defense against an unlawful aggression to go unpunished if she has acted out of confusion, fear or fright. This is usually explained as follows: the legal system shows understanding for the asthenic (or prone to weakness) emotions of someone who did not provoke the conflict. This paper challenges this explanation and proposes a different perspective based on the modern philosophy of emotions.

Zusammenfassung

-
Die deutsche Regelung des Notwehrexzesses (§ 33 StGB) lässt denjenigen straffrei, der die Grenzen der zulässigen Notwehr gegen einen rechtswidrigen Angriff überschreitet, wenn der Angegriffene aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken gehandelt hat. Dies wird in der Regel wie folgt erklärt: Die Rechtsordnung zeigt Verständnis für die asthenischen (oder zur Schwäche neigenden) Affekte von jemandem, der den Konflikt nicht provoziert hat. In diesem Beitrag wird diese Erklärung in Frage gestellt und eine andere auf der modernen Philosophie der Emotionen basierende Perspektive vorgeschlagen.

Title: *Emotions and excessive self-defense in the German Criminal Code*

Titel: *Emotionen und Notwehrexzess im deutschen Strafgesetzbuch*

-
Palabras clave: *exceso en la legítima defensa, filosofía de las emociones, causas de exculpación, experimentos mentales*

Keywords: *excessive self-defense, philosophy of emotions, excuses, thought experiments*

Stichwörter: *Notwehrexzess, Philosophie der Gefühle, Entschuldigungsgründe, Gedankenexperimente*

-
DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.09

Recepción
15/10/2022

-

Aceptación
16/02/2023

-

Índice

-

1. Bosquejo del problema

2. La opinión dominante en Alemania: exculpación según el § 33 StGB solo ante emociones asténicas

3. Crítica a la opinión dominante

3.1. Sobreinclusión e infrainclusión

3.2. Sobre la interpretación de Spindel

3.3. Los casos de conjunto de motivos

4. Propuesta de solución

4.1. Punto de partida: rechazo a las tesis naturalistas-psicológicas sobre la *ratio* del § 33 StGB

4.2. Concretización de filosofía del derecho: teorías evaluativas de las emociones


4.3. Propuestas *de lege lata* y *de lege ferenda*

4.4. Posibles objeciones

5. Conclusión y aportes para Iberoamérica

6. Bibliografía

-

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

1. Bosquejo del problema*

La regla del § 33 del Código Penal alemán (StGB) sobre exceso en la legítima defensa no es nueva, ni una particularidad del derecho penal alemán: no solo la redacción actual es prácticamente idéntica a la del Código Penal del Reich (RStGB)¹, sino que pueden encontrarse disposiciones similares fuera de Alemania². Esto ha dado lugar a que la discusión sobre esta figura jurídica ya sea histórica y se extienda por los siglos, pero aun así numerosos problemas de interpretación y aplicación del derecho siguen abiertos³. Incluso los fundamentos mismos de esta figura jurídica se encuentran, en mayor o menor medida, discutidos⁴, lo que ha dado lugar a la conocida frase de ROXIN de que se trata del caso más oscuro de comportamientos típicos y antijurídicos que el Derecho penal alemán deja sin castigo⁵.

No obstante, también parecería haber acuerdo respecto de ciertas cuestiones de la regulación del § 33 StGB, sobre las que poco se discute en la actualidad en Alemania. Esta contribución se centrará en uno de estos aspectos supuestamente indiscutibles del exceso a la legítima defensa, dado que, como señaló en su momento GARDNER⁶, las ideas dominantes merecen un escrutinio más estricto que las controvertidas, por el mero hecho de que en general pasan desapercibidas sin más. En particular, se problematizará la idea de la opinión dominante de que el § 33 StGB,

* Autor de contacto: Leandro Dias, Asistente Científico y Doctorando de la Universidad de Würzburg (Julius-Maximilians-Universität Würzburg). E-mail: leandroalberto.diasleston@uni-wuerzburg.de. El texto se ha enriquecido notablemente gracias a los comentarios críticos de Federico Abal, Mercedes Cavallo, Alejandro Chehtman, Ivó Coca Vila, Francisco Fernández Perales, Marcelo Ferrante, Luís Greco, Anette Grünwald, Marcelo Lerman, Eduardo Rivera López, Marcelo Sancinetti, Hugo Soares, Lucía Solavagione, Lucila Tuñón, Luciano Venezia, Alejandra Verde, Frank Zieschang y Patricia Ziffer, así como de las intervenciones de los participantes del *Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar* de Luís Greco (Humboldt-Universität zu Berlin) del 4 de noviembre de 2021. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación UBACyT “Sobre el cuestionamiento a la distinción entre ilícito y culpabilidad en la obra de Michael Pawlik. Análisis de las consecuencias dogmáticas de la renuncia a un concepto de ilícito independiente” (Código: 20020190100143BA), dirigido por el Prof. Dr. Marcelo Lerman.

¹ Véase § 53 párr. 3 StGB redacción anterior: «El sobrepaso de la legítima defensa no es punible si el autor procedió más allá de los límites de la defensa en estado de consternación, miedo o susto» [«*Die Überschreitung der Nothwehr ist nicht strafbar, wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Vertheidigung hinausgegangen ist*»]. Sobre la historia legislativa de la regulación actual ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, pp. 659 ss.

² Es posible encontrar regulaciones similares (aunque con algunas diferencias significativas) en China (§ 20 párr. 2 Código Penal chino), Austria (§ 3 párr. 2 Código Penal austríaco), Paraguay (art. 24 Código Penal paraguayo) o Suiza (art. 16 párr. 2 Código Penal suizo). Sobre la regulación como «eximente incompleta» (art. 21.1 Código Penal español) y Argentina (art. 35 Código Penal argentino), véase *infra* V. Para un breve panorama de derecho comparado, véase DUBBER/HÖRNLE, *Criminal Law: A Comparative Approach*, 2014, pp. 417 ss. Véase también LEHNEMANN, *Die Notwehrüberschreitungen nach geltendem und zukünftigem deutschen Recht, sowie nach holländischem, dänischem, österreichischem, italienischem und schweizerischem Recht*, 1935, *passim*, para un análisis de derecho comparado respecto de las disposiciones vigentes en la década del treinta del siglo pasado y sus fuentes.

³ Sobre los problemas que todavía están abiertos, solamente MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, pp. 18 ss.; ZIMMERMANN, «Der Notwehrexzess im Völkerstrafrecht. Dogmatische Grundfragen und die Rechtslage unter dem VStGB», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (10-1), 2015, p. 57. Para un panorama sobre el estado de la discusión en los años previos a la reforma, véase FISCHER, *Die straflose Notwehrüberschreitung. Voraussetzungen, Rechtsnatur und analoge Anwendung des § 53 Abs. 3 StGB*, 1971, *passim*. Sobre el trasfondo de historia de las ideas DIEDERICH, *Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses*, 2001, pp. 5 ss.

⁴ Cf. FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 2019, § 4, nm. 59. Véase *infra* 4.1.

⁵ ROXIN, «Über den Notwehrexzess», en GRÜNWARD (ed.), *FS-Schaffstein*, 1975, p. 105. Similar sobre la discusión china XUAN, «Notwehrexzess: Von einer Erfolgs- zu einer Handlungsperspektive», en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 363.

⁶ GARDNER, *From Personal Life to Private Law*, 2018, pp. 189 ss. Véase también DEMPSEY, «John Gardner, in memoriam», *Criminal Law and Philosophy*, (14-1), 2020, pp. 3 ss.

al mencionar que el exceso debe haberse producido «por confusión, miedo o susto» [«*aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken*»], solo abarca, y solo debería abarcar, a las llamadas emociones asténicas (hacia la debilidad)⁷, pero no al menos ciertas emociones esténicas (hacia la fuerza)⁸. Y se brindará una interpretación novedosa, no desarrollada en detalle en la discusión científica hasta ahora: que se debe abandonar esta distinción y reemplazarla por una valoración ético-social de las emociones que generan un exceso, de modo que solo las emociones que tendría una persona razonable en la situación del autor puedan exculpar la conducta.

Para eso se procederá de la siguiente forma. Primero, se desarrollará la ya mencionada opinión absolutamente dominante sobre el tema (apartado II). Segundo, a partir de experimentos mentales⁹ se mostrarán los resultados incompatibles con nuestras intuiciones, o con el «sentimiento de justicia»¹⁰, que genera esta interpretación que limita la exculpación del § 33 StGB solo a excesos en la legítima defensa por emociones asténicas (apartado III). Tercero, se propondrá una solución, tanto *de lege lata*, como *de lege ferenda*, que procederá en varios pasos: se tomará postura a favor de las teorías normativas sobre la *ratio* de la impunidad del exceso en la legítima defensa; con ayuda de la filosofía del derecho se concretizarán esas teorías con criterios basados en las llamadas concepciones evaluativas de las emociones; y se propondrá tanto el abandono de la distinción entre emociones asténicas y esténicas, como su reemplazo por un análisis ético-social de la acción emocional excesiva (apartado IV). Finalmente, se brindará una breve conclusión sobre el tema, en la que se destacarán los aportes que el análisis puede brindar para el tratamiento de la cuestión en legislaciones iberoamericanas parcialmente distintas a la alemana (apartado V).

Como aclaración preliminar debe señalarse que solamente se abordarán casos de exceso intensivo (no de excesos en el tiempo, esto es, defensas anteriores o posterior en el tiempo a la agresión) en la legítima defensa que no generan grandes problemas adicionales: constelaciones en las que el autor en legítima defensa realiza una acción defensiva, no buscada de antemano,

⁷ Sobre esta terminología ZABEL, «Affekt und Strafrecht. Thesen zur Theorie und Dogmatik des Notwehrexzesses, § 33 StGB», en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, pp. 354 ss.

⁸ Según ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 57, habría «consenso» al respecto. Véase también ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 75-76 («acuerdo»). Para más referencias, *infra* II.

⁹ Sobre la importancia de los experimentos mentales para la ciencia del derecho, DOMÉNECH-PASCUAL, «Thought Experiments in Law», *Law and Method*, (2), 2021, pp. 7 ss. Una exposición detallada del tema, desde un punto de vista filosófico, puede ser encontrado en BERTRAM, *Philosophische Gedankenexperimente. Ein Lese- und Studienbuch*, 3ª ed., 2018, pp. 26 ss. También en el tratamiento del exceso en la legítima defensa es usual el uso de experimentos mentales a partir de casos hipotéticos. Véase solamente BERSTER, «Der subjektive Exzess der Notwehr und Putativnotwehr», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (163-1), 2016, pp. 41, 45 ss.; MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, pp. 19 ss.

¹⁰ El sentimiento de justicia no debe entenderse aquí como una disposición individual de quien debe aplicar el derecho, sino como un acervo de concepciones sociales de las normas que es externo a las construcciones específicas del derecho y que permite examinar la justicia de dichas construcciones. Cf. CHRISTOPH, «Die (un)mögliche Messung des allgemeinen Rechtsgefühls», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (103-1), 2020, pp. 58 ss.; NEUMANN, «Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (99-4), 1987, p. 590, nota 90; STRENG, «Rechtsgefühl und Vorverschulden – Zur Bedeutung von Freiheitsintuition und Gerechtigkeitsgefühl für die Schuldformalisierung», en BÖSE/SCHUMANN/TOEPEL (eds.), *FS-Kindhäuser*, 2019, pp. 502 ss. Para una crítica de la utilización del sentimiento de justicia en la ciencia jurídica, desde la perspectiva del racionalismo crítico ENGLÄNDER, «Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz», en HILGENDORF (ed.), *Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften*, 2017, pp. 122 ss.

contra el agresor que conscientemente va más allá de lo necesario para repeler la agresión antijurídica real¹¹, como el siguiente:

«Pánico nocturno»: A está caminando por la noche por un parque oscuro en una zona en la que usualmente se cometen hechos violentos. B, un ladrón de la zona, se le acerca repentinamente y le exige a A que le entregue la billetera, porque de lo contrario lo «molerá a palos». A entra en pánico por la situación de confrontación y decide golpear a B con un palo en la cabeza, lo que le produce una fractura de cráneo, y a pesar de que podría haberlo golpeado en lugares no vitales para repeler la agresión, con la misma perspectiva de éxito.

El proceder a partir de un supuesto más o menos estable en la discusión permitirá concentrar la atención en el problema a tratar, esto es, en la distinción entre emociones asténicas y esténicas, sin distracciones. Una vez que esté aclarado el tema, las conclusiones podrán extrapolarse, *mutatis mutandis*, a otros supuestos de sobrepasos de la legítima defensa. Además, en todos los casos se intentará mantener una «cierta» proporcionalidad en la reacción, en el sentido de una relativa equivalencia entre el posible daño a los bienes de la víctima de la agresión y el daño a los bienes del agresor que resulta apto para repeler la agresión. Por eso en los casos en los que se presenta una agresión a la propiedad, esta será complementada con una amenaza (condicional) a la integridad corporal y a la libertad¹². La razón de ello se vincula a que el requisito de «proporcionalidad» en la defensa, considerado históricamente ajeno al derecho «filoso» de legítima defensa en Alemania¹³, actualmente está discutido¹⁴, lo que también genera problemas para el tratamiento de excesos¹⁵ que aquí serán dejados de lado. Por último, el uso de doctrina jurídica estará limitado en gran medida a la discusión alemana referida al § 33 StGB, para evitar eventuales interferencias vinculadas al distinto texto de las reglas jurídicas de otros ordenamientos. De todos modos, en la última sección aparecerán referencias a fuentes de habla hispana, para demostrar la relevancia de la discusión para el derecho penal iberoamericano.

¹¹ Cf. sobre la conceptualización del exceso intensivo y del extensivo ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 84; ZIESCHANG, «Entschuldigungs- und Strafausschließungsgründe», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 45 nm. 20 ss., con múltiples referencias.

¹² Sobre las amenazas condicionales, en especial en relación con agresiones inmediatas a la propiedad, y los problemas de proporcionalidad que generan, véase solamente LANG, «Defensive Escalations», *The Journal of Ethics*, (26-2), 2022, pp. 286 ss.; MCMAHAN, «War as Self-Defense», *Ethics & International Affairs*, (18-1), 2004, pp. 77 ss.; ØVERLAND, «Conditional Threats», *Journal of Moral Philosophy*, (7-3), 2010, pp. 338 ss.; RODIN, *War and Self-Defense*, 2002, pp. 133 ss.; STEINHOFF, «Rodin on Self-Defense and the “Myth” of National Self-Defense: A Refutation», *Philosophia*, (41-4), 2013, pp. 1020 ss.; VENEZIA, «Locke on Conditional Threats», *The Southern Journal of Philosophy*, (60-4), 2022, pp. 705 ss.

¹³ Para un tratamiento reciente de la cuestión ENGLÄNDER, «Zur Begründung der Notwehr im deutschen Strafrecht: überindividualistisch, dualistisch oder individualistisch?», en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA (eds.), *FS-Marcelo Sancinetti*, 2020, pp. 297 ss.; GRECO, «Notwehr und Proportionalität», *GA*, (165-12), 2018, pp. 666 ss.; GRÜNEWALD, «Notwehreinschränkung – insbesondere bei provoziertem Angriff», *ZStW*, (122-1), 2010, pp. 59 ss.; WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, pp. 336 ss., todos con múltiples referencias adicionales.

¹⁴ Esta discusión, actualmente casi inabarcable por fuera de un trabajo monográfico, es sintetizada adecuadamente en sus lineamientos generales en GRECO, *GA*, (165-12), 2018, pp. 668 ss.

¹⁵ Véase, por todos, ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 13; MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, pp. 91 ss.

2. La opinión dominante en Alemania: exculpación según el § 33 StGB solo ante emociones asténicas

El § 33 StGB establece de forma lacónica¹⁶ lo siguiente: «Si el autor excede los límites de la legítima defensa, por confusión, miedo o susto, no será penado» [*«Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft»*]. Ya del tenor literal¹⁷ de la disposición se desprende que en «ciertos» casos de superación de límites de la legítima defensa es posible que el autor quede impune en Alemania, a pesar de que en principio su conducta resultaría antijurídica por traspasar los límites de lo autorizado por el derecho de legítima defensa conforme el § 32 StGB¹⁸. Se trata de los casos en los que el exceso se encuentra al menos co-causado por alguno de los tres supuestos específicos de estados internos excepcionales, a saber, confusión, miedo o susto¹⁹. Una pregunta que surge, y ha surgido históricamente, es por qué se produce esta enumeración taxativa²⁰ y no se abarcan otros estados internos que también podrían, al menos en principio, colocar al excedente en una situación emocional excepcional, como la ira o el odio.

Para ofrecer una fundamentación completa de por qué la decisión adoptada por el legislador es correcta probablemente sea necesario hacer alguna clase de conexión con la *ratio* del § 33 StGB, lo que se abordará más adelante. Pero como explicación usual en la doctrina hoy en día se encuentra absolutamente difundida la distinción entre emociones asténicas y esténicas²¹. Las emociones asténicas serían los impulsos emocionales que producirían una limitación dirigida hacia la debilidad de la capacidad de actuar y de controlarse²². En cambio, las emociones esténicas serían aquellas que también afectarían las capacidades del autor, pero a través de

¹⁶ Similares ZABEL, en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 353; ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 57.

¹⁷ Véase ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, nm. 2.

¹⁸ KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 9ª ed., 2022, § 33, nm. 2. Véase también FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 2019, § 4, nm. 59; GROPP/SINN, *Strafrecht AT*, 5ª ed. 2020, § 6, nm. 157; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 359: «Atribuirle el comportamiento del autor únicamente a la situación en la que se encontraba solo es posible con respecto a las medidas que cualquier otra persona en la posición del autor habría considerado necesarias e imperiosas para afrontarlas. En cambio, en el contexto del exceso intensivo en la legítima defensa, se trata de intervenciones por encima de este umbral».

¹⁹ Véase solamente WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 699; ZIESCHANG, *Strafrecht AT*, 6ª ed., 2020, nm. 370. Esta es hoy en día la opinión dominante: basta con que uno de estos estados emocionales haya causado la superación de los límites de la legítima defensa y no hace falta que sea el único motivo. Sin embargo, en casos de «conjunto de motivos» se discute el alcance de esa co-causación en los detalles. En detalle, al respecto *infra* III.3.

²⁰ Cf. FISCHER, *Die straflose Notwehrüberschreitung*, 1971, p. 39; HAUCK, *AnwaltKommentar-StGB*, 3ª ed., 2020, § 33, nm. 7; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 21. Probablemente también HEGHMANN, «Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe», *Ad Legendum*, (2), 2015, p. 100.

²¹ ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 10 s.; FISCHER, *StGB*, 69ª ed., 2022, § 33, nm. 3 s.; FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 2019, § 4, nm. 59; FRISTER, *Strafrecht AT*, 9ª ed., 2020, 6. Kapitel, nm. 39; GROPP/SINN, *Strafrecht AT*, 5ª ed., 2020, § 6, nm. 168; HOYER, *SK-StGB*, t. I, 9ª ed., 2017, § 33, nm 6; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1991, § 20, nm. 29; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 21; PERRON/EISELE, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 33, nm. 3; ROSENAU, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 33, nm. 7 ss.; RENGIER, *Strafrecht AT*, 13ª ed., 2021, § 27, nm. 22; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 69; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 699; ZIESCHANG, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 45, nm. 23.

²² ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 10; GROPP/SINN, *Strafrecht AT*, 5ª ed., 2020, § 6, nm. 168; ROSENAU, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 33, nm. 7; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 69; ZABEL, en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 354; ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, nm. 24; EL MISMO, *Strafrecht AT*, 6ª ed., 2020, nm. 370; EL MISMO, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 45, nm. 24.

impulsos agresivos tendentes al incremento de la fuerza, como las ya mencionadas ira u odio²³. Según esta interpretación, el legislador, al tomar la decisión respecto de qué emociones permitirían exculpar al excedente, habría establecido con su enumeración que solamente las primeras podrían dar lugar a la aplicación de la regla del § 33 StGB²⁴.

Antes de seguir con el análisis, es necesario dejar en claro que se habla de exculpación o disculpa, porque esa es la opinión dominante sobre la clasificación sistemática del exceso en la legítima defensa en el sistema de la teoría del delito²⁵. Esta es una decisión teórica, no estrictamente legal, dado que el tenor literal de la disposición no es decisivo en este aspecto, en virtud de la formulación relativamente neutral utilizada («no será penado» [*so wird er nicht bestraft*])²⁶. Y, de hecho, existe un debate al respecto, que se ha limitado en los últimos tiempos a la disputa sobre si se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad, de la pena, o una presunción sobre casos de error²⁷. Este debate clasificatorio en principio obliga a asumir una determinada postura en la cuestión decisiva que aquí será analizada, esto es, sobre si la decisión de interpretar que solo las emociones asténicas están, y deberían estar, incluidas en la regla del § 33 StGB es correcta, o no. En todo caso, en la medida en que esta problemática guarda una estricta relación con la *ratio* de la impunidad por exceso en la legítima defensa²⁸, sí puede haber alguna vinculación con el tema que aquí se plantea, pero para eso es necesario primero tomar postura sobre los fundamentos de esta figura jurídica.

Pero en la literatura usual no se suele hacer una conexión tan profunda, sino que suelen aparecer algunas explicaciones relativamente independientes del resto de los problemas teóricos y de las «estructuras profundas»²⁹ de la disposición. En particular, puede leerse en la opinión dominante que solo los impulsos emocionales hacia la debilidad permitirían hablar de

²³ ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 10; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 21; ROSENAU, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 33, nm. 8; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 69; ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, nm. 24; EL MISMO, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 45, nm. 23; ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 57.

²⁴ Cf. solo HOYER, *SK-StGB*, t. I, 9ª ed., 2017, § 33, nm. 6; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 21; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 77.

²⁵ Véase, *pars pro toto* DUTTGE, *GS-StGB*, 5ª ed., 2022, § 33, nm. 1; ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 1; ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33, nm. 1; GROPP/SINN, *Strafrecht AT*, 5ª ed., 2020, § 6, nm. 158; HOYER, *SK-StGB*, t. I, 9ª ed., 2017, § 33, nm. 1; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 4; KÜHL, *Strafrecht AT*, 8ª ed., 2017, § 12, nm. 128; PERRON/EISELE, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 33, nm. 2; RENGIER, *Strafrecht AT*, 13ª ed., 2021, § 27, nm. 1; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 698; ZIESCHANG, *Strafrecht AT*, 6ª ed., 2020, nm. 362.

²⁶ Cf. ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 1; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 68; ZABEL, en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 353.

²⁷ Véase, al respecto, solo ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33, nm. 1 ss.; FRISTER, *Strafrecht AT*, 9ª ed., 2020, 16. Kap., nm. 39 ss.; ZIESCHANG, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 45, nm. 4 ss. En idioma español, véase además la opinión de BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2ª ed. 2016, p. 471, quien considera a los casos de exceso intensivo como errores relevantes sobre la «virtualidad lesiva del procedimiento defensivo elegido». Sobre esta última postura, así como de otras que buscan el fundamento de las reglas de exceso en criterios generales (por ejemplo, reglas sobre error o sobre incapacidad de culpabilidad), véase la crítica de SCHMIDHÄUSER en *infra* nota al pie 142 y texto principal.

²⁸ Sobre la distinción entre la *ratio* (o fundamentos teóricos) de la figuración jurídica y su clasificación sistemática en la teoría del delito, con acierto KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 4 ss.: «Más bien hay que seguir la opinión dominante en la literatura y en la jurisprudencia actual, que ve una causa de exculpación en el § 33. Sin embargo, hay diferencias en cuanto a la *ratio* de esta atenuación por exceso».

²⁹ Sobre esta terminología GRECO, *GA*, (165-12), 2018, p. 672; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 21 ss.; ZABEL, *Schuldtypisierung als Begriffsanalyse*, 2007, p. 318 y *passim*.

una ausencia de necesidad de castigo, que sí estaría presente en las emociones esténicas⁵⁰. Las emociones asténicas serían demostrativas de una situación excepcional de debilidad emocional del excedente, que sería vista por el legislador como una reacción comprensible frente a un conflicto (en ocasiones incluso vital) imputable principalmente al agresor inicial⁵¹. En este contexto, a través del § 33 StGB, el ordenamiento jurídico expresaría lenidad frente al acto antijurídico de quien se defiende excesivamente y lo disculparía, lo que parecería por demás razonable en casos arquetípicos como el ya mencionado «Pánico nocturno». Supóngase que en efecto el pánico que le produjo la situación fue lo que causó que *A* tomase la decisión consciente de excederse en la reacción defensiva. Parecería que ese acto ilícito, por encima de lo permitido por el derecho de legítima defensa, es tan excepcional que no luciría adecuado castigar a *A*, y aparece entonces el § 33 StGB para disculpar al autor.

No obstante, no podría decirse lo mismo respecto de los casos usuales de emociones esténicas, en los que sería evidente la necesidad de negar de una exculpación. Piénsese en casos como el siguiente:

«Ira en el pub»: *A* está tomando unas cervezas en un pub con unos amigos. Sin embargo, su enemigo *B*, absolutamente enojado, se acerca y comienza a insultarlo. Eventualmente, *B* está a punto de tirarle una trompada a *A*. *A* podría simplemente repeler la agresión contraatacando con una trompada al mentón de *B*. Sin embargo, por la ira que le produce que *B* lo haya atacado «de la nada», decide agarrar un vaso de cerveza y partírselo en la cabeza, lo que le produce a *B* una lesión grave en el cráneo.

Esta clase de excesos por reacciones violentas no serían disculpables para la opinión estándar, ya que esa emoción hacia la fuerza no solo no se presentaría como comprensible, sino que sería apta para poner en tela de juicio la paz jurídica, indicaría cierto peligro de desviaciones futuras respecto del comportamiento debido que harían necesaria una pena con fines preventivos, etc. El § 33 StGB sería sensible a esta cuestión y permitiría resolver adecuadamente el caso, ya que *A* no habría actuado por confusión, miedo o susto, sino por ira. Dado que la ira, al igual que otras emociones no mencionadas, como el odio, tienden hacia la fuerza, y no hacia la debilidad, se puede hablar de una emoción esténica, generalizar la conclusión y señalar que la disposición excluye a esta clase de emociones del ámbito de lo disculpable. Por tanto, *A* podría ser punible por lesiones corporales, si se cumplen los demás requisitos legales.

Estas consideraciones permiten elaborar teóricamente, en principio, la idea de la opinión dominante de que la distinción entre emociones asténicas y esténicas está detrás de la enumeración de emociones brindada por el § 33 StGB. De todos modos, vale preguntarse si existen casos en los que esta distinción, simple y aparentemente convincente, da lugar a resultados contrarios a nuestro sentimiento de justicia, ya sea por dejar fuera del alcance de la exculpación casos de emociones esténicas que deberían ser exculpadas, o por disculpar casos que deberían ser castigados. Esta cuestión se abordará en el siguiente apartado.

⁵⁰ Cf. DUTTGE, *GS-StGB*, 5ª ed., 2022, § 33, nm. 13; ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33, nm. 21; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1991, § 20, nm. 29; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 77; ROSENAU, «Der Notwehrexzess», en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 231.

⁵¹ Cf. HOYER, *SK-StGB*, t. I, 9ª ed., 2017, § 33, nm. 3, con referencias adicionales; ROSENAU, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 231.

3. Crítica a la opinión dominante

3.1. Sobreinclusión e infrainclusión

Una forma de criticar a la opinión dominante es imaginar casos de «sobreinclusión»³², es decir, supuestos en los cuales la regla, tal como ha sido interpretada por la concepción dominante, abarcaría casos que no debería abarcar, según intuiciones bien ponderadas de justicia. Y no es difícil imaginar ejemplos de esta clase. Piénsese en una reformulación relativamente libre del conocido caso «Goetz»³³, ocurrido en 1984 en Nueva York:

«Miedo racista»: A está esperando su tren por la noche en una estación de metro en la que suelen producirse robos. De repente, el joven africano B se acerca subrepticamente a A y le exige la entrega de su billetera o «lo molerá a palos». A tiene mucho miedo, dado que considera que las personas africanas son naturalmente agresivas y homicidas. Por eso saca un arma de fuego y le dispara al pecho a B, a pesar de que haciendo un disparo de advertencia o, en todo caso, disparándole a una zona menos riesgosa podría haber evitado la agresión. B sufre lesiones que ponen en peligro su vida.

Casos de esta índole, sin duda, no son un mero experimento mental o caso de laboratorio, sino que pueden ocurrir en las sociedades occidentales actuales en las que, en mayor o menor medida, el racismo es un grave problema³⁴. Y probablemente no sea una buena idea ser condescendiente con quien se excede en sus facultades de legítima defensa solo en virtud de su racismo³⁵, por más que eso haya desencadenado una emoción asténica como el miedo. Sin embargo, una regla como la del § 33 StGB debería dar lugar a esa impunidad.

³² Esta terminología proviene de la discusión de filosofía del derecho anglosajona. Véase solamente ALEXANDER/SHERWIN, *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, 2001, p. 103; DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018, p. 64; GREEN, «Legal Moralism, Overinclusive Offenses, and the Problem of Wrongfulness Conflation», *Criminal Law and Philosophy*, (14-3), 2020, pp. 418 ss.; MIHAL, «Responding to the over-inclusiveness objection to Hart's theory of law: a causal approach», *Jurisprudence*, (12-2), 2021, pp. 175 ss.; SCHAUER, *Playing by the Rules Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, 1991, pp. 31 ss.; SHAPIRO, *Legality*, 2011, p. 8; SUNSTEIN, «Problems with Rules», *California Law Review*, (83-4), 1995, pp. 992 ss.; TAMANAHA, *A Realistic Theory of Law*, 2017, pp. 38 ss. No obstante, en los últimos años también ha sido utilizada de forma relativamente frecuente en la discusión alemana e iberoamericana. Cf. COUPETTE, *Juristische Netzwerkforschung*, 2019, p. 33; MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Guía InDret Penal de la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales: Un análisis empírico y dogmático», *InDret*, (2), 2009, p. 9; MONTIEL, «Cazando el mito del positivismo diabólico y del formalismo ingenuo en el Derecho penal», *InDret*, (1), 2011, p. 10; OSTERLOH-KONRAD, *Die Steuerumgehung*, 2019, p. 609; PERALTA, «Chantage als Ausbeutung – Über das Unrecht der bedingten Androhung erlaubter Taten», *ZStW*, (124-4), 2012, p. 891; RAMÍREZ LUDEÑA, «La irrelevancia de la violencia en el delito de coacciones», *InDret*, (3), 2021, p. 350.

³³ Court of Appeals of New York, *People v Goetz*, 68 NY2d 96. Véase FLETCHER, *Notwehr als Verbrechen. Der U-Bahn-Fall Goetz*, 1993, *passim*.

³⁴ Sobre el problema del racismo desde una perspectiva jurídica, véase recientemente BARSKANMAZ, *Recht und Rassismus*, 2019, pp. 27 ss.; LIEBSCHER, *Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus*, 2021, pp. 26 ss. Para un panorama de la llamada «Critical Race Theory» DELGADO/STEFANCIC, *Critical Race Theory: An Introduction*, 3ª ed., 2017, pp. 3 ss. Véase también HERSHOVITZ, *Nasty, Brutish, and Short*, 2022, pp. 161 ss.; WOLFF, *An Introduction to Moral Philosophy*, 2ª ed., 2020, pp. 339 ss.

³⁵ Téngase en cuenta que aquí se construye el caso de modo tal que el exceso se produce «solo» a causa del racismo del autor. Y asúmase que, en efecto, el autor es un racista reconocido. Las cosas podrían ser más difíciles en la realidad y seguramente lo sean, en especial en casos en los que la emoción pueda ser explicada, al menos parcialmente, a partir de ciertas valoraciones en algún sentido «inconscientes» del autor. Pero para resolver esos problemas específicos primero es necesario aislar el problema y descubrir cuáles son las intuiciones de justicia en casos hipotéticos «puros».

Es cierto que probablemente este caso de sobreinclusión no le sea imputable a la opinión dominante en la materia. En particular, los juristas trabajan, y deben trabajar, con el material jurídico disponible y, cuando se trata de disposiciones legales, no pueden exceder el límite del tenor literal en contra del imputado³⁶, por las limitaciones del *nullum crimen sine lege*. Por eso, en casos como «Miedo racista» no sería posible negarle en Alemania la exculpación a *A* de conformidad al § 33 StGB, dado que se cumplirían todos los requisitos de la disposición y una limitación adicional iría en contra de la prohibición de analogía. Pero incluso si *de lege lata* la solución de este caso tiene que ser la concesión de la exculpación, eso no convierte al ejemplo en menos problemático. Por el contrario, muestra que la regulación actual da lugar a casos contraintuitivos a causa de su sobreinclusión, y que resulta necesario discutir el problema teórico, para eventualmente proponer una reforma legislativa. Y eso es suficiente para poner de relieve que este aspecto del § 33 StGB no está asentado en un terreno tan firme como parecía en un principio.

Los problemas de *nullum crimen sine lege* no aparecen con una segunda posible crítica a la regulación vigente y la opinión dominante sobre su interpretación, dado que se centrará en una ampliación de la impunidad a favor del autor. Así como es posible pensar en casos en los que la regulación (tal como es interpretada usualmente) obliga a exculpar a alguien que no debería ser exculpado, también son imaginables constelaciones en las que se le debería negar la exculpación a quien la merecería según el sentimiento de justicia. Se trata, entonces, del problema inverso al anterior, esto es, de «infrainclusión»³⁷. En particular, algunos casos de emociones estéticas podrían ser dignos de una exculpación, como el siguiente:

«Ira justificada»: *A* llega a su casa y encuentra a *B* semidesnudo, arriba de su hijo *C*, intentando violarlo. *A* tiene un ataque de ira y en un arrebato violento agarra un bate de béisbol y golpea fuertemente a *B* en la cabeza, para evitar la agresión sexual, lo que le produce a *B* una fractura de cráneo. Por su fuerza física, *A* podría tranquilamente haber golpeado a *B* en una zona menos delicada, o incluso haberlo superado físicamente sin mayores problemas.

Es cierto que *A* se excedió en su reacción contra *B*. Una reacción furibunda, característica de una emoción estética, parecería no obstante ser absolutamente comprensible. En ese sentido, la situación de encontrar a un hijo a punto de ser agredido sexualmente es tan excepcional y dolorosa, que sin dudas la reacción emocional orientada a la fuerza debería ser excusable. Probablemente, tampoco haya que temer una repetición de hechos violentos por parte de *A*, ni se pueda decir que se ha apartado de su rol de buen ciudadano que debe contribuir a la paz jurídica³⁸. Incluso se podría decir que «no» tener una emoción estética en esta situación sería un indicador de algún problema de socialización o de falta de apego por un familiar menor de edad a punto de sufrir una agresión especialmente traumática³⁹. Empero, el § 33 StGB (nuevamente: según la interpretación dominante) no permitiría ni siquiera discutir la

³⁶ *Pars pro toto* FISCHER, *StGB*, 69ª ed., 2022, § 1, nm. 21; HECKER, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 1, nm. 54 ss.; HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 2022, § 1, nm. 30; NESTLER, «Die Auslegung von Straftatbeständen: Auslegungsmethoden und Methodik der Auslegung», *Juristische Ausbildung*, (40-6), 2018, p. 69; RENGIER, *Strafrecht AT*, 13ª ed., 2021, § 5, nm. 31; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 5, nm. 28; DANNECKER/SCHUHR, *LK-StGB*, t. I, 13ª ed., 2019, § 1, nm. 38, 111, 238 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 80. Desde una perspectiva crítica, solamente KUBICIEL, *Die Wissenschaft Vom Besonderen Teil des Strafrechts. Ihre Aufgaben, Ihre Methoden*, 2013, pp. 31 ss., con referencias adicionales.

³⁷ Cf. solamente COUPETTE, *Juristische Netzwerkforschung*, 2019, p. 33, nota al pie 95.

³⁸ Sobre la relación entre la paz jurídica y el § 33 StGB, véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 359 ss.

³⁹ Véase también KAHAN/NUSSBAUM, «Two Conceptions of Emotion in Criminal Law», *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 294.

posibilidad de exculpar a A en esta situación, dado que no habría actuado motivado por «confusión, miedo o susto», esto es, por una emoción asténica. Y una aplicación analógica de la regla a estos casos no es defendida actualmente⁴⁰. Esta situación es especialmente preocupante porque estos dos problemas ya han sido señalados en la literatura más antigua. Solo hay que recordar la afirmación de M.E. MAYER en 1915 de que la disposición equivalente del § 53 StGB (antigua redacción) era una «regla tosca»⁴¹, porque obligaría a abstenerse de castigar, aunque la emoción fuese absolutamente injustificada y a castigar, aunque fuera adecuada⁴². Sin embargo, hoy en día, la discusión ha quedado en el olvido.

3.2. Sobre la interpretación de Spendel

De todos modos, es necesario señalar que el § 33 StGB quizá sí podría ofrecer un margen para la exculpación de ciertos casos de emoción esténica, a partir de una interpretación extensiva de algunos de los términos utilizados en la regla. Esta ha sido la posición que supo expresar SPENDEL⁴³, quien consideraba que la «confusión» no siempre estaría acompañada de reacciones emocionales tendentes a la debilidad, sino que la mayoría de las veces ese estado se desencadenaría como consecuencia de una emoción esténica, como una «justa ira». Dado que la disposición no hace una diferenciación expresa entre emociones asténicas y esténicas (esto no forma parte del tenor literal, sino que es una explicación de por qué la ley solo menciona tres emociones), en principio se debería permitir la exculpación de emociones esténicas, siempre y cuando provoquen un estado de confusión en el excedente⁴⁴.

Esta postura ha sido considerada equivocada y prácticamente hoy no se discute en mayor medida, lo que puede verse con claridad en el clásico manual de ROXIN (ahora ROXIN/GRECO). Hasta la cuarta edición del tomo I del libro (año 2006), se le dedicaba un número marginal al tratamiento de la postura de SPENDEL y se la rechazaba del siguiente modo: estos casos de «justicia de mano propia» serían peligrosos desde un punto de vista de psicología social, porque podrían liberar la agresividad latente en amplios círculos de la población, lo que debería prevenirse por medio de la pena⁴⁵. En la última edición del manual este párrafo ha sido suprimido⁴⁶ y la solución se considera casi una obviedad, lo que es consecuente con el tratamiento usual en otras obras de la opinión dominante: al haberse producido la confusión en virtud de una reacción emocional tendente a la fuerza, se está en presencia de una emoción esténica, no abarcada por la disposición en cuestión, aunque quizá pueda excluirse el reproche de culpabilidad por otras razones⁴⁷.

⁴⁰ Cf. solamente KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 21. También ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 75, 76, con referencias a la jurisprudencia. Véase ya VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 10ª ed., 1900, p. 126.

⁴¹ MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 282.

⁴² Véase también KOHLRAUSCH/LANGE, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 43ª ed., 1961, p. 207: «Incluso el exceso a partir ira, por ejemplo, podría merecer una disculpa en casos individuales»; VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. II, 1930, p. 215, anotación 6: «La justa indignación ante una agresión común no es ciertamente menos excusable que el miedo. Y si, por ejemplo, un agresor descarado recibe una paliza, eso no es ciertamente perjudicial para un sano sentido de la justicia».

⁴³ SPENDEL, *LK-StGB*, t. II, 11ª ed., 2003, § 33, nm. 58, 66 ss. De acuerdo en lo esencial ZIESCHANG, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 45, nm. 24.

⁴⁴ SPENDEL, *LK-StGB*, t. II, 11ª ed., 2003, § 33, nm. 67 ss.

⁴⁵ ROXIN, *Strafrecht AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 15, nm. 76.

⁴⁶ ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 75, 76, nota al pie 147.

⁴⁷ Cf. solamente ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 10; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 22; PERRON/EISELE, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 33, nm. 4. Véase también ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33,

Al respecto, lo primero que debe decirse es que ni la crítica de ROXIN, ni la de la opinión dominante, a la posición de SPENDEL son convincentes. Respecto de la primera, puede que casos como «Ira justificada» sean de justicia de mano propia, ya que es cierto que *A* está excediéndose conscientemente en sus facultades defensivas (preventivas) en virtud de su ira y probablemente a causa de alguna emoción retributiva acompañante⁴⁸. Pero una afirmación general de esta clase no prueba nada sobre la peligrosidad de esta clase de accionar, ni la existencia de cierta agresividad latente en la población. Para eso, habría que hacer estudios empíricos⁴⁹ que permitan acreditar esa peligrosidad especial de quienes se exceden como consecuencias de emociones esténicas en situaciones de legítima defensa en las que esa emoción se debe a una reacción entendible. O al menos que ciertos grupos de la población manifiestan cierta agresividad latente en general. ROXIN no brinda esos datos empíricos, por lo que el argumento se mueve en el de las consideraciones generales de plausibilidad⁵⁰. Y en casos de esta clase, en los que se produce una situación emocional de excepción causada por un hecho grave contra un familiar, parecería ser posible afirmar que el peligro de repetición (del autor o de la generalidad) es ínfimo y que no hay razones de prevención especial o general para castigar al excedente. Más bien, tendemos a comprender esta clase de reacciones y a considerarlas razonables en una sociedad en la que los lazos afectivos entre padres e hijos son indispensables, y las agresiones contra la autodeterminación sexual, especialmente graves.

En cuanto a la afirmación de que en estos supuestos no se estaría frente a un impulso emocional tendente a la debilidad, sino a la fuerza, y que por eso no se lo podría exculpar, las cosas no mejoran. Por el contrario, se trata de una *petitio principii*. Porque como se desprende, con razón, del argumento de SPENDEL, el Código Penal alemán en el § 33 StGB no hace una distinción expresa entre emociones asténicas y esténicas, sino que esa es una explicación doctrinaria de la decisión legislativa de incluir en la regla únicamente a la confusión, el miedo y el susto. Pero justamente lo que pone en tela de juicio SPENDEL es que esa explicación sea apropiada en el caso de la confusión, dado que muchas veces se produce por impulsos emocionales tendentes a la fuerza (esto es: esténicos), y quizá se debería discutir una exculpación en ejemplos así.

El problema de la tesis de SPENDEL es el contrario al que plantea la opinión dominante. Lo equivocado no es que relaja en demasía los requisitos para una exculpación, sino que no los relaja lo suficiente. Es cierto que su propuesta al menos permite alivianar parcialmente el problema de la infrainclusión al admitir una exculpación en estos casos:

«Ira con confusión»: *A* llega a su casa y encuentra a *B* semidesnudo, arriba de su hijo *C*, intentando violarlo. *A* tiene un ataque de ira y en un arrebato violento, *que da lugar a una enorme confusión espiritual*, agarra un bate de béisbol y golpea fuertemente a *B* en la cabeza, para evitar la agresión contra su hijo, lo que le produce una fractura de cráneo a *B*. Por su fuerza física, *A* podría tranquilamente haber golpeado a *B* en una zona menos delicada, o incluso haberlo superado físicamente sin mayores problemas.

nm. 19 ss. Con ciertas restricciones, también SAUREN, «Zur Überschreitung des Notwehrrechts», *JURA*, 1988, p. 568.

⁴⁸ Mejor: la emoción esténica del anhelo de venganza. Así, ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 57.

⁴⁹ Sobre el problema de la contingencia de las proposiciones empíricas respecto de los datos de la realidad que permitan acreditarlas, GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, pp. 231 ss.; EL MISMO, «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», *InDret*, (4), 2010, p. 6.

⁵⁰ Esta formulación proviene de PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 349. Véase también HOYER, *SK-StGB*, t. I, 9ª ed., 2017, § 33, nm. 6: consideración teórica a partir del lenguaje cotidiano.

Si bien una exculpación en estos casos parece aceptable, esta postura no permitiría extender la exculpación a casos con la estructura de «Ira justificada», a pesar de que ya se mencionó que hay buenas razones para discutir la posibilidad de esa consecuencia jurídica, y no bloquearla de antemano. Eso se debe a que en constelaciones así la emoción estética no provoca confusión, sino que se trata de una reacción emocional hacia la fuerza en algún sentido «pura». Y para abarcar esos casos parecería que es necesario algo más que proponer una interpretación amplia del § 33 StGB como la de SPENDEL.

3.3. Los casos de conjunto de motivos

Antes de proponer una solución al problema se debe mencionar que en la literatura suele aparecer una discusión que, al igual que lo que sucede con la posición de SPENDEL, quizá podría matizar estos inconvenientes. Se trata del problema del «conjunto de motivos» [*Motivbündel*]⁵¹, es decir, del accionar del excedente a partir de cualquier emoción asténica, no solo confusión, pero acompañado también de reacciones emocionales que podrían ser consideradas estéticas.

En este aspecto, parecería haber acuerdo en las opiniones actuales respecto de que la reacción emocional tendente a la debilidad debe al menos ser co-causal del exceso en la legítima defensa y que, por tanto, no puede ser una mera emoción secundaria acompañante⁵². Probablemente la razón de esta decisión deba verse en la terminología utilizada en el § 33 StGB, especialmente la utilización de la preposición «de» [*aus*]⁵³: da la impresión de que el autor en legítima defensa debe excederse «a causa» de confusión, miedo o pánico⁵⁴. Esto podría ser cuestionable desde la posición aquí defendida, porque se deja fuera del alcance de la disposición, sin más, a casos como «Ira justificada», si el autor además de la ira hubiese tenido al menos cierta confusión, miedo o susto, a pesar de que esto último no haya sido condición necesaria del exceso.

Pero óbviase esta cuestión, ya que la discusión central en la actualidad es otra: si además de una relación de causalidad entre estos impulsos emocionales hacia la debilidad nombrados explícitamente en el § 33 StGB es necesario que alguno de esos impulsos sea el motivo «dominante» del actuar. O si, por el contrario, un impulso orientado hacia la fuerza, como el odio, podría ser el motivo preponderante, siempre y cuando la emoción asténica haya al menos co-causado el exceso. Así, una parte importante de la doctrina requiere que la emoción asténica sea lo que prevalezca en la motivación del actuante⁵⁵. Por tanto, en casos como «Ira con

⁵¹ Cf. solamente DIEDERICH, *Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrzesses*, 2001, pp. 190 ss.; MOTSCH, *Der straflose Notwehrzess*, 2003, p. 29

⁵² ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 11; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 25; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 77; ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, nm. 30.

⁵³ A diferencia del § 53 párr. 3 StGB, antigua redacción, que utilizaba la preposición «en» [*in*]. Sobre la disputa interpretativa anterior a la reforma véase solamente MEZGER/BLEI, *Strafrecht AT*, t. I, 15ª ed., 1973, p. 237; PAUL, *Persönliche Strafausschließungsgründe und innerer Tatbestand*, 1963, p. 42; SPENDEL, *LK-StGB*, t. II, 11ª ed., 2003, § 33, nm. 70, nota al pie 58. Véase también ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, p. 660, nota al pie 4.

⁵⁴ Cf. KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 25; KÜHL, *Strafrecht AT*, 8ª ed., 2017, § 12, nm. 147; MOTSCH, *Der straflose Notwehrzess*, 2003, pp. 39 ss.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 77, con referencia a *Bundestagdrucksache V/4095*, p. 15; SPENDEL, *LK-StGB*, t. II, 11ª ed., 2003, § 33, nm. 70; ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, nm. 30.

⁵⁵ Véase solamente DUTTGE, *GS-StGB*, 5ª ed., 2022, § 33, nm. 13; ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33, nm. 22; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., 1996, § 45 II 2; MOTSCH, *Der straflose Notwehrzess*, 2003, p. 106; MÜLLER-CHRISTMANN, «Der Notwehrzess», *Juristische Schulung*, 1989, p. 719, nota al pie 30; PERRON/EISELE, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 33, nm. 5; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 80.

confusión» no procedería la exculpación, porque el excedente, a pesar de que la confusión es causal del exceso, habría actuado motivado prevalecientemente por una emoción esténica como la ira. Esta postura obviamente no permite resolver los problemas aquí planteados, ya que solo quedarían abarcados casos en los que la emoción esténica apareciese únicamente como un motivo secundario, no dominante, de un exceso causado por una emoción asténica. Es decir, el universo de casos de sobreinclusión apenas se vería reducido por esta postura.

La segunda postura, defendida por parte de la doctrina⁵⁶ y también en algunos fallos del BGH⁵⁷, considera que basta con que la emoción asténica haya sido co-causal del exceso, pero no exige que (además) haya sido el motivo dominante. Quienes asumen posturas de esta clase llegan a los mismos resultados que SPENDEL, al menos si la emoción esténica provoca confusión, y esta última, a su vez, es causal del exceso; pero la exculpación no entra en consideración en casos en que por ejemplo la ira genera confusión, pero el exceso se produce a causa de la ira, no de la confusión, por ausencia de co-causalidad⁵⁸. Estas posturas sí ayudan a resolver en una mayor medida el problema de sobreinclusión. No obstante, les es aplicable la misma crítica que a la postura originaria de SPENDEL, en el sentido de que en casos de emociones esténicas puras, pero comprensibles (como «Ira justificada»), el § 33 StGB no sería aplicable de ninguna manera. Por consiguiente, el problema de la sobreinclusión permanecería latente en lo esencial, a pesar de haber sido atenuado.

4. Propuesta de solución

4.1. Punto de partida: rechazo a las tesis naturalistas-psicológicas sobre la *ratio* del § 33 StGB

Para que las soluciones de dogmática del Derecho penal puntuales resulten convincentes, tanto para la persona eventualmente condenada como para la generalidad, y no se presenten como una mera repetición acrítica de antejuicios y de argumentos transmitidos por tradición, es necesario indagar en sus fundamentos morales o (si no se quiere utilizar el lenguaje de la moral) de filosofía del derecho. En particular, como señala PAWLIK⁵⁹, si las bases de la dogmática jurídico-penal resultan inestables, probablemente todo el edificio que se construya sobre aquellas también lo será. Por consiguiente, para el análisis del problema dogmático concreto de la distinción entre emociones asténicas y esténicas en el exceso a la legítima defensa resulta como mínimo conveniente indagar en la *ratio* de esta figura jurídica y ver si es posible extraer alguna conclusión general sobre el tema.

⁵⁶ *Pars pro toto* DIEDERICH, *Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses*, 2001, pp. 190 ss.; ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 2; EL MISMO, «Der Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess», *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, (14-10), 2013, p. 392; GEPPERT, «Notwehr und Irrtum. Putativnotwehr, intensiver und extensiver Notwehrexzess, Putativnotwehrexzess», *JURA*, (29), 2007, p. 38; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 25; KINDHÄUSER/HILGENDORF, *LPK-StGB*, 9ª ed., 2022, § 33, nm. 3; KÜHL, *Strafrecht AT*, 8ª ed., 2017, § 12, nm. 147; RENGIER, *Strafrecht AT*, 13ª ed., 2021, § 27, nm. 23; ROSENAU, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 33, nm. 7 ss.; SPENDEL, *LK-StGB*, t. II, 11ª ed., 2003, § 33, nm. 70 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 699; ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, nm. 30; EL MISMO, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 45, nm. 24.

⁵⁷ Véase BGH, *NStZ-RR*, 1999, p. 264 (265); *NStZ-RR*, 2018, p. 272 (273); *NJW*, 2001, p. 3200 (3202); *NJW*, 2013, p. 2133 (2136). Pero véanse las inconsistencias en la jurisprudencia en ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 81.

⁵⁸ En el caso «Ira con confusión» esta cuestión puntual ha sido dejada abierta conscientemente.

⁵⁹ Así, por ejemplo, PAWLIK, «Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (11), 2003, p. 287.

Como ya se señaló en este texto, los fundamentos de la disposición del § 33 StGB se encuentran discutidos y es necesario tomar decisiones sobre este tema. La primera⁶⁰ es descartar las tesis naturalistas-psicológicas, defendidas especialmente en textos más antiguos⁶¹, que encuentran la base de la exculpación en la presión psicológica excepcional que sufre el autor en legítima defensa y que lo coloca en una situación de dominio de la voluntad altamente disminuido. Esta postura tiene problemas insalvables, que la hacen inidónea para ser considerada como fundamento: si lo central son derivaciones psicológicas de esta clase⁶², no tiene sentido hacer una distinción entre emociones asténicas y esténicas, sino que cualquier situación que produzca una reducción del dominio de la voluntad debería bastar para conceder la exculpación⁶³. Sin embargo, eso va en contra de negar la exculpación en casos como «Ira en el bar», que serían casos claros de conducta no excusable, tanto *de lege lata*, como *de lege ferenda*. Así que a menos que se pretenda abogar, de forma un tanto implausible, por una exculpación en cualquier caso de acciones emocionales, incluso en supuestos de ira o venganza irracional, por ejemplo, por motivos racistas, esta fundamentación no resulta atractiva.

A la teoría actualmente dominante de la (en términos de RUDOLPHI)⁶⁴ doble disminución de la culpabilidad⁶⁵ se le pueden imputar los mismos defectos, dependiendo de cómo se la interprete. Según la caracterización usual, la doble disminución que se produciría en situaciones de exceso en la legítima defensa consistiría en una primera rebaja, derivada del valor de acción (que acompaña al de resultado) de la actuación en legítima defensa, dado que la conducta tiende a preservar los bienes del agredido, lo que repercutiría en la culpabilidad⁶⁶. La segunda, esencial para este problema, vendría de la mano de la emoción asténica que complicaría la motivación conforme a derecho respecto del segmento de la conducta que excede la autorización brindada por el derecho a la legítima defensa del § 32 StGB⁶⁷. Si se entiende a este segundo segmento en términos naturalistas-psicológicos, entonces son aplicables las mismas objeciones que se expusieron en el párrafo anterior⁶⁸.

⁶⁰ Clasificaciones similares en ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 68 ss.; ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, pp. 58 ss.

⁶¹ Cf. solamente BLEI, *Strafrecht AT*, 16ª ed., 1975, § 62; BOCKELMANN, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 1979, p. 126; MAYER, *Strafrecht AT*, 1967, p. 101; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 179. Recientemente FISCHER, *StGB*, 69ª ed., 2022, § 33, nm. 3.

⁶² ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 70.

⁶³ DIEDERICH, *Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses*, 2001, pp. 20 ss.; HEINE, *Tötung aus „niedrigen Beweggründen“*, 1988, p. 260, nota al pie 52; MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, p. 59; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 70; ROXIN, en GRÜNWARD (ed.), *FS-Schaffstein*, 1975, p. 114; RUDOLPHI, «Notwehrexzess nach provoziertem Angriff - OLG Hamm, NJW 1965, 1928», *JuS*, 1969, p. 462.

⁶⁴ RUDOLPHI, *JuS*, 1969, pp. 462 ss.

⁶⁵ Cf. ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33, nm. 2; HOYER, *SK-StGB*, t. I, 9ª ed., 2017, § 33, nm. 2; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 5; PERRON/EISELE, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 33, nm. 2; RENGIER, *Strafrecht AT*, 13ª ed., 2021, § 52, nm. 1; RUDOLPHI, *JuS*, 1969, pp. 462 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 698; ZABEL, en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 353; ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, nm. 2.

⁶⁶ WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 698. Una culpabilidad por el hecho que por supuesto es accesoria al contenido de ilícito disminuido (ilícito de acción y de resultado) en virtud de la acción defensiva. Véase al respecto solamente ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 2; ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 58. Probablemente también ZIESCHANG, *Strafrecht AT*, 6ª ed., 2020, nm. 362: «La exculpación se explica por el hecho de que, debido a la agresión, se reduce simultáneamente tanto la ilicitud del hecho como, en relación con las llamadas emociones asténicas del § 33 StGB, la culpabilidad».

⁶⁷ ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 2; ZABEL, en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 353.

⁶⁸ A menudo se añade un segundo punto de crítica: La situación excepcional también puede darse en otras causas de justificación, como el estado de necesidad justificante según el § 34 StGB, por lo que no está claro por

En cambio, si la segunda disminución se entiende en términos más «normativos», es decir, no (solo) centrados en los aspectos psicológicos del autor, sino también en cierta valoración de la conducta del excedente a partir de estándares, entonces la teoría dominante está en mejores condiciones de brindarle un fundamento sólido al § 33 StGB⁶⁹. Para eso es necesario nutrirse de alguna clase de entendimiento normativo extra-psicológico de esta causa de exculpación y, dado el caso, aplicarlo a la segunda disminución de la culpabilidad⁷⁰. En la discusión actual aparecen al menos tres alternativas posibles de enfoques normativos, desde perspectivas teóricas diferentes, pero que llegan esencialmente a los mismos resultados. La primera es asumir una teoría orientada a la prevención⁷¹, que considera que en casos de excesos en la legítima defensa, por medio de emociones asténicas, no habría necesidades preventivo-generales o especiales para castigar al excedente. La segunda es asumir una postura no-preventiva, orientada a la libertad, que estime que la sociedad decide prescindir de la pena, debido a que el excedente por emociones asténicas, en virtud de la situación excepcional a la que se ve sometido, y que es parcialmente imputable a la propia víctima del exceso, sigue apareciendo como un ciudadano comprometido con la paz jurídica necesaria para asegurar las esferas de libertad de los ciudadanos⁷². Y la tercera consiste en adoptar un modelo contractualista, que establece que la regla sobre sobrepasos a la legítima defensa en casos de emociones asténicas se legitima como norma que adoptarían ciudadanos ideales sin biografía en una negociación en la posición originaria *rawlsiana*⁷³.

Una toma de postura respecto de alguna de estas tres (o de otras) teorías normativas que pueden tener incidencia en las causas de exculpación sin dudas excede los límites de este texto. Sin embargo, puede decirse que cualquiera de las tres está en mejores condiciones de explicar, y eventualmente justificar, la limitación de emociones del § 33 StGB que las posiciones naturalistas-psicológicas. Por consiguiente, la solución a los problemas planteados en este trabajo, y que requieren alguna clase de distinción entre las emociones, necesariamente tiene que provenir de una teoría normativa⁷⁴, no naturalista-psicológica.

qué la exculpación solo debe concederse en casos de legítima defensa. Cf. ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 2; MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, p. 59; ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 58. Este argumento, no obstante, es más complejo de lo que parece a simple vista, como muestra ROGALL, «Der Notwehrexzess – ein Schuldprivileg», en HERZOG/SCHLOTHAUER/WOHLERS/WOLTER (eds.), *Weßlau-GS*, 2016, pp. 546 ss.

⁶⁹ Similar ROGALL, HERZOG/SCHLOTHAUER/WOHLERS/WOLTER (eds.), *Weßlau-GS*, 2016, pp. 544 ss. Véase también ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33, nm. 3; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 5 ss.; ROSENAU, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, pp. 231 ss.

⁷⁰ O, dado el caso, prescindir por completo de la teoría de la doble disminución de la culpabilidad y aplicar de forma autónoma el criterio normativo. Esta cuestión, que implicaría tomar posición sobre el rechazo de la teoría dominante de la doble disminución de la culpabilidad, puede ser dejada de lado aquí.

⁷¹ Cf. especialmente ROXIN, en GRÜNEWALD (ed.), *FS-Schaffstein*, 1975, pp. 105 ss.; EL MISMO, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, pp. 33 ss. Véase también ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 3; MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, pp. 60 ss.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 69; SEEBERG, *Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess*, 2005, pp. 204 ss. Similar JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1991, § 20, nm. 28 ss.; EL MISMO, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 23; EL MISMO, *Das Schuldprinzip*, 1993, *passim*; TIMPE, «Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB)», *JuS*, 1985, pp. 119 ss.

⁷² Cf. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 360.

⁷³ ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, pp. 58 ss. En realidad, el modelo teórico de ZIMMERMANN se presenta como un complemento del modelo de la prevención de ROXIN. Sin embargo, esta dependencia no es necesaria ni resulta muy atractiva para quienes rechazan la relevancia de la idea de prevención en el derecho penal. Crítica a la teoría de la prevención de ROXIN, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 77 ss., 360, nota al pie 592.

⁷⁴ Del mismo modo, pero respecto del § 213 StGB, GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, p. 359: «Si se quiere mantener la atenuación del homicidio emocional, la única vía viable sigue siendo una solución (puramente) normativa».

No obstante, los problemas de sobreinclusión e infrainclusión del § 33 StGB, al menos según la interpretación de la opinión dominante, están presentes en cualquiera de las tres teorías normativas, si es que se las quiere utilizar para explicar o fundamentar una distinción entre emociones asténicas y esténicas. Así, en casos como «Ira justificada» se puede argumentar sin problemas que el excedente no muestra una actitud socialmente comprensible ante una agresión excepcional y probablemente irrepitable⁷⁵, que no requeriría un castigo con fines de prevención general o especial; que su exceso ante una agresión grave contra un familiar no implica una falta de compromiso con la paz jurídica; o que no es posible excluir que los ciudadanos ideales en la posición originaria pudiesen adoptar una regla que exculpe casos de emociones esténicas de esta índole⁷⁶. Y una fundamentación exactamente contraria permitiría abogar por un tratamiento distinto al propuesto usualmente para casos como «Miedo racista». En ese sentido, las conductas racistas requerirían castigo para prevenir delitos motivados racialmente de la generalidad y del autor, no mostrarían un compromiso fuerte con la paz jurídica en virtud de la falta de respeto mostrada ante los conciudadanos y probablemente sean conductas que una regla ideal tomada en una situación de plena imparcialidad consideraría punibles, por el riesgo de perpetuación de injusticias arbitrarias.

Lo señalado muestra que las intuiciones de justicia basadas en casos hipotéticos que permitieron concluir que se presenta un problema de infrainclusión y sobreinclusión encuentran apoyo en las teorías normativas sobre la *ratio* del § 33 StGB. Sin embargo, por el nivel de abstracción en el que se desarrolla esta discusión fundamental es probable que no ayude demasiado a brindar una propuesta concreta de solución⁷⁷, que necesariamente deberá nutrirse de al menos otro complemento teórico.

4.2. Concretización de filosofía del derecho: teorías evaluativas de las emociones

Una alternativa posible consiste en buscar ese complemento en la «naturaleza» de las emociones, a partir de un breve panorama de la discusión actual sobre la filosofía de las emociones⁷⁸. El tenor literal del § 33 StGB, al requerir una actuación «por confusión, miedo o

⁷⁵ Probablemente en contra DUTTGE, *GS-StGB*, 5ª ed., 2022, § 33, nm. 11; ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33, nm. 21; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 80.

⁷⁶ Aunque por el nivel de abstracción de las teorías contractualistas actuales esto no es tan sencillo y habría que realizar una argumentación objetiva más robusta, por ejemplo, que tenga en cuenta los riesgos de abuso que produciría una regla más flexible, que permita la exculpación de ciertas emociones esténicas.

⁷⁷ Esto es así al menos en el marco en el que se ha dado la discusión hasta ahora en la discusión alemana, pero no se excluye la posibilidad de una mayor concretización. En especial, una teoría completa de las causas de exculpación (o, más sencillamente, excusas) que se desarrolle en un nivel de abstracción menor quizá resultaría más promisorio para brindar un fundamento determinado de la impunidad (o al menos disminución del castigo) por exceso en la legítima defensa. Véanse, por ejemplo, los avances recientes en la filosofía moral y del derecho en habla inglesa respecto de las excusas en GARDNER, *Offences and Defences*, 2008, pp. 121 ss.; SLIWA, «The Power of Excuses», *Philosophy & Public Affairs*, (47-1), 2019, pp. 45 ss.; WALLACE, *Responsibility and the Moral Sentiments*, 1994, pp. 118 ss. Estos intentos promisorios merecen, y sin dudas recibirán, un tratamiento autónomo en el futuro también en el marco del derecho penal continental.

⁷⁸ Una síntesis puede encontrarse en DEIGH, «Concepts of Emotions in Modern Philosophy and Psychology», en GOLDIE (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, 2013, pp. 17 ss.; DEMMERLING/LANDWEER, *Philosophie der Gefühle*, 2007, pp. 1 ss.; SCARANTINO/DE SOUSA, «Emotion», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018 (disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/emotion/> [último acceso el 23/08/2022]). Desde una perspectiva de la historia de las ideas LANDWEER/RENZ, «Zur Geschichte philosophischer Emotionstheorien», en LANDWEER/RENZ (eds.), *Handbuch Klassische Emotionstheorien*, 2012, pp. 3 ss. Sobre la importancia de la teoría de las emociones para la filosofía del derecho y, en particular, las ideas de NUSSBAUM, véase HILGENDORF, «Rechtsphilosophie der Gegenwart», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2021, p.

susto» parecería expresar que lo decisivo para la exculpación es la presencia de una «acción emocional»: acciones determinadas por una o varias emociones específicas y que dan lugar a la comisión de un hecho antijurídico⁷⁹. Entre las experiencias humanas que usualmente se conocen como emociones, y que serían distintas a apetitos corporales (como el hambre o la sed) y estados anímicos carentes de objeto (como la irritación o la depresión endógena) están incluidas, entre otras, la alegría, la pena, el miedo, el enojo, el odio, la lástima o compasión, los celos, la esperanza, la culpa, la gratitud, el disgusto y el amor⁸⁰. Y la disposición legal en análisis se concentraría en tres emociones que desencadenan o que al menos influyen de algún modo en la decisión de cometer un delito. La pregunta es por qué solamente aparecen mencionadas estas tres para exculpar en casos de exceso en la legítima defensa.

Una primera respuesta podría ser ofrecida por lo que se conoce como «concepciones mecanicistas» sobre la naturaleza de las emociones⁸¹. Según esta postura, las emociones serían fuerzas que carecen de pensamiento o percepción, por lo que equivaldrían a impulsos que dan lugar a la acción de una persona, con independencia de sus creencias y de cualquier posibilidad de que un tercero evalúe la corrección o incorrección de tales emociones⁸². Se trataría de fuerzas externas que guían «irracionalmente» a la acción de los agentes, por lo que habría una oposición entre razón y emociones⁸³. Así como una ráfaga de viento puede «guiar» la conducta externamente y hacer tropezar a alguien, también las emociones serían algo que ocurre y que está fuera del control de las personas⁸⁴.

El problema de esta postura es que si las emociones no implican creencias del agente, sino que son fuerzas externas, entonces no es posible tener en cuenta el «objeto» de las emociones, cuyo rol en la acción emocional depende de la interpretación que le dé la persona puntual a ese objeto⁸⁵. Piénsese en una sensación de pena o dolor por la muerte de una persona. Esa emoción difícilmente pueda ser explicada sin hacer referencia a la persona que murió⁸⁶, por ejemplo, un familiar. No se trata de una mera sensación que se produce aleatoriamente, como una indigestión, sino que está vinculada especialmente a un objeto: el dolor se produce a partir del pensamiento en la muerte de «ese» familiar, lo que significa en nuestras vidas y sus consecuencias⁸⁷. Difícilmente todo esto pueda ser explicado a partir de una noción que ve a las

179. Sobre la relación entre el derecho penal y las emociones FABRICIUS, «Emotionen und Strafrecht», en BERNER/FAß (eds.), *Sichtbares und Unsichtbares*, 2014, pp. 193 ss.

⁷⁹ Cf. MANRIQUE, «Emociones y derecho penal», *En Letra: Derecho Penal*, (4), 2017, p. 10; TADROS, «Attribution, Ethics and Emotions in Criminal Responsibility», *The Modern Law Review*, (67-2), 2004, p. 332.

⁸⁰ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 275 ss.; NUSSBAUM, *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, 2004, p. 23. En detalle DEMMERLING/LANDWEER, *Philosophie der Gefühle*, 2007, pp. 35 ss.

⁸¹ Cf. KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 275 ss. Para un panorama complete de esta posición a través de un análisis de las ideas de la filosofía de la ilustración, véase NEWMARK, *Passion – Affekt – Gefühl: Philosophische Theorien der Emotionen zwischen Aristoteles und Kant*, 2008, pp. 145 ss.

⁸² Cf. KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 277 ss.

⁸³ MANRIQUE, «Impulsos y razones en el derecho penal. Hacia una teoría dualista de las emociones», *Doxa*, (39), 2016, p. 292.

⁸⁴ Cf. GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones, responsabilidad y derecho*, 2009, p. 49.

⁸⁵ MANRIQUE, *Doxa*, (39), 2016, pp. 294 ss.; KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 282. Véase también NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, pp. 24 ss.

⁸⁶ Esto no implica que «ciertas» emociones quizá sí puedan ser diferenciadas sin referencias a un objeto determinado y a partir de criterios más «mecanicistas». Pero no sucede esto con todas las emociones y por esa razón la crítica a las posturas mecanicistas es apropiada.

⁸⁷ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 282.

emociones como eventos externos, independientes de los agentes y sus creencias y valoraciones.

Además, la concepción mecanicista no puede diferenciar entre las «distintas clases» de emociones⁸⁸. La única diferenciación que podría hacer esta concepción es alguna basada en la intensidad de las sensaciones que produciría la emoción, pero no una basada en una referencia a determinadas creencias internas del agente⁸⁹, como la de haber sido tratado injustamente o de que alguien está sufriendo inmerecidamente⁹⁰. Así, no sería posible diferenciar entre ira y envidia o ansiedad, que muchas veces generan sensaciones similares y no es posible hacer una delimitación ulterior sin tener en cuenta los pensamientos del agente⁹¹. Lo mismo sucedería con las emociones positivas y es por eso que prácticamente no se presentan concepciones mecanicistas puras en la historia de la filosofía⁹², sino que se ofrecen matices de cierta clase.

Este rechazo a las tesis mecanicistas puras sobre la naturaleza de las emociones parecería estar también detrás de la regla del § 33 StGB. Porque si lo único que importase para conceder la exculpación fuese la existencia de la emoción como algo por fuera del control del agente, no tendría sentido hacer una diferenciación según la «clase» de emociones que debe sentir el autor, tal como sugieren las tesis naturalistas-psicológicas sobre la *ratio* del exceso en la legítima defensa. En cambio, la disposición en análisis parece asumir que no todas las emociones «dan lo mismo» para la exculpación y que debería haber alguna forma normativamente relevante de distinguirlas, lo que la opinión dominante hace hoy en día con la distinción entre emociones asténicas y esténicas⁹³. Una concepción mecanicista de las emociones no está en condiciones de hacer algo así.

Detrás de la regla del § 33 StGB, entonces, hay que buscar una tesis alternativa, y aparece en la discusión la «concepción cognitivo-evaluativa» de las emociones⁹⁴. Aquí se parte de una premisa radicalmente diferente a aquella de la concepción mecanicista, en el sentido de que las emociones ya no serían fuerzas externas que operan sobre los agentes como eventos naturales respecto de los cuales carecen de control. Por el contrario, estas teorías, dominantes en la actualidad en la filosofía⁹⁵, consideran que las emociones están asociadas a evaluaciones o

⁸⁸ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 283; NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, pp. 27 ss.

⁸⁹ Véase NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, p. 34.

⁹⁰ Cf. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, p. 27.

⁹¹ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 283 ss.

⁹² Cf. KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 284.

⁹³ Similar ZABEL, en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 352.

⁹⁴ Cf. KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 285 ss. Como quedará claro más adelante, en este trabajo se asume explícitamente la corrección de un enfoque cognitivo-evaluativo de las emociones, en especial cierta versión del entendimiento «aristotélico» de NUSSBAUM. Esta cuestión viene discutiéndose desde hace décadas en la filosofía y no es posible hacerle justicia al tema en un trabajo de derecho penal como este. Por lo pronto, véanse las críticas a la postura de NUSSBAUM en SCARANTINO, «Insights and Blindspots of the Cognitivist Theory of Emotions», *The British Journal for the Philosophy of Science*, (61-4), 2010, pp. 734 ss. Una defensa reciente de la postura de NUSSBAUM puede encontrarse en SACCO, «The Passionate Beliefs. A Defense of the Cognitive-Evaluative Theory of Emotions», *Philosophia*, (50-3), 2022, pp. 1399 ss.

⁹⁵ Véase MANRIQUE, *Doxa*, (39), 2016, p. 294; SCARANTINO/DE SOUSA, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, (disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/emotion/> [última consulta el 07/10/2022]); ZHAO, «Guilt Without Perceived Wrongdoing», *Philosophy & Public Affairs*, (48-3), 2020, p. 286: «una asunción prácticamente incontrovertida».

valoraciones⁹⁶ que tenemos respecto de ciertos objetos a los que les asignamos una importancia decisiva, y por esa razón se producirían las emociones⁹⁷. A modo de ejemplo, las personas no suelen enojarse frente a pequeñeces o «porque sí», sino que ese enojo por regla general está asociado a una evaluación positiva de objetos que les resultan valiosos, como la seguridad de las personas que aprecian. Por consiguiente, la emoción en sí misma contendría una evaluación (ético-social) del objeto⁹⁸.

Y no se trata de cualquier evaluación, sino de una que se hace con referencia a ciertos objetos esenciales para el bienestar de una persona o su papel puntual en el propio plan de vida, como el miedo referido a la destrucción de ciertos objetivos, relaciones o proyectos especialmente importantes⁹⁹. Se observa que ya no se trata de fuerzas incontrolables, de eventos que le suceden al agente y respecto del cual no tiene ninguna clase de control. Más bien las emociones surgirían como consecuencia de juicios que pueden ser modificados y controlados, por ejemplo, a partir de la educación moral del agente¹⁰⁰.

Si las emociones implican una evaluación o valoración de un objeto, esto tiene como contrapartida que esas evaluaciones o valoraciones también puedan ser objeto de evaluación o valoración: pueden ser consideradas correctas o incorrectas¹⁰¹, lo que abre la puerta para un «análisis de la razonabilidad» de las emociones¹⁰². Aparece entonces la posibilidad de acudir a ciertos estándares para determinar si una acción emocional está a su vez basada en una valoración moralmente correcta. Piénsese en quien reacciona con pánico al ver cómo se besan en público dos personas del mismo género¹⁰³. Esa emoción no sería algo externo, imposible de controlar. Más bien, lo que se presenta es una reacción irrazonable, en virtud de una serie de ideas abyectas del agente, que bien podría no tener, ni debería tener. Y que de ninguna manera puede excusar un ilícito cometido como consecuencia. En cambio, el miedo que puede ser sufrido al ver en peligro el propio plan de vida cuando alguien sufre una agresión injusta es una

⁹⁶ De forma un tanto plástica, podría hablarse de «emociones como juicios». Véase NUSSBAUM, *Upheavals of Thought. The intelligence of emotions*, 2001, pp. 33 ss.; LA MISMA, «Emotions as Judgments of Value and Importance», en SOLOMON (ed.), *Thinking about Feeling: Contemporary Philosophers on Emotions*, 2004, pp. 183 ss.; SOLOMON, «On emotions as judgments», *American Philosophical Quarterly*, (25-2), 1988, pp. 184 ss.

⁹⁷ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 286.

⁹⁸ Véase KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 285.

⁹⁹ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 286.

¹⁰⁰ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 273, 297 ss. Cf. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, pp. 31 ss. Esto por supuesto genera un sinnúmero de problemas adicionales, no solo para el derecho penal, que no es posible abordar aquí en detalle. Sin embargo, es necesario decir algo al menos sobre la cuestión de qué sucedería con quienes ya han sido educados moralmente de forma incorrecta, por ejemplo, a partir de ideas contrarias a los derechos fundamentales, como la superioridad de ciertas personas sobre otras. Desde la postura aquí propuesta, la respuesta quedará clara en los siguientes párrafos: esas representaciones incorrectas o violatorias de derechos que dan lugar a emociones (asténicas o esténicas) no pueden exculpar penalmente excesos en la legítima defensa. Pero quedará abierto el problema de cómo la «ignorancia moral» (al respecto, recientemente ALEXANDER/FERZAN, *Reflections on Crime and Culpability*, 2018, pp. 95 ss.; TIFFANY, «Conceptualizing Coercive Indoctrination in Moral and Legal Philosophy», *Criminal Law and Philosophy*, [16-1], 2022, pp. 153 ss.) puede incidir en otras figuras jurídico-penales, como el error de prohibición (cf., por todos, HÖRNLE, *Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag. Kultur, Religion, Strafrecht - Neue Herausforderungen an eine pluralistische Gesellschaft*, 2014, pp. C 70 ss.). Además, y quizá más importante, adquiere vigencia el problema de cómo educar y reeducar moralmente a quienes integran una sociedad, cuestión espinosa para cualquier Estado liberal que pretenda prevenir hechos delictivos graves en el futuro. Sobre esto último, recientemente TIZ, *Der Fall Sürücü*, 2022, pp. 159 ss.

¹⁰¹ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 287; NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, p. 31.

¹⁰² Similar MANRIQUE, *Doxa*, (39), 2016, pp. 294 ss.; NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, pp. 31 ss.

¹⁰³ El ejemplo proviene de KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 272.

reacción adecuada, en virtud de una valoración correcta del objeto afectado. Por tanto, detrás de las acciones emocionales hay ciertas valoraciones ético-sociales que motivan el accionar del agente. Y esas a su vez pueden ser más o menos éticamente correctas y, a partir de eso, más o menos excusables¹⁰⁴. Este análisis de razonabilidad (moral o «ético-social») de la emoción será la clave para ofrecer una solución al problema planteado en este texto.

4.3. Propuestas de *lege lata* y de *lege ferenda*

Si se asume que detrás del § 33 StGB se encuentra una fundamentación normativa, complementada por una concepción evaluativa de las emociones, lo primero que hay que decir es que la distinción entre emociones asténicas y esténicas no resulta convincente. Como ya se mencionó, esta da lugar a problemas de sobreinclusión e infrainclusión, producidos por una falta de sensibilidad al carácter más o menos correcto o incorrecto de la evaluación que da lugar a las emociones, independientemente de que sean asténicas o esténicas. Entonces, esa diferenciación, si bien simple y muy asentada en el pensamiento jurídico-penal, debe ser dejada de lado. Pero la solución no puede implicar tirar el agua de la tina con el niño adentro, en el sentido de permitir que cualquier clase de emoción pueda dar lugar a una exculpación. Eso implicaría una capitulación frente a las concepciones naturalistas-psicológicas de la *ratio* del § 33 StGB y a las concepciones mecanicistas de las emociones, ambas poco convincentes. Más bien, es necesario buscar alguna clase de criterio para distinguir adecuadamente entre emociones excusables y emociones no excusables.

Para resolver esta cuestión, NUSSBAUM y KAHAN¹⁰⁵ ofrecen un panorama de cómo se podría proceder para determinar si una determinada acción emocional resulta correcta según una concepción evaluativa. En particular, señalan lo siguiente:

«Si afirmamos que las emociones implican un pensamiento evaluativo, naturalmente empezamos a preguntarnos sobre el tipo de evaluaciones que la gente razonable debería hacer. Al pensar de esta manera, Aristóteles sostiene que la persona virtuosa observa el medio (con lo cual se refiere no a un camino intermedio, sino a un camino de adecuación) con respecto tanto a la acción como a la emoción y que el criterio de esa adecuación debe encontrarse preguntando lo que una persona de sabiduría práctica haría y sentiría en la situación. La persona de sabiduría práctica es un agente idealmente razonable que tiene un carácter bien formado y que encarna las “opiniones respetables” de la comunidad en su mejor momento, después de que éstas hayan sido examinadas y tamizadas mediante una argumentación crítica. En otras palabras, encarna un ideal reconocible de comportamiento o evaluación adecuados, aunque en muchos aspectos esto puede ser distinto del comportamiento o evaluación promedio o común»¹⁰⁶.

Para determinar si cierta emoción resulta excusable en los términos de una exculpación por sobrepaso de los límites de la legítima defensa, entonces, uno podría preguntarse si la reacción excesiva es una que habría podido tener una persona razonable, con valoraciones ético-sociales filtradas según una moral objetiva (opiniones de la «comunidad en su mejor momento» y «tamizadas mediante una argumentación crítica»), en la situación del autor. Este parámetro de evaluación, que no necesariamente es el único posible, tiene la ventaja, por un lado, de ser muy similar al clásico estándar sobre el cumplimiento del deber de cuidado en la imprudencia o, si se acepta esta teoría, la creación de un riesgo desaprobado en la teoría de la imputación

¹⁰⁴ En detalle NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, pp. 38 ss., 126 ss.

¹⁰⁵ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 285 ss., 301 ss.

¹⁰⁶ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 287 ss.

objetiva¹⁰⁷. Es decir, si bien una concepción evaluativa exige indagar en la evaluación concreta del excedente de los objetos de la acción, y valorarla ético-socialmente, existiría un camino relativamente sencillo para llevar a cabo esta empresa, sin tener que hacer un análisis complejo de ética filosófica. Concretamente, bastaría aplicar un test usual en el derecho penal, por lo que no habría que innovar demasiado para ofrecer un criterio práctico de solución de esta cuestión filosófica compleja. Sería suficiente entonces con abolir la ya mencionada distinción entre emociones asténicas y esténicas y utilizar, como criterio de distinción entre emociones excusables y no excusables, la figura de la persona razonable (o, en términos más usuales: de una persona prudente y responsable en la situación concreta y el papel social del actuante)¹⁰⁸ en la situación del autor¹⁰⁹. Por otro lado, la referencia a la persona razonable (nuevamente: *muy* usada en el Derecho penal) permitiría aplicar la regla en sociedades multiculturales como las actuales, pero dejando abierta la posibilidad de recurrir a correctivos según principios morales objetivos respecto de qué debería hacer esa persona¹¹⁰.

Este criterio permitiría resolver de forma convincente los casos de infrainclusión y sobreinclusión. En el caso de «Miedo racista», dado que el exceso habría sido causado por una emoción basada en una idea discriminatoria y tendente a la violación de derechos, que ninguna persona razonable en la situación el autor tendría. Por consiguiente, no se estaría en presencia de una emoción excusable, sino más bien de una punible. Y en «Ira justificada», una persona razonable sentiría dolor e ira al ver cómo un hijo está a punto de ser sometido a una experiencia que probablemente lo traumatizará de por vida, por lo que el exceso parece ser una reacción absolutamente comprensible. Este análisis, como puede observarse, procede únicamente a partir de una comprobación hipotética sobre qué valoración desencadenante de una emoción habría realizado una persona razonable en la situación del autor y no tiene en

¹⁰⁷ Véase, *pars pro toto* HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 2022, § 12 nm. 22; NESTLER, *JURA*, (40-6), 2018, pp. 562 ss.; RENGIER, *Strafrecht AT*, 13ª ed., 2021, § 52, nm. 15; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 1114; ZIESCHANG, *Strafrecht AT*, 6ª ed., 2020, nm. 430. Sobre la opinión minoritaria que critica a esta figura jurídica y propone la llamada teoría de la violación individual al cuidado solamente BECK, «§ 36. Fahrlässigkeit» en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 36, nm. 41 ss.; KÜHL, *Strafrecht AT*, 8ª ed., 2017, § 17, nm. 27 ss.

¹⁰⁸ Cf. solamente BGH, *NStZ*, 2003, p. 657 (658); *NStZ*, 2005, p. 446 (447); *NJW*, 2000, p. 2754 (2758); *NJW*, 2015, p. 96 (98).

¹⁰⁹ Similar NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, pp. 67 ss., quien propone el empleo del criterio de la persona razonable (véase al respecto FLETCHER, «The Right and the Reasonable», *Harvard Law Review*, [98-5], 1985, pp. 962 ss.; Gardner, *Torts and Other Wrongs*, 2019, pp. 271 ss.).

¹¹⁰ Esto último es visto como algo positivo, por supuesto, si se asume alguna clase de realismo o, como mínimo, objetivismo moral a nivel metaético. De hecho, esto es lo que sucede en este trabajo: está implícita la corrección de alguna clase de realismo moral, en el sentido de que existen hechos morales y que los enunciados sobre hechos morales pueden ser verdaderos o falsos (y, de hecho, algunos son verdaderos). Quizá esto pueda ser un poco extraño para juristas acostumbrados a trabajar en un derecho penal de tradición continental, fuertemente influido por, entre otras cosas, un relativismo valorativo. Para un análisis de la cuestión, desde una perspectiva no-realista, véase HILGENDORF, «Moralphilosophie und juristisches Denken», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (82-3), 1996, pp. 397 ss. Sobre el relativismo valorativo, por ejemplo, en RADBRUCH y su influencia en el derecho penal continental, cf. PASTOR MUÑOZ, «El legado de Gustav Radbruch para la dogmática jurídico-penal», *InDret*, (2), 2021, pp. 59 ss. No obstante, el realismo moral es no solo la postura que suele estar implícita en las discusiones actuales en la filosofía de la legítima defensa (véanse, al respecto, las consideraciones de FROWE, *The Ethics of War and Peace*, 3ª ed., 2022, pp. 3 ss.), sino que también la mayoría de los filósofos morales asumen este compromiso metaético (en estos términos, y por todos, HÜBNER, *Einführung in die philosophische Ethik*, 3ª ed., 2021, pp. 52 ss.). Este trabajo, por tanto, no parte de una asunción menos controvertida de lo que parece, al menos si no se limita la discusión al derecho penal continental. Para una defensa reciente y en gran medida convincente de un relativismo moral robusto, véase ENOCH, *Taking Morality Seriously: A Defense of Robust Realism*, 2011, *passim*.

cuenta si la emoción tendió hacia la debilidad o hacia la fuerza, cuestión que en el mejor de los casos pasará a un segundo plano.

La pregunta que surge de un modo casi evidente ahora es cómo implementar esta propuesta en el Derecho vigente alemán, ya que se ha procedido de un modo más bien «filosófico» o basado en fundamentos. Para responder esto, es necesario dividir la propuesta concreta en apreciaciones *de lege lata* y otra *de lege ferenda*. *De lege lata*, no es sencilla la tarea, al menos si se quieren lograr resultados de amplio alcance. El tenor literal del § 33 StGB es bastante claro al permitir una exculpación en casos de exceso «por confusión, miedo o susto», sin mayores calificaciones sobre la motivación del autor. Esto impediría resolver los casos de sobreinclusión, como «Miedo racista»: si el excedente actuó con miedo, es aplicable la disposición y debe proceder la exculpación. Calificar la emoción en cuestión en el sentido de requerir un «miedo razonable» o «no discriminatorio» sería contrario al principio de *lex stricta*, hoy en día considerado aplicable a las cuestiones de parte general como las causas de exculpación como el § 33 StGB¹¹¹. Pero sí podrían resolverse al menos parcialmente algunos problemas de infrainclusión sin la necesidad de reformar el derecho vigente, de dos maneras.

La primera es mediante la aceptación de la postura de SPENDEL respecto del elemento «confusión» y de una interpretación amplia en la disputa sobre el problema del conjunto de motivos, con ciertos matices. Sobre la lectura del término «confusión» le asistía razón a SPENDEL en que no hay razones convincentes para limitar los casos de exculpación de excesos por confusión a emociones tendentes hacia la debilidad. Como se mostró, puede haber casos de emociones tendentes a la fuerza que resulten absolutamente excusables, y si a su vez produjesen confusión, deberían ser excusados, como en el caso «Ira con confusión». Pero no todos los casos de emociones esténicas que provoquen confusión deberían ser excusados, sino solamente aquellos que se produzcan como consecuencia de una valoración que habría realizado una persona razonable en la situación del autor. Si la ira se produce por una mera «sed de venganza», no mediada por un fundamento razonable para esa venganza, como una afectación grave a un familiar (piénsese en alguna variación de «Ira justificada»), entonces no debería proceder la exculpación¹¹², aunque debe reconocerse que esa conclusión está al límite de lo permisible por el tenor literal de la disposición.

Y sobre la problemática del conjunto de motivos debe asumirse una postura similar. Si algunos de los elementos mencionados en el § 33 StGB (y no solo «confusión») al menos co-causa la acción emocional, no debería hacer falta que esa emoción sea además el motivo preponderante del actuar, siempre y cuando la emoción esténica, como la ira, sea a su vez una reacción esperable según las valoraciones de un hombre razonable. Empero, si resulta preponderante una emoción esténica irrazonable, como una ira basada en una sed de venganza injusta que causa miedo, en principio no debería proceder la exculpación, aunque aquí también la interpretación se estaría moviendo en los límites del principio de legalidad.

¹¹¹ Cf. DANNECKER/SCHUHR, *LK-StGB*, t. I, 13ª ed., 2019, § 1, nm. 84 ss.; DANNECKER, «Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts», en EL MISMO *et al.* (eds.), *FS-Otto*, 2007, pp. 25 ss.; FRISTER, *Strafrecht AT*, 9ª ed., 2020, 4. Kap., nm. 35; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1991, § 4, nm. 9; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., 2004, § 2, nm. 26; SATZGER, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 1, nm. 12; EL MISMO, «Gesetzlichkeitsprinzip und Rechtfertigungsgründe», *JURA*, (38-2), 2016, p. 156; SCHMAHL, «Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Strafrecht», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 2019, § 2, nm. 50, con referencias adicionales.

¹¹² Si bien se rechazó el argumento de ROXIN contra SPENDEL, se le debe conceder parcialmente el punto, al menos en casos de emociones esténicas irrazonables que producen confusión.

La segunda propuesta *de lege lata* se refiere también a la solución de algunos casos de infrainclusión. Específicamente, casos como «Ira justificada» podrían ser exculpados según el Derecho vigente sin que la acción emocional hacia la fuerza esté acompañada por «confusión, miedo o susto»: a partir de una aplicación analógica del § 33 StGB a ciertos casos que la opinión dominante consideraría emociones esténicas punibles. Esto implica conceder que el texto de la disposición no permite hacer una ampliación teleológica, pero que sí podría ser realizada una analogía a favor del imputado (esto es, a favor de la exculpación) en ciertos casos no abarcados por la regla, pero que según intuiciones bien ponderadas de justicia deberían estar abarcados¹¹³. El matiz que hay que hacer es que esta aplicación analógica, según la concepción aquí defendida, solo debería proceder ante una acción emocional no enumerada en el § 33 StGB (independientemente de si es asténica o esténica) que pueda ser considerada como una reacción propia de una persona razonable.

Con una interpretación amplia de los elementos descritos actualmente en la disposición legal y la aplicación analógica a otros casos, los problemas de infrainclusión estarían resueltos. Pero respecto de los casos sobreinclusión, por razones de legalidad, solo puede ser ofrecida una propuesta *de lege ferenda*. Una vía sencilla de hacer esto sería la de modificar la técnica legislativa histórica del § 33 StGB y reemplazar la enumeración de emociones por la palabra «acción emocional», con un complemento que permita incluir un parámetro de evaluación (ético-social) de la razonabilidad de la emoción subyacente. La pregunta es qué término debería utilizarse. Hay varios candidatos disponibles en el derecho alemán vigente como, por ejemplo, las expresiones «conforme a las buenas costumbres» (§ 228 StGB *a contrario sensu*), «no reprochable» (§ 240 párr. 2 StGB *a contrario sensu*) o, directamente, «adecuado» (§ 34 párr. 2 StGB).

Todas estas cláusulas son en mayor o menor medida indeterminadas y no están exentas de problemas¹¹⁴. Pero se trata de fórmulas conocidas en el Derecho penal continental, que favorecerían la incorporación del estándar evaluativo aquí propuesto sin mayores problemas. En particular, el término «adecuado» quizá sea el que mejor ayude a captar la idea de incorporar este correctivo, dado que es utilizado en una causa de justificación basada en derechos de necesidad como el estado de necesidad justificante¹¹⁵, e incluso discutida en alguna

¹¹³ Esta propuesta podría ser criticada por aquellos que exigen un carácter incompleto, pero inconsciente, de la ley, la posibilidad de comparar la finalidad de la norma y la situación de los intereses, para que pueda entrar en consideración una analogía a favor del autor. Cf. BERSTER, *GA*, (163-1), 2016, pp. 47 ss.; ZIESCHANG, *Strafrecht AT*, 6ª ed., 2020, nm. 8. En particular, se puede dudar de la existencia de una «laguna legal imprevista», ya que el legislador era muy consciente de la distinción realizada. Esta posición tiene el problema de que parte de una premisa metodológica muy problemática: una primacía de la interpretación subjetiva basada en la voluntad del legislador. Basta con señalar que este supuesto no es en absoluto evidente. Véase solo KLATT, «Juristische Hermeneutik», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2021, p. 236. Véase también COCA VILA, «Recensión a Bernd Rütters, La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método», *InDret*, (4), 2020, pp. 565 ss.; PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4ª ed., 2019, p. 126.

¹¹⁴ Pero el uso de las cláusulas indeterminadas no está en principio excluido en este contexto, como afirma acertadamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Cf. BVerfGE 4, p. 352 (357 s.); BVerfGE 26, p. 41 (42); BVerfGE 28, p. 175 (183); BVerfGE 37, p. 201 (208); BVerfGE 45, p. 363 (371 s.); BVerfGE 75, p. 329 (340 ss.); BVerfGE 92, p. 1 (12). En detalle sobre esta jurisprudencia ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, pp. 308 ss.; RUPPERT, «Die metateleologische Reduktion im Strafrecht», *ZIS*, (15-1), 2020, p. 17; SCHMAHL, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 2019, § 2, nm. 57 ss.

¹¹⁵ En este caso se asume como correcta la opinión dominante de que la cláusula de adecuación del § 34 párr. 2 StGB tiene un contenido autónomo. Cf. ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 34, nm. 244; HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 2022, § 5, nm. 85; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1991, § 13, nm. 36; KÜHL, *Strafrecht AT*, 8ª ed., 2017, § 8, nm. 166 ss.; RENGIER, *Strafrecht AT*, 13ª ed., 2021, § 19, nm. 48. Sobre la opinión minoritaria, que

medida en la legítima defensa¹¹⁶. Así, una posible nueva redacción del § 33 StGB sería la siguiente:

«Si el autor sobrepasa los límites de la legítima defensa por una acción emocional adecuada, no será castigado»¹¹⁷.

Con una disposición de esta clase, casos como «Miedo racista» no tendrían que ser exculpados, dado que la emoción que habría causado el exceso en la legítima defensa no se correspondería con una emoción derivada de valoraciones que habría realizado una persona razonable en la situación del autor.

4.4. Posibles objeciones

Si bien esta propuesta permite resolver de un modo más acertado que la opinión dominante (y que el derecho positivo alemán) algunos casos, también está expuesta al menos a tres críticas. La primera es una objeción de legalidad. El hecho de suprimir la enumeración clásica del § 33 StGB, asentada en una distinción histórica entre emociones asténicas y esténicas, por un concepto genérico («acción emocional») y una cláusula indeterminada («adecuada») iría en contra del mandato constitucional de certeza. Al respecto, hay que reconocer que se pierde algo de determinación con la propuesta *de lege ferenda*, y también con la *de lege lata*, al menos si se incorpora el estándar evaluativo para la interpretación del elemento «confusión» y para resolver el problema del conjunto de motivos.

Pero quizá también sea necesaria esta pérdida para ofrecer cierta flexibilidad en el análisis y permitir la solución justa de distintos casos, a partir de estándares que no pueden ser captados por una propuesta regulatoria más concretizada. Así, se reconoce actualmente que el legislador debe buscar un equilibrio entre una regulación absolutamente indeterminada, pero que permita captar ampliamente los casos merecedores de pena, y una absolutamente determinada, pero que dé lugar a casos de sobreinclusión e infrainclusión¹¹⁸. En ese sentido, el mandato de

intenta restringir al máximo el contenido de la cláusula, véase KÜPER, «Die sog. „Gefahrtragungspflichten“ im Gefüge des rechtfertigenden Notstandes», *Juristen Zeitung*, (35-22), 1980, pp. 755 ss.; PERRON, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 34, nm. 46; ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 34, nm. 152.

¹¹⁶ Las «restricciones ético-sociales», que normalmente se han hecho sobre la base del elemento de «imperiosidad» [*Gebotenheit*] (solo GRÜNEWALD, «„Sozialethische“ Einschränkungen des Notwehrrechts», en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA [eds.], *FS-Sancinetti*, 2020, pp. 427 ss.), se han considerado recientemente como una aplicación *de facto* de una cláusula de razonabilidad. Así BÜLTE, «Zur Verhältnismäßigkeit der Notwehr und Art. 103 Abs. 2 GG als Schranken-Schranke», *Neue Kriminalpolitik*, (28-2), 2016, pp. 175 ss. Al respecto ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen*, 2008, pp. 311 ss.; GRECO, *GA*, (165-12), 2018, pp. 669 ss. Sobre el uso de una cláusula de adecuación, por ejemplo, en el llamado «proyecto Radbruch» (1922), véase solo GRÜNEWALD, *ZStW*, (122-1), 2010, pp. 51, 59 ss.

¹¹⁷ Cf. esta solución con la regulación del antiguo Anteproyecto 1909, DEUTSCHES REICH/REICHSJUSTIZAMT, *Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, 1909 [reimpresión de 2018], § 66 Abs. 2: excitación excusable; en los detalles: KANTOROWICZ, «Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (7-1), 1910, p. 295; KITZINGER, «Randbemerkungen zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches», *ZStW*, (31), 1911, pp. 223 ss.; VON LISZT, «Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches», *ZStW*, (30), 1910, p. 268. Cf. también las regulaciones similares en los Proyectos 1913 (DEUTSCHES REICH/JUSTIZMINISTERIUM, *Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, 1920, § 27 Abs. 3), 1919 (SCHUBERT/REGGE, *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts. I. Abteilung*, t. I, 1995, p. 3) y 1925 (SCHUBERT/REGGE, *Quellen zur Reform*, t. I, 1995, p. 203). Véase, al respecto MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 282; VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. II, 1930, p. 215.

¹¹⁸ Esto se muestra claramente en la consideración actual de que es un mandato de optimización (principio jurídico) y no una regla. Así ALBRECHT, «Überlegungen zur Behandlung gesetzesergänzender Rechtsprechung», en DEGNER/HEGHMANN (eds.), *FS-Dencker*, 2012, p. 5; DANNECKER/SCHUHR, *LK-StGB*, t. I, 13ª ed., 2019, § 1,

determinación no impone la obligación de crear la ley penal más determinada que pueda ser concebida, sino la de que el legislador realice el máximo esfuerzo por brindar claridad en la regulación, sin que sufra innecesariamente la justicia material¹¹⁹. La utilización de cláusulas indeterminadas, en este contexto, no se encuentra en principio excluida, y así lo marca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán con razón¹²⁰. Si a eso se le suma que estas cláusulas son utilizadas en otras causas de justificación y que el mandato de certeza rige con menos intensidad en cuestiones de parte general que en las de la parte especial, por una cuestión evidente de que se trata de reglas generales «entre paréntesis»¹²¹, la objeción de legalidad no resulta decisiva. Es cierto que se pierde determinación y quizá la ciudadanía deba acostumbrarse a la nueva regulación. Pero es una pérdida necesaria y tolerable para resolver de un modo justo distintos casos, como sucede también con la cláusula de adecuación del estado de necesidad justificante¹²².

Quien se mantenga escéptico ante esta respuesta —y, en especial, ante el aumento del margen de apreciación para quien aplica el derecho que genera una regla como la aquí propuesta— podría intentar buscar un camino intermedio. Solo a modo de ejemplo, los experimentos mentales que se utilizaron para mostrar el problema de la sobreinclusión se concentraron en supuestos de emociones que pueden ser reconducidas a ideas discriminatorias. Y a partir de eso se hizo una propuesta legislativa tendente a reducir el alcance de la exculpación. Pero esta propuesta no necesariamente ha de ser la única. A partir de las constataciones de este trabajo se podría pensar en una regla amplia de exculpación que no requiera un análisis de

nm. 152; DUTTGE, «Wider die Palmströmsche Logik: Die Fahrlässigkeit im Lichte des Bestimmtheitsgebotes», *JZ*, (69-6), 2014, p. 265; SATZGER, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 1, nm. 24. Véase también GROPP/SINN, *Strafrecht AT*, 5ª ed., 2020, § 3, nm. 10. En cualquier caso, esto no debe entenderse como un mero principio que debe ponderarse frente a todas las demás consideraciones, como afirma acertadamente GRECO, «Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genomener teleologischer Reduktionen», *ZIS*, (13-11), 2018, p. 476, sino como un principio jurídico basado en la seguridad jurídica que debe ponderarse frente a la necesidad de una regulación general.

¹¹⁹ Abogan a favor de un estándar algo más alto (la mayor determinación posible), por ejemplo, HASSEMER/KARGL, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 1, nm. 41; HECKER, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 1, nm. 20; LENCKNER, «Wertauffüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der. Satz „nulla poena sine lege“», *JuS*, 1968, p. 305; SATZGER, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 1, nm. 24; SCHMITZ, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 1, nm. 54. Con razón, en cambio GRECO, *ZIS*, (13-11), 2018, p. 477: «La mayor determinación posible es siempre la que aún no se ha logrado; si se adoptara este requisito, casi ninguna disposición de la parte especial habría de ser considerada constitucional». Crítico también HERZBERG, «Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)», *ZIS*, (6-5), 2011, p. 444, nota al pie 5; KUHLEN, «Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgrundsatzes», en MONTIEL/SCHUHR/KUDLICH (eds.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, 2012, pp. 134 ss.; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, pp. 33 ss. Estos detalles se pueden obviar aquí. Es importante señalar en este punto que ninguna de las dos posturas excluye la posibilidad de utilizar cláusulas generales. Véase también ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen*, 2008, p. 310; NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung Im Strafrecht*, 1973, pp. 19 ss.

¹²⁰ BVerfGE, 4, p. 352 (357 s.); BVerfGE 26, p. 41 (42); BVerfGE 28, p. 175 (183: utilización de «conceptos fluidos»); BVerfGE 37, p. 201 (208); BVerfGE 45, p. 363 (371 s.); BVerfGE 75, p. 329 (340 ss.); BVerfGE 92, p. 1 (12). En detalle sobre esta jurisprudencia ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen*, 2008, pp. 308 ss.; RUPPERT, *ZIS*, (15-1), 2020, p. 1717; SCHMAHL, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 2019, § 2, nm. 57 ss.

¹²¹ Véase solamente BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE (eds.), *Strafrecht AT*, 12ª ed., 2016, § 7, nm. 9 ss.; DANNECKER «Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts», en EL MISMO *et al.* (eds.), *Otto-FS*, 2007, p. 33; GROPP/SINN, *Strafrecht AT*, 5ª ed., 2020, § 3, nm. 10; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 82. En los resultados también JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1991, § 4, nm. 16; SANCINETTI, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, 2003, p. 19.

¹²² Los que critican esta cláusula también con respecto al estado de necesidad justificante probablemente no considerarán esta respuesta decisiva y se habrá llegado a una especie de «empate» en la argumentación. Véase, por ejemplo, ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 34, nm. 152; menos efusivo SATZGER, *JURA*, (38-2), 2016, p. 160. Un tratamiento en profundidad de esta cuestión requiere un examen más detallado del alcance del principio de legalidad en las causas de justificación y exculpación del que se puede ofrecer aquí.

razonabilidad, pero que esté limitada por un control negativo: que la emoción no esté provocada por ideas discriminatorias. La propuesta reformada podría tener la siguiente configuración:

«Si el autor sobrepasa los límites de la legítima defensa por una acción emocional no será castigado, si el exceso no fue provocado por ideas discriminatorias».

Esta clase de regulación no es nueva y se propone actualmente como «control negativo» de las decisiones médicas de triaje *ex ante*, que en principio serían impunes según las reglas generales de colisión de deberes¹²³. Una disposición de esta clase sería sin dudas superior a la regulación actual del § 33 StGB e implicaría una superación de la distinción entre emociones asténicas y esténicas que ha sido el centro de la discusión de este texto. No obstante, la mayor determinación se paga con otros problemas de sobreinclusión e infrainclusión, como suele pasar cuando se pasa de regulaciones basadas en estándares a unas basadas en reglas un poco determinadas. Piénsese solamente en casos de emociones irrazonables, pero que no pueden remitirse a ideas discriminatorias, como la de quien siente miedo vital ante un posible robo, dado que cree que una pérdida del honor a causa de un hurto es algo intolerable, y por esa razón recurre a una acción innecesaria para repeler la agresión¹²⁴. Esos casos quizá no deban ser exculpadados y sin dudas vale la pena discutir el tema, lo que quedaría bloqueado por esta regulación. Pero, nuevamente, este camino intermedio sería superior a mantener la redacción actual del exceso en Alemania y no debe ser descartado sin más.

La segunda crítica, más interesante a nivel sustantivo, diría que sería impermissible en un Derecho penal liberal recurrir a una concepción evaluativa, que apela a estándares ético-sociales de valoración para analizar las emociones de los agentes. La interpretación dominante sería valorativamente neutral, al recurrir a la distinción «forense»¹²⁵ entre emociones asténicas y esténicas, que solo harían referencia a la fuerza o debilidad de las emociones. En cambio, la teoría evaluativa que aquí se presenta requiere juicios de valor, tales como que hay ciertas cosas respecto de las cuales está bien enojarse o sentir miedo y, en última instancia, también valorarían críticamente las evaluaciones internas de los agentes. Esto implicaría un juzgamiento moral de las ideas de la ciudadanía, incompatible con un Derecho penal liberal de acto¹²⁶. En otras palabras, el Estado quizá debería mantener cierta neutralidad valorativa y no

¹²³ A favor de esta solución, por ejemplo, HILGENDORF, «El triaje en el contexto de las decisiones de vida contra vida», (trad. por DIAS), *InDret*, (3), 2022, pp. 369 ss. En detalle sobre la problemática de la colisión de deberes en casos de triaje en general (no solo *ex ante*), desde una perspectiva crítica respecto de la discusión más reciente COCA VILA, «Triage y colisión de deberes jurídico-penal», *InDret*, (1), 2021, pp. 166-202.

¹²⁴ Las cuestiones vinculadas a una sobrevaloración (o valoración equivocada) de la protección del honor en casos de delitos contra las personas es conocida a partir de la discusión de los últimos años sobre «asesinatos por honor». Al respecto GRECO, «Ehrenmorde im deutschen Strafrecht», *ZIS*, (9-7/8), 2014, pp. 310 ss.; GRÜNEWALD, «Tötungen aus Gründen der Ehre», *NStZ*, (1), 2010, pp. 1 ss.; HÖRNLE, *Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag*, 2014, pp. 99 ss. Sobre la cuestión general de la posibilidad de defender el honor en legítima defensa, recientemente también FERZAN, «Defending Honor and Beyond: Reconsidering the Relationship between Seemingly Futile Defense and Permissible Harming», *Journal of Moral Philosophy*, (15-6), 2018, pp. 683 ss.; FROWE, *Defensive Killing*, 2014, pp. 109 ss.; STATMAN, «On the Success Condition for Legitimate Self-Defense», *Ethics*, (118-4), 2008, pp. 668 ss.

¹²⁵ Referencias a la literatura psicológica-forense en DIEDERICH, *Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses*, 2001, pp. 163 ss.; SPENDEL, *LK-StGB*, t. II, 11ª ed., 2005, § 33, nm. 59, nota al pie 49; ZABEL, en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 354. Una crítica a la posibilidad de probar empíricamente las emociones en GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, pp. 344 ss.; LA MISMA, *Reform der Tötungsdelikte*, 2016, pp. 52 ss.

¹²⁶ Cf. KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 359 ss.

debería meterse en los pensamientos de la ciudadanía, como la importancia que le da a los vínculos con sus familiares o sus ideas raciales.

Aquí sí hay un punto importante, pero que tampoco es decisivo. Esta crítica a la evaluación de los estados internos es muy similar, o quizá la misma, que suele ser abordada al tratar la cuestión de los motivos abyectos (característicos de los crímenes de odio) en el tipo penal del asesinato en el derecho penal alemán (§ 211 párr. 2 grupo 1 4ª var. StGB). En las últimas décadas se produjo una revitalización de la discusión sobre la legitimidad de este tipo penal¹²⁷, justamente porque al parecer requeriría una apreciación ético-social de los motivos con los que el autor cometió un homicidio. No se puede abordar en detalle esta cuestión, pero sí mencionar que a muy grandes rasgos se defienden dos concepciones¹²⁸ sobre la legitimidad del asesinato por motivos abyectos, que podrían ser aplicables *mutatis mutandis* a la interpretación y regulación del § 33 StGB que se propone aquí. Si se parte de considerar que los motivos abyectos implican una mayor culpabilidad por su especial reprochabilidad moral, como se sostuvo clásicamente¹²⁹, entonces aquí sucede lo mismo, ya que se castigarían los casos de acciones emocionales reprochables, en tanto contrarias al juicio de un hombre razonable. Y se exculparían los excesos causados por una emoción asentada en una correcta valoración moral, compatibles con el juicio de un hombre razonable¹³⁰. Es decir, no se estaría haciendo algo nuevo y absolutamente antiliberal, sino que esta clase de evaluaciones éticas¹³¹ serían algo usual en el Derecho penal.

Pero si se considera que esto es demasiado poco exigente y se asume que solo es posible compatibilizar estas regulaciones con un Derecho penal liberal a partir de una «objetivización» de los motivos, los casos de exceso a la legítima defensa también pueden ser interpretados de un modo liberal. Así, si se traslada al § 33 StGB una postura como la de MÜSSIG¹³², que considera que un asesinato por motivos reprochables es uno en el que la víctima no tuvo ninguna clase de responsabilidad previa (como una provocación), lo mismo podría regir aquí: un exceso en la legítima defensa no será excusable, a pesar de haber estado presente una emoción, cuando la víctima no tenga responsabilidad previa por el exceso «más allá de la agresión antijurídica». En ese sentido, en casos como «Miedo racista», el exceso no se produce como consecuencia de la acción antijurídica, sino de un miedo que responde a cuestiones respecto de las cuales la

¹²⁷ Cf. GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, pp. 144 ss.; HEINE, *Tötung aus „niedrigen Beweggründen“*, 1988, *passim*; KELKER, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, 2007, pp. 606 ss.; MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 243 ss.; PERALTA, *Motivos reprochables*, 2012, *passim*.

¹²⁸ Véase RISSING-VAN SAAN/ZIMMERMANN, *LK-StGB*, t. VII, 12ª ed., 2019, § 211, nm. 61 ss.

¹²⁹ La discusión habitual suele versar sobre la cuestión de si este elemento del asesinato es un elemento del tipo subjetivo del ilícito o un elemento específico de la culpabilidad. Véase solamente ESER/STERNBERG-LIEBEN, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 211, nm. 6; WESSELS/HETTINGER/ENGLÄNDER, *Strafrecht BT*, t. I, 44ª ed., 2020, nm. 44 ss. Para un desarrollo detallado de la discusión clásica véase HEINE, *Tötung aus „niedrigen Beweggründen“*, 1988, pp. 226 ss.

¹³⁰ Cf. el test propuesto con la «regla de oro» de HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht Besonderer Teil*, t. I, 2021, § 2, nm. 32.

¹³¹ Véase la definición que la jurisprudencia del BGH ofrece de los motivos abyectos: BGHSt, 3, p. 132 (133 s.); BGHSt 42, p. 226 (228); BGH, *NJW*, 1995, p. 602 (602); *NJW*, 2006, p. 1008 (1011); BGH, *NSZ*, 2013, p. 337 (338). Sobre la opinión dominante, *pars pro toto* HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht Besonderer Teil*, t. I, 2021, § 2, nm. 32; JÄGER, *Strafrecht BT*, 8ª ed., 2019, nm. 31; MOMSEN, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 211, nm. 19; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7ª ed., 2005, § 2, nm. 21; ESER/STERNBERG-LIEBEN, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 211, nm. 18a; WESSELS/HETTINGER/ENGLÄNDER, *Strafrecht BT*, t. I, 44ª ed., 2020, nm. 49.

¹³² Cf. MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 274 ss., 324 ss., *passim*. También GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, pp. 216 ss.; PERALTA, *Motivos reprochables*, 2012, pp. 215 ss. A favor JAKOBS, «Grünwald, Anette: Das vorsätzliche Tötungsdelikt. Tübingen: Mohr Siebeck 2010. IX, 432 S», *ZStW*, (123-2), 2011, p. 322.

víctima del exceso no tiene ninguna clase de control, como su raza¹³³. Pero en «Ira justificada», la emoción se produce justamente por la acción especialmente grave (quizá en algún sentido «injuriante»)¹³⁴ de la víctima del exceso. Por consiguiente, para satisfacer los requisitos de estas posturas más exigentes, bastaría con «objetivizar» el estándar de razonabilidad propuesto, con más hincapié en la responsabilidad de los contrincantes por el conflicto en general, y por el exceso en la defensa en particular. Y si bien haría falta un análisis más detallado¹³⁵, es posible que los resultados coincidan al menos parcialmente con los aquí defendidos.

Comoquiera que fuese, basta con señalar que incluso si se asumiese una postura no «objetivizada» del estándar del § 33 StGB, y se admitiese cierto déficit de liberalismo¹³⁶, la solución propuesta presenta una ventaja respecto de las concepciones dominantes: ser más honesta en la valoración. Porque no es cierto que la distinción entre emociones asténicas y esténicas sea una distinción completamente neutral en términos valorativos. Por el contrario, implica una valoración positiva de casos como «Miedo racista», en el sentido de que sería considerado excusable e impune un exceso ilícito en la legítima defensa, a pesar de que el sobrepaso se produjo por una emoción asténica irrazonable, hasta el punto de estar mediado por una motivación racista¹³⁷. La postura aquí propuesta quizá no sea tan fácil de compatibilizar con un liberalismo clásico como otras que prescindan de un análisis normativo de las emociones, pero no esconde debajo de la alfombra estas valoraciones. Por el contrario, las plantea abiertamente y permite una discusión seria en un determinado *space of reasons*¹³⁸, puntualmente, en una cláusula de adecuación que permitiría aplicar el estándar evaluativo de razonabilidad.

También en relación con este punto, el crítico podría atacar otro aspecto al parecer problemático del uso de valoraciones morales en el sentido aquí propuesto: el recurso a un criterio de la persona razonable o persona media en el ámbito de la culpabilidad. Un estándar así parecería ir en contra de una distinción tradicional entre ilícito y culpabilidad en la que las valoraciones en base a criterios generales podrían aparecer en la primera categoría —por ejemplo, en la determinación de la violación de un deber de cuidado—, mientras que la segunda debería centrarse en la reprochabilidad «personal» del individuo concreto¹³⁹. Sobre esto, debe

¹³³ Similar PERALTA, «Homicidios por odio como delitos de sometimiento», *InDret*, (4), 2013, pp. 21 ss.

¹³⁴ Esta sería quizás una forma de demostrar una violación de derechos (y no solo una «violación ético-social») en estos casos, de modo que se vean cumplidos los elevados requisitos de estas teorías. Para un panorama de este tema GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, pp. 361 ss.

¹³⁵ Asimismo, hay que examinar a fondo cómo estas nuevas opiniones concilian sus exigencias con el uso de las circunstancias internas del autor para exculparlo. Este es precisamente el reto del § 33 StGB. Así ya JAKOBS, *ZStW*, (123-2), 2011, pp. 319 ss., 322. Para un intento de llevar a cabo esta tarea, véase PERALTA, *Motivos reprochables*, 2012, pp. 199 ss., 262 ss. y *passim*.

¹³⁶ En detalle sobre la relación entre las emociones y el liberalismo político NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, pp. 56 ss.; LA MISMA, *Politische Emotionen*, 2016, pp. 11 ss.

¹³⁷ Cf. KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 360 ss.

¹³⁸ Sobre el concepto del «*space of reasons*» como soporte de los discursos de política criminal sobre merecimiento de pena, véase KUBICIEL, «Integrität des Sports – Konkretisierung eines Begriffs», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, (1), 2018, p. 29; KUDLICH, «Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat», *ZStW*, (127-3), 2015, p. 651.

¹³⁹ Para un panorama del modelo tradicional de distinción entre ilícito y culpabilidad, véase solamente HILGENDORF, «System- und Begriffsbildung im Strafrecht», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 27 nm. 69 ss.; FRISCH, «Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Umbruch», *GA*, (166-3), 2019, pp. 185 ss. Siempre digno de ser leído WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, 1964, pp. 125 ss. Sobre las bases de teoría de las normas de esta distinción y la problemática histórica SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2012, pp. 589 ss., 678 ss.

señalarse de forma preliminar que esa distinción fuerte entre antijuridicidad objetiva y culpabilidad subjetiva no es actualmente una asunción libre de controversias. Por eso, una propuesta «normativizada» de un aspecto de la culpabilidad como la que fue asumida en este trabajo¹⁴⁰ no es algo tan extraño o, al menos, no es algo extravagante en el estado actual de la discusión¹⁴¹.

No obstante, no interesa tanto señalar esta cuestión general, sino una más específica y vinculada a los casos de exceso a la legítima defensa. Si se considera que reglas como el § 33 StGB establecen una causa de exculpación «autónoma», entonces la liberación de pena de estos excesos procedería de un modo relativamente independiente de los criterios clásicos de una culpabilidad entendida de modo personal¹⁴². En particular, quien se excede en la legítima defensa actuaría de modo en principio culpable y solo por condescendencia de la comunidad jurídica¹⁴³ no sería castigado (o castigado en menor medida en otros ordenamientos jurídicos, como se verá más adelante en este trabajo). A modo de ejemplo: si en los casos hipotéticos analizados el individuo hubiese actuado verdaderamente sin capacidad individual de culpabilidad por el susto extremo que le produjo la agresión, entonces se aplicarían las reglas estándar del § 20 StGB. Lo interesante de cláusulas como el § 33 StGB es que dejan impunes casos en los que la conducta, según parámetros individuales, serían antijurídicas y culpables. Entonces, no es incompatible un entendimiento individual «clásico» de la culpabilidad con una interpretación de las reglas de exceso a partir de estándares normativos de persona razonable que actuarían de modo complementario. En todo caso, luciría un poco extraña la ubicación sistemática del § 33 StGB en la «culpabilidad» dentro del sistema del hecho punible, lo que puede ser resuelto con facilidad si se pasa a considerar, como lo hace la opinión minoritaria, a las reglas de exceso como causas personales de exclusión de la pena¹⁴⁴ o algo similar¹⁴⁵, esto es, como parte de una categoría diferente a la culpabilidad en sentido estricto. En otras palabras, no es necesario comprometerse con una distinción entre ilícito y culpabilidad distinta a la habitual para sostener una postura sobre el exceso en la legítima defensa como la aquí presentada.

¹⁴⁰ Véase *supra* 4.1.

¹⁴¹ Véase solamente la crítica de PAWLIK a la diferenciación tradicional entre ilícito y culpabilidad, con múltiples referencias, en *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 259 ss. Para la recepción en habla hispana de posturas de esta clase, véase solamente CÓRDOBA, «De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad», *En Letra: Derecho Penal*, (4), 2017, pp. 45 ss., así como FEIJÓO SÁNCHEZ, «Sobre las nuevas tendencias en materia de culpabilidad jurídico-penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 2009, pp. 240 ss. También téngase en cuenta la defensa a la postura tradicional en HILGENDORF, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 27, nm. 72 ss.; y ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico penal en Alemania», *InDret*, (4), 2012, pp. 18 ss., y que está más centrada en la necesidad de conservar en el sistema a las categorías generales de ilícito y culpabilidad que en sostener una culpabilidad como reprochabilidad personal y una antijuridicidad basada en estándares generales.

¹⁴² De lo contrario, las reglas de exceso serían redundantes, como en su momento supo señalar correctamente SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT. Studienbuch*, 2ª ed., 1984, § 8, nm. 29 ss. Lo mismo es aplicable para quienes consideran a las reglas de exceso como casos de error, independientemente de si se asume que los errores relevantes excluyen la culpabilidad o el ilícito, porque entonces sería suficiente con contar con disposiciones sobre errores para resolver los casos aquí tratados.

¹⁴³ Similar en el enfoque PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 359.

¹⁴⁴ Así, por ejemplo, en la doctrina clásica VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. II, 1930, p. 213; MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 283. Para referencias sobre esta discusión, véase *supra* nota al pie 27.

¹⁴⁵ Solo a modo de ejemplo, véase la clasificación como causa de exclusión de la responsabilidad en WOLTER, «Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschließungsgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin», *GA*, 1996, pp. 214 s.

En tercer y último lugar, se podría señalar, como hace ZIMMERMANN¹⁴⁶, que permitir una exculpación de las emociones esténicas iría en contra de la valoración que hace el ordenamiento jurídico alemán de las reacciones violentas. Esta valoración estaría plasmada, por ejemplo, en el § 213 StGB, que solo disminuye la pena para el homicida que, sin tener culpa alguna, haya sido incitado a la ira por un maltrato o un insulto grave infligido hacia él o a un miembro de su familia por la persona que ha sido matada¹⁴⁷.

Tampoco esta objeción puede convencer. Ya como cuestión formal, el § 213 StGB tiene un margen de aplicación muy reducido: homicidios mediados por una sola emoción, como la ira, que además tuvo que haber sido causado a partir de ciertos medios enumerados. Por tanto, la posibilidad de derivar conclusiones generales de esta regla es limitada. Pero con independencia de eso, lo cierto es que en casos como los del § 213 StGB no está presupuesta una situación de legítima defensa, que sí es condición necesaria para la concesión de la exculpación en los términos del § 33 StGB. Por eso, desde la teoría de la doble disminución de la culpabilidad se podría decir que incluso si la emoción esténica no es suficiente para exculpar en su totalidad al autor, la disminución adicional de culpabilidad derivada del accionar en legítima defensa permitiría dejar sin pena al excedente¹⁴⁸.

De todos modos, le asiste razón a ZIMMERMANN en cuanto que las reacciones agresivas deben ser vistas con cierto escepticismo a la hora de exculpar y aquí no se está proponiendo que la regla del § 33 StGB alcance a «cualquier clase» de emoción esténica, lo que fue rechazado explícitamente. Por el contrario, se aboga solo porque ciertos casos de, por ejemplo, ira u odio durante un exceso en la legítima defensa sean exculpadados en virtud de la valoración ética positiva. En todo caso, se debe admitir que es necesario tener cierto cuidado con la apertura de la exculpación a estas constelaciones, en especial en regulaciones como la alemana, que solo habilitan una disculpa completa, sin matices. Si bien ese esfuerzo adicional que deberá hacer el aplicador de derecho quizá sea exigible para contribuir a un Derecho penal que esté en condiciones de brindar resultados más justos, una reforma integral quizá deba ir un poco más allá de lo aquí propuesto. Esto podría ser realizado mediante una regla de exculpación solo facultativa y/o permitiéndole al aplicador del Derecho no solo dejar sin castigo al excedente, sino también ofreciéndole la posibilidad de disminuirle la pena¹⁴⁹. De más está decir que esto implicaría una modificación del sistema alemán de exceso más radical que la aquí propuesta, lo que no es necesariamente debe ser visto como algo problemático. De hecho, permitiría un análisis más matizado de la intensidad de las reacciones excesivas a partir de emociones: los excesos menos razonables podrían recibir solo una atenuación, mientras que aquellos basados en emociones absolutamente adecuadas recibirían una disculpa completa. Esta mayor flexibilidad genera (más) inconvenientes adicionales de indeterminación, pero también favorecería una mayor justicia material en el caso concreto. La búsqueda de un equilibrio entre ambas consideraciones merece sin duda atención y la configuración específica de la regulación quizá deba ser sensible a las características del ordenamiento jurídico individual del que se trate. Expresado sin rodeos: un ordenamiento jurídico más seguro de sus aplicadores del

¹⁴⁶ ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 59.

¹⁴⁷ ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 59.

¹⁴⁸ Véase ya RUDOLPHI, «Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?», *ZStW*, (78-1/2), 1966, p. 81. Similares GRÜNEWALD, *Reform der Tötungsdelikte*, 2016, p. 54; JAKOBS, *ZStW*, (123-2), 2011, p. 320, nota al pie 7.

¹⁴⁹ Si se elige este camino, la regla original de este trabajo podría ser planteada, por ejemplo, en estos términos: «Si el autor sobrepasa los límites de la legítima defensa por una acción emocional adecuada, podrá recibir una reducción de la pena hasta el mínimo legal o una exención de pena».

derecho seguramente tendrá menos inconvenientes en adoptar una regulación más indeterminada, con mayor flexibilidad para «ajustar» detalles en el caso individual, que uno que confíe menos en ellos. Sobre esta cuestión, no en última instancia empírica, no es posible brindar más que estas apreciaciones básicas.

5. Conclusión y aportes para Iberoamérica

En este trabajo se ha intentado mostrar que la distinción que la opinión dominante en Alemania hace entre emociones asténicas y esténicas al interpretar el § 33 StGB no tiene fundamentos tan sólidos como los que usualmente se cree. En concreto, se ha mostrado que la delimitación sobre la que estaría apoyado el tenor literal de la disposición da lugar a problemas de sobreinclusión e infrainclusión. Para resolver esto se ha propuesto una asunción de las teorías normativas sobre la *ratio* de la regla sobre exceso en la legítima defensa, acompañada por una concepción evaluativa de las emociones. A partir de eso, se ha realizado una propuesta *de lege lata* y una propuesta *de lege ferenda*, ambas basadas en el análisis de la razonabilidad de la acción emocional. Si con este intento de solución se ha logrado avanzar levemente en el conocimiento de la figura jurídica en cuestión, se habría alcanzado la meta principal de una contribución a la ciencia del derecho penal.

No obstante, como cierre de este trabajo resulta conveniente reflexionar sobre qué posibles consecuencias tienen estos hallazgos para el Derecho penal de habla hispana. Esta pregunta resulta decisiva no en última instancia por el hecho de que este artículo se ha centrado en un problema muy específico de la regulación del Derecho penal alemán y uno podría preguntarse cuál es la relevancia de esta investigación para otros sistemas jurídicos en general, y para la ciencia del derecho penal «de habla hispana» en particular. Por supuesto que esta cuestión podría abordarse de un modo muy abstracto, con el fin de evadir el problema. Por ejemplo, se podría señalar que la cuestión filosófica de fondo es general e insistir en que, por tanto, este tratamiento teórico es importante para un círculo académico que quiera convertirse en algo así como una ciencia universal del derecho penal¹⁵⁰. Esto puede llegar a ser cierto. No obstante, una verdadera contribución a una ciencia de esta clase debe tomar en serio el contexto en donde se pretende una publicación y, de hecho, es posible señalar algunos aportes importantes que esta cuestión al parecer intrínsecamente alemana puede brindar para la discusión en Iberoamérica.

Estos aportes deben ser divididos entre aquellos aplicables a ordenamientos jurídicos (vigentes o, eventualmente, meramente posibles si se trata de proyectos de reforma) con una regulación espeja respecto del derecho penal alemán y aquellos aplicables a ordenamientos jurídicos con una regulación similar, pero parcialmente distinta, del exceso en la legítima defensa. Respecto de los primeros ordenamientos jurídicos, el caso paradigmático es el de Paraguay, que en su artículo 24 establece una regla de exceso que sigue casi al pie de la letra al § 33 StGB:

¹⁵⁰ Como es sabido, esta terminología, utilizada aquí de un modo un tanto libre, proviene de VON LISZT, *Das Strafrecht der Staaten Europas*, 1894, p. XXIV. Más recientemente, por ejemplo, GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, 2015, p. 37; HIRSCH, «Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft: Nationale und universale Strafrechtswissenschaft», *ZStW*, (116-4), 2004, pp. 840 ss. En detalle sobre el proyecto de LISZT y su actualidad HILGENDORF, «Die internationale Strafrechtswissenschaft», en HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (eds.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2ª ed., 2021, pp. 153 ss.

Artículo 24.- Exceso por confusión o terror

El que realizara un hecho antijurídico excediéndose por confusión o terror en los límites de la legítima defensa o de un estado de necesidad justificante, será eximido de pena.

En lo que aquí interesa, la única diferencia con la regulación alemana es que las emociones miedo y susto fueron concentradas en una sola, esto es, terror. Esta cuestión no debería afectar en prácticamente nada las conclusiones a las que aquí se ha llegado. Y dado que la historia legislativa del Código Penal paraguayo permite hablar de una recepción directa del alemán¹⁵¹, la contribución es bastante clara: debe ser rechazada una interpretación de la regla a partir de la distinción entre emociones asténicas y esténicas, a favor de una que tenga en cuenta la razonabilidad o adecuación (moral) de la acción emocional. Dado el caso, además, una reforma legislativa permitiría corregir los problemas adicionales que presenta esta clase de regulación y que han sido señalados en los apartados anteriores.

Más compleja, e interesante, es la contribución que puede ser extraída para ordenamientos jurídicos con reglas similares, pero no espejas respecto del StGB. Si bien cada disposición legal merece un tratamiento interpretativo autónomo, es posible bosquejar algunas conclusiones básicas sobre un estilo legislativo que se repite en Iberoamérica: reglas de exceso no condicionadas por las emociones del excedente y que dan lugar a una disminución de la pena, como el español (art. 21.1 Código Penal español¹⁵²) o el argentino (art. 35 Código Penal argentino¹⁵³). En estos casos, se debe decir, primero, que debe evitarse una recepción directa de la doctrina alemana en la materia en lo que se refiere a la distinción entre emociones asténicas y esténicas. Si bien esta aparece en algunas obras de habla hispana¹⁵⁴, las regulaciones que no incluyen una enumeración de emociones no tienen por qué recurrir a esta distinción problemática. Además, restringir el ámbito de aplicación de estas reglas a casos de «emociones asténicas» probablemente genere tensiones más fuertes con el principio de legalidad que las que se abordaron en este artículo a partir del Código Penal alemán, ya que se carecería de soporte textual (incluso mínimo) para una restricción del alcance de la regla, en contra del autor¹⁵⁵.

Segundo, que la utilización de la distinción entre emociones adecuadas e inadecuadas (o razonables e irrazonables) aquí propuesta para interpretar esta regla de exceso generaría los

¹⁵¹ Véase GUZMÁN DÁLBORA, «El nuevo código penal del Paraguay (1997)», *Direito e Cidadania*, 1998, pp. 59 ss.; RIVACOBIA Y RIVACOBIA, «Consideraciones críticas de carácter general acerca del Proyecto de Código penal para el Paraguay (1995)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 1996, pp. 1283 ss.

¹⁵² Sobre la aplicación del 21.1 a casos de exceso extensivo, véase BOLEA BARDÓN, «El exceso intensivo en la legítima defensa putativa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1-3), 1998, p. 635; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2016, p. 453; MOLINA FERNÁNDEZ, «La legítima defensa del derecho penal», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (25), 2012, p. 38. En detalle sobre el tratamiento de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia española, JIMÉNEZ DÍAZ, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, 2007, Capítulos 3 y 4.

¹⁵³ Por todos, RIGHI, *Derecho Penal PG*, 2008, p. 297; SOLER, *Derecho Penal PG*, t. I, 5ª ed., 1987, p. 475; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal PG*, 2ª ed., 2002, p. 644.

¹⁵⁴ Solo a modo de ejemplo CÓRDOBA, *En Letra: Derecho Penal*, (4), 2017, pp. 51 ss.; LUZÓN PEÑA, «Exculpación por inexigibilidad penal individual», *Revista Justiça e Sistema Criminal*, (8-14), 2016, pp. 23 ss.; EL MISMO, «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *Revista Justiça e Sistema Criminal*, (9-16), 2017, pp. 66 ss.

¹⁵⁵ Una crítica similar y ya clásica a los intentos de restringir cláusulas generales de exclusión o disminución de la punibilidad (en sentido amplio) puede ser encontrada, por ejemplo, en MONTIEL, «Estructuras analíticas del principio de legalidad», *InDret*, (1), 2017, p. 26, respecto de las llamadas «restricciones ético-sociales» a la legítima defensa. De todos modos, la cuestión, como ya ha quedado claro al tratar las posibles objeciones a la propuesta aquí defendida, es de difícil solución y no está libre de controversias.

mismos problemas de legalidad que la utilización de la distinción entre emociones asténicas y esténicas. Quizá estos problemas de legalidad no sean irresolubles y la cuestión depende no en última instancia de los límites del texto de las distintas disposiciones legales. Pero sí habría que ser conscientes de este problema y brindar un tratamiento adecuado. Además, en el caso particular de España, también podría entrar en consideración como objeto de un análisis a partir de la filosofía de las emociones el art. 21.3: «[O]brar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante»¹⁵⁶. Como señala GONZÁLEZ LAGIER¹⁵⁷, si bien esta clase de disposiciones parecería tener por base una teoría mecanicista de las emociones («estímulos tan poderosos», «otro estado pasional de entidad semejante»), la incorporación de elementos evaluativos puede llegar por vía de interpretación. Si eso es de hecho posible *de lege lata* puede ser dejado de lado aquí¹⁵⁸.

Tercero, que en caso de que se considere imperativo que la aplicación de las reglas de exceso dependa de un análisis moral de las emociones, pero los problemas de legalidad sean decisivos e impidan tal análisis, entonces la alternativa *de lege ferenda* que se ha brindado en este artículo adquiere relevancia. Por consiguiente, la propuesta de modificación del StGB esbozada podría también ser entendida, si se la ajusta apropiadamente en los detalles, como una propuesta de modificación del Código Penal español o del Código Penal argentino, por ejemplo. Y si se quisiese mantener la estructura de «eximente incompleta» bastaría simplemente con establecer una atenuación de la pena y no una disculpa completa¹⁵⁹.

Cuarto, que esta concretización de las teorías normativas de la *ratio* del § 33 StGB por medio de una teoría evaluativa de las emociones podría eventualmente insertarse en el marco más general de las teorías normativas recientes sobre las reglas de «inexigibilidad». En particular, los códigos penales iberoamericanos suelen ofrecer alguna regla que pueda ser leída como una causa de exculpación por inexigibilidad. Piénsese en la regulación del «miedo insuperable» en el art. 20.6 del Código Penal español o en el art. 34 inc. 2º del Código Penal argentino¹⁶⁰, para seguir con los ejemplos ya citados. En las últimas décadas se han discutido en detalle en Iberoamérica los fundamentos y límites de las cláusulas de esta clase¹⁶¹. Y también han

¹⁵⁶ Así también MANRIQUE, «Emociones, acción y excusas», *Eunomía*, (14), 2018, p. 75.

¹⁵⁷ GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones, responsabilidad y derecho*, 2009, p. 144, con referencias adicionales a la jurisprudencia.

¹⁵⁸ Para un panorama de la doctrina y la jurisprudencia española sobre el tema, véase solamente MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, pp. 637 ss. En particular, sobre la jurisprudencia española (por ejemplo, STS 754/2015, Penal, de 27 de noviembre [ECLI:ES:TS:2015:5421]) que niega la aplicación del art. 21.3 en casos de celos, justamente a partir de un análisis ético-social que considera a los impulsos provenientes de celos como expresiones de ideas reprobables, JIMÉNEZ SEGADO, *Delitos de género y de violencia familiar*, 2021, p. 148. Sobre los problemas de legitimación e interpretación de la disposición análoga del StGB (§ 213, ya mencionada al pasar en este texto), véase solamente GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, pp. 216 ss.; LA MISMA, *Reform der Tötungsdelikte*, 2016, pp. 39 ss.

¹⁵⁹ Estas conclusiones podrían ser extendidas al 21.3 del Código Penal español si se mantiene el núcleo de la propuesta: una regla que combine el concepto «acción emocional» con una cláusula de adecuación.

¹⁶⁰ Sobre la interpretación del art. 34 inc. 2º del Código Penal argentino como una disposición de esta clase, véase únicamente CÓRDOBA, *Elementos de Teoría del Delito*, 2021, p. 22; SANCINETTI, *Casos de Derecho Penal PG*, t. I, 3ª ed., 2005, p. 287; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal PG*, 2ª ed., 2002, p. 744.

¹⁶¹ Solo a modo de ejemplo, las investigaciones en español sobre la eximente de miedo insuperable en sentido estricto, así como el problema que genera el «estado de necesidad exculpante» LERMAN, «Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante», *InDret*, (1), 2017, pp. 11 ss.; MAÑALICH RAFFO, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, (1), 2013, pp. 9 ss.; MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, 2009, pp. 309 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación», en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de derecho penal en memoria del prof. Juan José Bustos Ramírez*, 2011, pp. 225 ss.; VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, 2000, *passim*;

aparecido recientemente lecturas de estas reglas a partir de la filosofía de las emociones¹⁶². Si esto es así, entonces, por un lado, la distinción entre acciones emocionales adecuadas e inadecuadas podría ser generalizada y servir para la interpretar las cláusulas de inexigibilidad, incluso en casos ajenos al exceso en la legítima defensa. Por otro lado, también se podría pensar que ciertos casos de excesos en la legítima defensa podrían ser entendidos como supuestos de inexigibilidad, por lo que también podría entrar en consideración una exculpación completa¹⁶³. Para estos supuestos también sería necesario, naturalmente, tener en cuenta criterios brindados por la teoría de las emociones.

Estos cuatro posibles aportes merecen un tratamiento monográfico separado, debido a sus complejidades y problemáticas específicas. Sin embargo, las consideraciones en principio extremadamente puntuales sobre el Derecho penal alemán de los apartados anteriores y esta primera exploración de sus derivaciones para el derecho iberoamericano pueden servir de guía para esa clase de tratamiento. En particular, se ha intentado mostrar que un terreno relativamente poco estudiado por la dogmática del derecho penal, como la filosofía contemporánea de las emociones, puede ser fértil para repensar distintos problemas de la parte general del derecho penal actual.

6. Bibliografía

ALBRECHT, «Überlegungen zur Behandlung gesetzergänzender Rechtsprechung», en DEGENER/HEGHMANN (eds.), *Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 1-22.

ALEXANDER/FERZAN, *Reflections on Crime and Culpability*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

ALEXANDER/SHERWIN, *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Duke University Press, Durham, 2001.

BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2016.

BARSKANMAZ, *Recht und Rassismus*, Springer, Berlín, 2019.

EL MISMO, «El miedo insuperable: ¿una eximente necesaria? Reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (7), 2001, pp. 152 ss.; EL MISMO, «El miedo insuperable y la “ética del hormiguero”», *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2010, pp. 84 ss. Véase también el panorama crítico de las posturas que entienden al estado de necesidad exculpante como al menos parte del contenido de cláusulas de inexigibilidad basadas en el miedo insuperable, GUERRA ESPINOSA, «Interferencia del miedo insuperable en el estado de necesidad», *Revista de Derecho*, (35-1), 2022, pp. 338 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (eds.), *LH-Luzón Peña*, t. I, 2020, pp. 827 ss., este último con amplias referencias adicionales a la discusión española. Para una relativización de este problema de derecho positivo DIAS, «Pawlik sobre el estado de necesidad exculpante y la restricción de bienes del StGB», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (27), 2022, pp. 72 ss.

¹⁶² Véase solamente GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones, responsabilidad y derecho*, 2009, pp. 138 ss.; MANRIQUE, *En Letra: Derecho Penal*, (4), 2017, p. 13; LA MISMA, *Eunomía*, (14), 2018, pp. 75 ss.; LA MISMA, «Delitos de odio y motivos emocionales», *Análisis Filosófico*, (39-2), 2019, p. 210.

¹⁶³ Respecto del derecho penal español, esto es reconocido expresamente, por ejemplo, por JIMÉNEZ DÍAZ, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, 2007, pp. 139 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *RJUAM*, (25), pp. 38 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal PG*, 11ª ed., 2022, pp. 161 ss.; VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, 2000, pp. 300 ss. En la jurisprudencia española, véase la relación entre las reglas de miedo insuperable y legítima defensa en casos de exceso a causa de temor, por ejemplo, en la STS 1708/2003, Penal, de 18 de diciembre (ES:TS:2003:8258).

- BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12^a ed., Giesecking, Bielefeld, 2016.
- BECK, «§ 36. Fahrlässigkeit», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, C.F. Müller, Heidelberg, 2020.
- BERSTER, «Der subjektive Exzess der Notwehr und Putativnotwehr», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (163-1), 2016, pp. 36-55.
- BERTRAM, *Philosophische Gedankenexperimente. Ein Lese- und Studienbuch*, 3^a ed., Reclam, Ditzingen, 2018.
- BLEI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 16^a ed., C.H. Beck, München, 1975.
- BOCKELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3^a ed., C.H. Beck, München, 1979.
- BOLEA BARDÓN, «El exceso intensivo en la legítima defensa putativa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1-3), 1998, pp. 613-641.
- BÜLTE, «Zur Verhältnismäßigkeit der Notwehr und Art. 103 Abs. 2 GG als Schranken-Schranke», *Neue Kriminalpolitik*, (28-2), 2016, pp. 172-192.
- CHRISTOPH, «Die (un)mögliche Messung des allgemeinen Rechtsgefühls», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (103-1), 2020, pp. 58-73.
- COCA VILA, «Triage y colisión de deberes jurídico-penal», *InDret*, (1), 2021, pp. 166-202.
- , «Recensión a Bernd Rüthers. La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método», *InDret*, (4), 2020, pp. 562-567.
- CÓRDOBA, *Elementos de Teoría del Delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021.
- , «De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad», *En Letra. Derecho Penal*, (4), 2017, pp. 43-64.
- COUPETTE, *Juristische Netzwerkforschung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.
- DANNECKER, «Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts», en EL MISMO *et al.* (eds.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Carl Heymanns, Köln, 2007, pp. 25-40.
- DANNECKER/SCHUHR, «§ 1», en CIRENER *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar StGB*, t. I, 13^a ed., De Gruyter, Berlin, 2019, pp. 55-351.
- DEIGH, «Concepts of Emotions in Modern Philosophy and Psychology», en GOLDIE (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 17-40.
- DELGADO/STEFANCIC, *Critical Race Theory: An Introduction*, 3^a ed., New York University Press, New York City, 2017.
- DEMMEHLING/LANDWEER, *Philosophie der Gefühle*, J. B. Metzler, Stuttgart, 2007.
- DEMPSEY, «John Gardner, in memoriam», *Criminal Law and Philosophy*, (14-1), 2020, p. 3-4.

DEUTSCHES REICH/REICHSJUSTIZAMT, *Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, De Gruyter, Berlin, 1909 [reimpresión de 2018].

DEUTSCHES REICH/JUSTIZMINISTERIUM, *Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, De Gruyter, Berlin, 1920.

DIAS, «Pawlik sobre el estado de necesidad exculpante y la restricción de bienes del StGB», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (27), 2022, pp. 45-82.

DIEDERICH, *Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses*, Mensch und Buch, Berlin, 2001.

DOMÉNECH-PASCUAL, «Thought Experiments in Law», *Law and Method*, (2), 2021, pp. 1-21.

DUFF, *The Realm of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

DUBBER/HÖRNLE, *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

DUTTGE, «§ 33», en DÖLLING/DUTTGE/KÖNIG/RÖSSNER (eds.), *Gesamtes Strafrecht*, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2022.

—————, «Wider die Palmströmsche Logik: Die Fahrlässigkeit im Lichte des Bestimmtheitsgebotes», *Juristen Zeitung*, (69-6), 2014, pp. 261-270.

ENGLÄNDER, «Zur Begründung der Notwehr im deutschen Strafrecht: überindividualistisch, dualistisch oder individualistisch?», en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA (eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, pp. 297-311.

—————, «§ 33», en MATT/RENZIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Franz Vahlen, München, 2020.

—————, «Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz», en HILGENDORF (ed.), *Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 111-125.

—————, «Der Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess», *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, (14-10), 2013, pp. 389-393.

—————, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

ENOCH, *Taking Morality Seriously: A Defense of Robust Realism*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

ERB, «§ 33», en ERB/SCHÄFER (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 4ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

—————, «§ 34», en ERB/SCHÄFER (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 4ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

ESER/STERNBERG-LIEBEN, «§ 211», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., C.H. Beck, München, 2019.

FABRICIUS, «Emotionen und Strafrecht», en BERNER/FAß (eds.), *Sichtbares und Unsichtbares*, LIT Verlag, Münster, 2014, pp. 193-212.

FEIJÓO SÁNCHEZ, «Sobre las nuevas tendencias en materia de culpabilidad jurídico-penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 2009, pp. 229-252.

FERZAN, «Defending Honor and Beyond: Reconsidering the Relationship between Seemingly Futile Defense and Permissible Harming», *Journal of Moral Philosophy*, (15-6), 2018, pp. 683-705.

FISCHER, J. *Die straflose Notwehrüberschreitung. Voraussetzungen, Rechtsnatur und analoge Anwendung des § 53 Abs. 3 StGB*, Tesis Doctoral, Frankfurt am Main, 1971.

FISCHER, Th., *Strafgesetzbuch*, 69ª ed., C.H. Beck, München, 2022.

FLETCHER, *Notwehr als Verbrechen. Der U-Bahn-Fall Goetz*, Suhrkamp, Berlin, 1993.

—————, «The Right and the Reasonable», *Harvard Law Review*, (98-5), 1985, pp. 949-982.

FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Springer, Berlin, 2019.

FRISCH, «Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Umbruch», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (166-3), 2019, pp. 185-204.

FRISTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

FROME, *The Ethics of War and Peace*, 3ª ed., Routledge, New York, 2022.

—————, *Defensive Killing*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

GARDNER, *Torts and Other Wrongs*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

—————, *From Personal Life to Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

—————, *Offences and Defences*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

GEPPERT, «Notwehr und Irrtum. Putativnotwehr, intensiver und extensiver Notwehrexzess, Putativnotwehrexzess», *Juristische Ausbildung*, 2007, pp. 33-40.

GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones, responsabilidad y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

GRECO, «Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genommener teleologischer Reduktionen», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (13-11), 2018, pp. 475-483.

—————, «Notwehr und Proportionalität», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (165-12), 2018, pp. 665-683.

—————, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

—————, «Ehrenmorde im deutschen Strafrecht», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (9-7/8), 2014, pp. 309-319.

—————, «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», *InDret*, (4), 2010, pp. 1-35.

—————, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

GREEN, «Legal Moralism, Overinclusive Offenses, and the Problem of Wrongfulness Conflation», *Criminal Law and Philosophy*, (14-3), 2020, pp. 417-430.

GROPP/SINN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Springer, Berlin, 2020.

GRÜNEWALD, «„Sozialethische“ Einschränkungen des Notwehrrechts», en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA (eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, pp. 427-438.

—————, *Reform der Tötungsdelikte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.

—————, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

—————, «Tötungen aus Gründen der Ehre», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (1), 2010, pp. 1-9.

—————, «Notwehreinschränkung – insbesondere bei provoziertem Angriff», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (122-1), 2010, pp. 51-86.

GUERRA ESPINOSA, «Interferencia del miedo insuperable en el estado de necesidad», *Revista de Derecho*, (35-1), 2022, pp. 323-343.

GUZMÁN DÁLBORA, «El nuevo código penal del Paraguay (1997)», *Direito e Cidadania*, 1998, pp. 53-90.

HASSEMER/KARGL, «§ 1 Keine Strafe ohne Gesetz», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 5^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.

HECKER, «§ 1», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30^a ed., C.H. Beck, München, 2019.

HEGHMANN, «Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe», *Ad Legendum*, (2), 2015, pp. 96-101.

HEINE, *Tötung aus „niedrigen Beweggründen“*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

HERSHOVITZ, *Nasty, Brutish, and Short*, Penguin Press, New York, 2022.

HERZBERG, «Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (6-5), 2011, pp. 444-452.

HILGENDORF, «El triaje en el contexto de las decisiones de vida contra vida», (trad. por DIAS), *InDret*, (3), 2022, pp. 364-370.

—————, «Rechtsphilosophie der Gegenwart», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2^a ed., Springer, Berlin, 2021, pp. 176-187.

—————, «Die internationale Strafrechtswissenschaft», en HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (eds.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, pp. 153-184.

—————, «System- und Begriffsbildung im Strafrecht», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, C.F. Müller, Heidelberg, 2020, pp. 3-38.

—————, «Moralphilosophie und juristisches Denken», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (82-3), 1996, pp. 397-415.

HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3^a ed., C.H. Beck, München, 2022.

—————, *Strafrecht Besonderer Teil*, t. I, C.H. Beck, München, 2021.

HIRSCH, «Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft: Nationale und universale Strafrechtswissenschaft», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (116-4), 2004, pp. 835-854.

HÖRNLE, *Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag. Kultur, Religion, Strafrecht - Neue Herausforderungen an eine pluralistische Gesellschaft*, C.H. Beck, München, 2014.

HOYER, «§ 33», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 9^a ed., Carl Heymanns, Köln, 2017.

HÜBNER, *Einführung in die philosophische Ethik*, 3^a ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2021.

JÄGER, *Examens-Repetitorium Strafrecht Besonderer Teil*, 8^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2019.

JAKOBS, «Grünwald, Anette: Das vorsätzliche Tötungsdelikt. Tübingen: Mohr Siebeck 2010. IX, 432 S», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (123-2), 2011, pp. 313-322.

—————, *Das Schuldprinzip*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993.

—————, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2^a ed., De Gruyter, Berlin, 1991.

—————, *Schuld und Prävention*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1976.

JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

JIMÉNEZ DÍAZ, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Comares, Granada, 2007.

JIMÉNEZ SEGADO, *Delitos de género y de violencia familiar*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021.

KAHAN/NUSSBAUM, «Two Conceptions of Emotion in Criminal Law», *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 269-374.

KANTOROWICZ, «Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (7-1), 1910, pp. 257-344.

KELKER, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2007.

KINDHÄUSER, «§ 33 Überschreitung der Notwehren», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 5^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.

KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 9ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2022.

KITZINGER, «Randbemerkungen zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (31), 1911, pp. 204-228.

KLATT, «Juristische Hermeneutik», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Springer, Berlin, 2021, pp. 233-239.

KOHLRAUSCH/LANGE, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 43ª ed., De Gruyter, Berlin, 1961.

KUBICIEL, «Integrität des Sports – Konkretisierung eines Begriffs», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, (1), 2018, pp. 29-31.

—————, *Die Wissenschaft Vom Besonderen Teil des Strafrechts: Ihre Aufgaben, Ihre Methoden*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2013.

KUDLICH, «Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (127-3), 2015, pp. 635-653.

KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Franz Vahlen, München, 2017.

KUHLEN, «Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgrundsatzes», en MONTIEL/SCHUHR/KUDLICH (eds.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012, pp. 430-445.

KÜPER, «Die sog „Gefahrtragungspflichten“ im Gefüge des rechtfertigenden Notstandes», *Juristen Zeitung*, (35-22), 1980, pp. 755-757.

LANDWEER/RENZ, «Zur Geschichte philosophischer Emotionstheorien», en LANDWEER/RENZ (eds.), *Handbuch Klassische Emotionstheorien*, De Gruyter, Berlin, 2012, pp. 1-18.

LANG, «Defensive Escalations», *The Journal of Ethics*, (26-2), 2022, pp. 273-294.

LEHNEMANN, *Die Notwehrüberschreitungen nach geltendem und zukünftigem deutschen Recht, sowie nach holländischem, dänischem, österreichischem, italienischem und schweizerischem Recht*, Tesis Doctoral, Erlangen, 1935.

HAUCK, «§ 33», en LEIPOLD/TSAMBIKAKIS/ZÖLLER (eds.), *AnwaltKommentar StGB*, 3ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2020.

LENCKNER, «Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nulla poena sine lege“», *Juristische Schulung*, 1968, pp. 304-410.

LERMAN, «Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante», *InDret*, (1), 2017, pp. 1-20.

LIEBSCHER, *Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus*, Suhrkamp, Berlin, 2021.

LUZÓN PEÑA, «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *Revista Justiça e Sistema Criminal*, (9-16), 2017, 9-78.

—————, «Exculpación por inexigibilidad penal individual», *Revista Justiça e Sistema Criminal*, (8-14), 2016, pp. 9-35.

MAÑALICH RAFFO, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, (1), 2013, pp. 1-29.

MANRIQUE, «Delitos de odio y motivos emocionales», *Análisis Filosófico*, (39-2), 2019, pp. 191-220.

—————, «Emociones, acción y excusas», *Eunomía*, (14), 2018, pp. 71-86.

—————, «Emociones y derecho penal», *En Letra: Derecho Penal*, (4), 2017, pp. 10-16.

—————, «Impulsos y razones en el derecho penal. Hacia una teoría dualista de las emociones», *Doxa*, (39), 2016, pp. 289-304.

MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Guía InDret Penal de la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales: Un análisis empírico y dogmático», *InDret*, (2), 2009, pp. 1-62.

MAYER, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967.

MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Winter, Heidelberg, 1915.

MCMAHAN, «War as Self-Defense», *Ethics & International Affairs*, (18-1), 2004, pp. 75-80.

MEZGER/BLEI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 15ª ed., C.H. Beck, München, 1973.

MIHAL, «Responding to the over-inclusiveness objection to Hart's theory of law: a causal approach», *Jurisprudence*, (12-2), 2021, pp. 175-199.

MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., B de F, Montevideo, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (eds.), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, t. I, Editorial Reus, Madrid, 2020, pp. 805-839.

—————, «La legítima defensa del derecho penal», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (25), 2012, pp. 19-48.

MOMSEN, «§ 211», en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5ª ed., Carl Heymanns, Köln, 2021.

MONTIEL, «Estructuras analíticas del principio de legalidad», *InDret*, (1), 2017, pp. 1-47.

—————, «Cazando el mito del positivismo diabólico y del formalismo ingenuo en el Derecho penal», *InDret*, (1), 2011, pp. 1-13.

MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003.

MÜLLER-CHRISTMANN, «Der Notwehrexzeß», *Juristische Schulung*, 1989, pp. 717-720.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, Carl Heymanns, Köln, 2005.

NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung Im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1973.

NESTLER, «Die Auslegung von Straftatbeständen: Auslegungsmethoden und Methodik der Auslegung», *Juristische Ausbildung*, (40-6), 2018, pp. 568-576.

NEUMANN, «Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (99-4), 1987, pp. 567-594.

NEWMARK, *Passion – Affekt – Gefühl: Philosophische Theorien der Emotionen zwischen Aristoteles und Kant*, Meiner, Hamburg, 2008.

NUSSBAUM, *Politische Emotionen*, Suhrkamp, Berlin, 2016.

—————, «Emotions as Judgments of Value and Importance», en SOLOMON (ed.), *Thinking about Feeling: Contemporary Philosophers on Emotions*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 183-199.

—————, *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 2004.

—————, *Upheavals of Thought. The intelligence of emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

OSTERLOH-KONRAD, *Die Steuerumgehung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7^a ed., De Gruyter, Berlin, 2005.

—————, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7^a ed., De Gruyter, Berlin, 2004.

ØVERLAND, «Conditional Threats», *Journal of Moral Philosophy*, (7-3), 2010, pp. 334-345.

PASTOR MUÑOZ, «El legado de Gustav Radbruch para la dogmática jurídico-penal», *InDret*, (2), 2021, pp. 51-86.

PAUL, *Persönliche Strafausschließungsgründe und innerer Tatbestand*, Tesis doctoral, Köln, 1963.

PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

—————, «Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (11), 2003, pp. 287-315.

PERALTA, «Homicidios por odio como delitos de sometimiento», *InDret*, (4), 2013, pp. 1-27.

—————, «Chantage als Ausbeutung – Über das Unrecht der bedingten Androhung erlaubter Taten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (124-4), 2012, pp. 881-906.

—————, *Motivos reprochables*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

PERRON, «§ 34», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., C.H. Beck, München, 2019.

PERRON/EISELE, «§ 33», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., C.H. Beck, München, 2019.

PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4ª ed., Utb, Stuttgart, 2019.

RAMÍREZ LUDEÑA, «La irrelevancia de la violencia en el delito de coacciones», *InDret*, (3), 2021, pp. 344-358.

RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13ª ed., C.H. Beck, München, 2021.

RIGHI, *Derecho Penal. Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

RISSING-VAN SAAN/ZIMMERMANN, «§ 211», en RISSING-VAN SAAN (ed.), *Leipziger Kommentar StGB*, t. VII, 12ª ed., De Gruyter, Berlin, 2019, pp. 91-170.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, «Consideraciones críticas de carácter general acerca del Proyecto de Código penal para el Paraguay (1995)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 1996, pp. 1283-1297.

RODIN, *War and Self- Defense*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

ROGALL, «Der Notwehrexzess – ein Schuldprivileg», en HERZOG/SCHLOTHAUER/WOHLERS/WOLTER (eds.), *Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte. Gedächtnisschrift für Edda Weßlau*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, pp. 529-550.

ROSENAU, «Notwehr und Notstand. §§ 32-35», en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5ª ed., Carl Heymanns, Köln, 2021.

—————, «Der Notwehrexzess», en FAHL *et al.* (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2015, pp. 225-238.

ROXIN, «Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht», en HILGENDORF (ed.), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 113-140.

—————, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico penal en Alemania», (trad. por ROBLES PLANAS/COCA VILA), *InDret*, (4), 2012, pp. 1-24.

—————, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., C.H. Beck, München, 2006.

—————, «Über den Notwehrexzess», en GRÜNWARD (ed.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, Schwartz, Göttingen, 1975, pp. 105-128.

—————, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., De Gruyter, Berlin, 1973.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

RUDOLPHI, «Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff - OLG Hamm, NJW 1965, 1928», *Juristische Schulung*, 1969, pp. 461-466.

—————, «Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (78-1/2), 1966, pp. 67-99.

RUPPERT, «Die metateleologische Reduktion im Strafrecht», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (15-1), 2020, pp. 14-28.

SACCO, «The Passionate Beliefs. A Defense of the Cognitive-Evaluative Theory of Emotions», *Philosophia*, (50-3), 2022, pp. 1391-1411.

SANCINETTI, *Casos de Derecho Penal. Parte General*, t. I, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

—————, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

SATZGER, «Geltungsbereich. §§ 1-10», en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5ª ed., Carl Heymanns, Köln, 2021.

—————, «Gesetzlichkeitsprinzip und Rechtfertigungsgründe», *Juristische Ausbildung*, (38-2), 2016, pp. 154-162.

SAUREN, «Zur Überschreitung des Notwehrrechts», *Juristische Ausbildung*, 1988, pp. 567-573.

SCARANTINO, «Insights and Blindspots of the Cognitivist Theory of Emotions», *The British Journal for the Philosophy of Science*, (61-4), 2010, pp. 729-768.

SCARANTINO/DE SOUSA, «Emotion», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/emotion/> [último acceso el 23/08/2022].

SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

SCHMAHL, «Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Strafrecht», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. I, C.F. Müller, Heidelberg, 2019, pp. 49-112.

SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1984.

SCHMITZ, «§ 1», en ERB/SCHÄFER (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 4ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

SCHUBERT/REGGE, *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts. I. Abteilung*, t. I, De Gruyter, Berlin, 1995.

SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, De Gruyter, Berlin, 1978.

SEEBERG, *Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2005.

SHAPIRO, *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2012.

- , «Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación», en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de derecho penal en memoria del prof. Juan José Bustos Ramírez*, Ubijus, México D.F., 2011, pp. 215-234.
- SLIWA, «The Power of Excuses», *Philosophy & Public Affairs*, (47-1), 2019, pp. 37-71.
- SOLER, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, 5ª ed., TEA, Buenos Aires, 1987.
- SOLOMON, «On emotions as judgments», *American Philosophical Quarterly*, (25-2), 1988, pp. 183-191.
- SPENDEL, «§ 33», en JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY (eds.), *Leipziger Kommentar StGB*, t. II, 11ª ed., De Gruyter, Berlin, 2003.
- STATMAN, «On the Success Condition for Legitimate Self-Defense», *Ethics*, (118-4), 2008, 659-686.
- STEINHOFF, «Rodin on Self-Defense and the “Myth” of National Self-Defense: A Refutation», *Philosophia*, (41-4), 2013, pp. 1017-1036.
- STRENG, «Rechtsgefühl und Vorverschulden – Zur Bedeutung von Freiheitsintuition und Gerechtigkeitsgefühl für die Schuldformalisierung», en BÖSE/SCHUMANN/TOEPEL (eds.), *Festschrift für Urs Kindhäuser*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 501-514.
- SUNSTEIN, «Problems with Rules», *California Law Review*, (83-4), 1995, pp. 953-1026.
- TADROS, «Attribution, Ethics and Emotions in Criminal Responsibility», *The Modern Law Review*, (67-2), 2004, pp. 322-338.
- TAMANAH, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- TIFFANY, «Conceptualizing Coercive Indoctrination in Moral and Legal Philosophy», *Criminal Law and Philosophy*, (16-1), 2022, pp. 153-179.
- TIMPE, «Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB)», *Juristische Schulung*, 1985, pp. 117-122.
- TIZ, *Der Fall Sürücü*, Ergon, Baden-Baden, 2022.
- VARONA GÓMEZ, «El miedo insuperable y la “ética del hormiguero”», *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2010, pp. 61-96.
- , «El miedo insuperable: ¿una eximente necesaria? Reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (-7), 2001, pp. 139-175.
- , *El miedo insuperable*, Comares, Granada, 2000.
- VENEZIA, «Locke on Conditional Threats», *The Southern Journal of Philosophy*, (60-4), 2022, pp. 696-713.
- VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. II, Springer, Berlin, 1930.

VON LISZT, «Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (30), 1910, pp. 250-278.

—————, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 10^a ed., Guttentag, Berlin, 1900.

—————, *Das Strafrecht der Staaten Europas*, Liebmann, Berlin, 1894.

WALLACE, *Responsibility and the Moral Sentiments*, Harvard University Press, Cambridge, 1994.

WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed., De Gruyter, Berlin, 1969.

—————, *El nuevo sistema del derecho penal*, Ariel, Barcelona, 1964.

WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 51^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2021.

WESSELS/HETTINGER/ENGLÄNDER, *Strafrecht Besonderer Teil*, t. I, 44^a ed., C.F. Müller, Heidelberg 2020.

WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

WOLFF, *An Introduction to Moral Philosophy*, 2^a ed., Norton, New York, 2020.

WOLTER, «Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschließungsgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 207-232.

XUAN, «Notwehrexzess: Von einer Erfolgs- zu einer Handlungsperspektive», en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 363-374.

ZABEL, «Affekt und Strafrecht: Thesen zur Theorie und Dogmatik des Notwehrexzesses, § 33 StGB», en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 351-362.

—————, *Schuldtypisierung als Begriffsanalyse*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, 2^a ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZHAO, «Guilt Without Perceived Wrongdoing», *Philosophy & Public Affairs*, (48-3), 2020, pp. 285-314.

ZIESCHANG, «Entschuldigungs- und Strafausschließungsgründe», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, C.F. Müller, Heidelberg, 2020, pp. 791-848.

—————, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6^a ed., Boorberg, Stuttgart, 2020.

—————, «§ 33», en CIRENER *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar StGB*, t. III, 13^a ed., De Gruyter, Berlin, 2019.

—————, «§ 34», en CIRENER *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar StGB*, t. III, 13^a ed., De Gruyter, Berlin, 2019.

ZIMMERMANN, «Der Notwehrexzess im Völkerstrafrecht. Dogmatische Grundfragen und die Rechtslage unter dem VStGB», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (10-1), 2015, pp. 57-66.

Fernando Miró Llinares
Universidad Miguel Hernández
de Elche

-

El Derecho penal como coartada

Aproximación a la estructura de la comunicación sobre el crimen y la ley penal en Twitter

Sumario

-

El presente trabajo afronta el análisis de la estructura del discurso sobre el Derecho penal en Twitter como paso inicial para aproximarse al impacto de esta nueva esfera de discusión mediática en la política criminal. Parte de una revisión crítica de la literatura sobre la relación entre medios, crimen y Derecho penal y, después, de los desarrollos teóricos sobre el impacto en todo ello de la nueva esfera digital. También de los aportes empíricos sobre el modo en que se comunica el crimen y el Derecho penal en las redes sociales y su relación con la particular estructura de las mismas. Tales fundamentos enmarcan una investigación empírica que, por medio de un estudio con dos partes, una en la que se usa una metodología cualitativa de estudio de caso y otra en la que se usa la metodología cuantitativa de topic modelling, analiza el contenido del discurso en la red social Twitter que tuvo lugar del día 10 al día 18 en torno a los hashtags «Código penal» y «jueces» para analizar el contenido de la conversación y relacionarlo con la estructura de Twitter. Los resultados muestran una conversación partidista, dirigida por agentes mediáticos y políticos donde la ley penal es una coartada para que dos grupos se ataquen entre sí, confirmen su propia visión del mundo y donde el contenido jurídico-técnico es inexistente y el político-criminal anecdótico. En el punto final presento las bases de una teoría sobre el proceso de tuitización de la política criminal que estamos viviendo y sus potenciales consecuencias.

Abstract

-

This paper analyses the structure of the discourse on criminal law on Twitter as an initial step to approach the impact of this new sphere of media discussion on criminal policy. It starts with a critical review of the literature on the relationship between media, crime and criminal law and the theoretical developments on the impact of the new digital sphere. Also it reviews empirical contributions on the way in which crime and criminal law are communicated on social networks and their relationship with the particular structure of these networks. These foundations frame an empirical research that, by means of a two-part study, one using case study qualitative methodology and the other using topic modelling quantitative methodology, analyses the content of the discourse on the social network Twitter that took place from the 10th to the 18th around the hashtags "Criminal Code" and "judges" in order to analyse the content of the conversation and relate it to the structure of Twitter. The results show a partisan conversation, directed by media and political agents where criminal law is an alibi for two groups to attack each other, and where the legal-technical content is non-existent and the criminal policy debate is anecdotal. In the final section, I present the basis of a theory about the process of twitterisation of criminal policy that we are currently experiencing and its potential consequences.

Title: *Criminal law as an alibi. On the structure of communication about crime and criminal law on Twitter*

-

Palabras clave: Medios de comunicación, Redes sociales, Populismo penal, esfera pública, polarización, tuitización

Keywords: Media, Social Media, Penal Populism, Public sphere, polarization, twitterization

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.10

2.2023

Recepción
12/01/2023

Aceptación
11/04/2023

Índice

-

1. Si el medio es el mensaje... De una criminología de mods y rockers a otra de #lamanada y #jueces

2. Medios, Crimen y política criminal en tiempos de redes sociales

2.1. Un «nuevo» triángulo: ¿Las preguntas y respuestas de siempre?

2.2. Primeros aportes teóricos y empíricos sobre el impacto de las redes sociales en el discurso público sobre el crimen y la política criminal

2.3. Mirando a la twitteresfera: Algunas evidencias sobre la estructura de la esfera pública, más allá de lo penal, en la era de las redes sociales.

3. Una aproximación empírica a la estructura y contenido de la discusión en twitter

3.1. Antecedentes, objetivos y métodos

3.2. Análisis cualitativo (agentes y contenido de la conversación): resultados y discusión

3.3. Análisis cuantitativo (temáticas de la conversación): resultados y discusión

4. La tuitización del debate público en torno a lo penal: primeras conclusiones

5. Bibliografía

-

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

1. Si el medio es el mensaje...: De una criminología de mods y rockers a otra de #lamanada y #jueces*

Cuando Jock YOUNG acuñó por primera vez el término «moral panic» lo hizo para referirse al modo en que la policía reaccionaba al tráfico de drogas a partir de incidentes que llevarían a una posterior reforma de la ley que, tal y como vaticinó YOUNG, no solucionó sino ahondó en los problemas¹. Cuando COHEN² desarrolló el concepto de pánico moral y lo convirtió en un clásico de la criminología, luego revisado, criticado y puesto en duda de distintas formas y con diferentes alcances³, al describir encuentros de grupos de jóvenes, mods y rockers, en 1964 en Clacton-on-Sea, puso su foco en la atención de los medios a tales hechos y, también, en las posteriores reacciones de policía, políticos y sistema de justicia y en lo que ello suponía en la constitución misma, y consolidación, de la conducta desviada. Se inauguraba, así, una extensa retahíla de ejemplos que servirían para visualizar la intensa relación entre el delito, la acción comunicativa de los medios, y la respuesta del sistema penal y la política en general. Se fundaba, además, una (cuasi) disciplina académica sobre estas cuestiones que no ha dejado de ser fructífera ni de influir con sus marcos teóricos y sus enfoques. Recientemente, por citar interesadamente un ejemplo, O'BRIEN ha usado el marco de los «folk devils» y la creación de pánicos morales para explicar la respuesta social a Qanon, señalando que se cumplen las cuatro características del escenario tipo de COHEN de pánico moral⁴. Pero la investigación apenas se ocupa del análisis de cómo se produce la comunicación de ese «diablo popular» en el nuevo entorno comunicativo. Pese a que el fenómeno de Qanon tiene mucho que ver con la aparición de las redes sociales y, de hecho, como bien explica O'BRIEN, una de las «respuestas desproporcionadas» a ese pánico moral consistió en el cierre de más de 7000 cuentas de Facebook sobre estos grupos de extrema derecha norteamericanos, el trabajo de O'BRIEN apenas se centra en comprender el nuevo medio. La pregunta que inspira a este artículo, en cambio, es: ¿no debiéramos revisar la forma y estructura de la comunicación del crimen en esos nuevos medios que son las redes sociales en relación con la creación de tal «pánico moral»? ¿Sirve completamente lo que se construyó en otro contexto al nuevo entorno mediático?

*Fernando Miró Llinares (f.miro@crimina.es). Este artículo es parte del proyecto de I+D+i PID2021-1257300B-I00, acrónimo #FakePenal, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y por «FEDER Una manera de hacer Europa». Quiero dar las gracias a Jesús C. Aguerri por su enorme ayuda para la realización de este trabajo, tanto en la revisión y adaptación de estilo del mismo, como en su apoyo para el estudio cuantitativo y para la discusión de los resultados. También quiero dar las gracias a Mario Santisteban por sus recomendaciones bibliográficas iniciales, a Alba Soriano por su ayuda en la búsqueda de bibliografía en español sobre pánicos morales y a los miembros del proyecto #FakePenal por sus múltiples aportes en forma de discusión y debate. Por último, quiero agradecerles a los evaluadores de este trabajo su rigor y sus apreciaciones que he tratado de incorporar para mejorar el trabajo.

¹ YOUNG, *The Drugtakers*. Paladin, 1971

² COHEN, *Folk Devils and Moral Panics*. MacGibbon & Kee, 1972.

³ Véanse sobre el desarrollo de este concepto y su crítica los ya clásicos trabajos de HALL/CRITCHER/JEFFERSON/CLARKE/ROBERTS, *Policing the Crisis. Mugging, the state and law & order*, London: Macmillan, 1978; FALKOF, «On moral panic: Some directions for further development», *Critical Sociology*, 46(2), 2020, pp. 225-239, GARLAND, «On the concept of moral panic», *Crime, Media, Culture*, 2008, vol. 4, no 1, p. 9-30.

⁴ Señala el autor: a) acontecería un evento que atraería una atención considerable de los medios y serían exagerados y distorsionados por los medios; b) El público mostraría preocupación y reacción a la cobertura de los medios; (3) Habría una reacción y aplicación de la policía, u otro agente de la justicia penal; y (4) Los políticos expresarían su preocupación por la amenaza percibida e idearían formas de neutralizar la amenaza. O'BRIEN, «The coming of the storm: moral panics, social media and regulation in the Qanon era», *Information & Communications Technology Law*, 2020.

Si, como nos advirtió MCLUHAN, uno de los autores que inspiró a COHEN y a los que vinieron después, el medio es el mensaje⁵, y una transformación en los medios, al menos tan significativa como la que estamos viviendo, nos obliga a ocuparnos más de comprender cómo afecta la misma a todo lo que en ellos se transmite ¿no estamos obligados a revisar lo que sabemos sobre comunicación y crimen en la era de las redes sociales? No se trataría de obviar lo que sabemos de los «mods» y pensar que todo será distinto cuando se habla de «menas» o de «lamanada». Pocas dudas tengo de que muchas claves de los marcos teóricos clásicos podrían ser válidos para las nuevas relaciones entre ciudadanía, medios y política en tiempos de redes sociales. Pero tampoco parece descabellado pensar que habrá que adaptar y repensar tales marcos, así como comprobar empíricamente los efectos de la interacción ciudadanía-medios-gobierno en el nuevo entorno de comunicación. Hoy, muchos demonios populares se crean antes en redes y en whatsapp que en los medios de comunicación tradicionales y las redes ejercen una singular expresión de la configuración de estos intentos de pánicos morales o estas alarmas sociales que inciden en el modo en que la política reacciona, configurando el sistema de justicia penal, a las mismas. Y es posible que la conclusión resulte similar a aquello de «todo será distinto para seguir igual», pero parece razonable comenzar a prestar mucho más interés del que estamos prestando a las redes sociales y comenzar desde ello a revisar lo que sabemos sobre medios y política criminal.

El presente trabajo es parte de un conjunto de investigaciones sobre los discursos en redes sociales en torno al crimen y al Derecho penal a propósito de las recientes reformas del Código Penal que fueron tendencia en medios de comunicación tradicionales y también en redes sociales. Y se enmarca en la citada inquietud de comenzar a revisar lo que damos por sentado en torno a la relación entre comunicación mediática, percepción y participación de la ciudadanía, y respuesta del sistema de justicia penal. Al ocuparme, en este caso, de la estructura y contenido de los discursos en redes sociales sobre el Derecho penal en relación con reformas penales como la de la despenalización de la sedición o la reforma de los delitos sexuales, entraré en la cuestión más concreta de las condiciones deliberativas de estos entornos e, indirectamente, en la más genérica del potencial impacto de la irrupción de las redes sociales en la política criminal. En particular, la hipótesis en esta investigación es que la red social twitter es un medio configurado para la confrontación política y la generación de polémicas y discusiones a partir de parámetros partidistas e ideológicos previos. Allí el Derecho penal no es tanto un objeto de discusión técnica o un tema de debate deliberativo, sino una excusa para la confrontación y el enfrentamiento político en medio de una guerra (cultural) que va mucho más allá de la ley penal concreta que se debate. Las implicaciones que esto tiene afectan, sin embargo, a cuestiones teóricas de amplio alcance tanto en la criminología como en el Derecho penal.

2. Medios, Crimen y política criminal en tiempos de redes sociales

La criminología, desde siempre pero, especialmente, desde finales de los años 60, se ha interesado por al impacto de los medios de comunicación en la visión social de la delincuencia y en la respuesta de las instituciones del sistema de justicia penal a ella⁶. Además, la investigación criminológica ha tratado de analizar empíricamente, de distintas formas, el papel de los medios

⁵ MCLUHAN, «The medium is the message (1964)», *Crime and Media*. Routledge, 2019, pp. 20-31.

⁶ Veáanse: COHEN, *Folk Devils and Moral Panics*, 1972; GARLAND, *The culture of control crime and social order in contemporary society*. Chicago University Press, 2001; PRATT, *Penal Populism*, Routledge, 2007; RECHEA ALBEROLA/FERNÁNDEZ MOLINA/BENÍTEZ JIMÉNEZ, *Tendencias sociales y delincuencia*, n.º. 11, 2004, en <http://www.uclm.es/criminologia/pdf/11-2004.pdf>, pp. 35 ss

de comunicación en la formación del conocimiento público sobre el crimen y la justicia penal, y en la conducción de políticas criminales punitivas a través de la politización de la ley y el orden. También desde el Derecho penal se ha prestado atención a la relación entre medios de comunicación ciudadanía y legislador de cara a la definición de la política criminal⁷. De hecho, es imposible no ya resumir todos los aportes llevados a cabo desde ambas disciplinas, sino ni siquiera describir todas las cuestiones a debate en las que los medios de comunicación están relacionados con el crimen, su percepción social o con la respuesta formal e informal mismo.

No es la intención directa de este trabajo el realizar aportes a la cuestión de la relación ciudadanía, medios de comunicación, poderes públicos y delito. Me ocupo aquí, más bien, del modo en que se debate sobre el Derecho penal en ese nuevo entorno comunicativo que son las redes sociales, en general, y en twitter en particular. Pero el interés final de esta investigación y de otras que la seguirán es comprender mejor cómo esas transformaciones en los medios pueden impactar en el sistema penal. Y, a mi parecer, el mejor modo de enfocar, no tanto el estudio empírico concreto que llevaré a cabo aquí sino, sobre todo, la interpretación de sus hallazgos como bases empíricas para guiar futuras investigaciones, es partir de una incursión en algunas de las claves que la academia ha identificado en la relación entre medios de comunicación y criminalización. Partiré, por tanto, de una descripción, ni ordenada ni exhaustiva pero sí con un propósito analítico, de algunos de los temas que han sido estudiados por la literatura en esta materia. Con ello, pretendo dejar apuntadas algunas preguntas cuya respuesta, a mi parecer, debiéramos afrontar en un futuro próximo. También encontrar algunas claves aportadas por la literatura que interesarán a los efectos concretos de este trabajo y de la discusión que podría abrir el mismo. Después, y ya constituyendo el marco teórico más directamente relacionado con los aportes empíricos de este trabajo, me ocuparé de la discusión sobre el impacto que las redes sociales podrían tener en la relación entre ciudadanía, gobierno y medios de comunicación, tanto en general como en relación con el Derecho penal, y en particular de lo que sabemos de la estructura comunicativa de estos nuevos espacios en los que se discute y conversa sobre el crimen y el Derecho penal y se participa, así, en la conformación de la opinión pública acerca de ellos.

2.1. Un nuevo triángulo: ¿Las preguntas y respuestas de siempre?

La cuestión sobre la que ha girado gran parte del debate académico es la de la determinación del peso que tienen los medios de comunicación en la constitución de lo que es considerado como desviado y/o delictivo. Tanto por parte de la ciudadanía, en torno a la respuesta social a los comportamientos desviados, a la inseguridad frente a los mismos y a la constitución de la opinión pública sobre cómo debieran responder los poderes públicos, como por parte de estos últimos, que son los que deciden qué se castiga y cómo. Aunque el interés de la criminología es anterior, fue a finales de los 60 y a partir de la obra de algunos de los citados autores de la denominada criminología crítica⁸ cuando no sólo empezó a mirarse con los ojos de la «imaginación criminológica» el rol de los medios de comunicación en la visión social del delito, sino que, al

⁷ Véanse, entre otros: SOTO NAVARRO, «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, 2005; FUENTES OSORIO, «Los medios de comunicación y el derecho penal», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, 2005; PERES NETO, *Leyes a golpe de suceso: el efecto de los discursos mediáticos en las reformas políticas en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, 2008; GARCÍA ARÁN et al. *Malas Noticias: Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Triant lo Blanch, 2009; BAUCCELLS/PERES-NETO, «Discurso televisivo sobre el crimen: Los programas especializados en sucesos», en GARCÍA ARÁN et al. *Malas noticias*. POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática*, Marcial Pons, 2013.

⁸ Como los anteriormente citados, YOUNG, *The Drugtakers*, 1971; o COHEN, *Folk Devils and Moral Panics*, 1972.

hacerlo, se situó a estos en el centro del interés académico criminológico desde muy diferentes perspectivas. Comenzaron entonces, también, las investigaciones empíricas sobre el modo en que los medios trataban la cuestión penal y su impacto en ciudadanía y políticas públicas. No es que los medios se convirtieran en el único o en el central objeto de análisis, pero sí que comenzaron a ser parte de él y a concebirse como algo más que, valga el símil, meros espectadores del modo en que se configuran las políticas públicas penales.

Esto se observa con claridad en relación con una de las cuestiones que más interés suscitaron en las últimas décadas dentro de la literatura sobre la política criminal, la del denominado «populismo punitivo». Desde que BOTTOMS⁹ usara como paraguas la idea de populismo punitivo para referirse a la utilización electoralista del Derecho Penal concretado en el incremento de los castigos, y se comenzara a estudiar la tendencia de los gobiernos occidentales a agravar sistemáticamente las penas de los delitos para dar respuesta a las presiones de la opinión pública¹⁰, se vinculó el mismo con la actividad de los medios de comunicación¹¹. Pese a que el término parecía hacer referencia esencialmente a dos actores, «el pueblo» que demanda, y el gobierno «que pune», los medios nunca fueron concebidos como un actor irrelevante o, siquiera, menor, en esta relación¹². GARLAND¹³ ya sitúa dentro de los 12 factores que desglosa para la identificación de este tipo de políticas uno relacionado con los medios, la politización y electoralismo de las cuestiones criminológicas. Brown¹⁴ por su parte, resaltó que el punitivismo en EEUU podría ser producto de la falta de aislamiento de los formuladores de políticas de los medios y demás mediadores en una opinión pública punitiva y una cultura política inclinada a manipular las opiniones públicas punitivas, y así lo ha visto gran parte de la literatura que se ha ocupado de ello¹⁵. También la española, considerando los medios de comunicación un factor potenciador y legitimante del punitivismo estatal¹⁶ siendo por medio del tratamiento mediático de los sucesos violentos por lo que el populismo punitivo avanza en su influencia¹⁷, potenciando la utilización simbólica del derecho penal para calmar a la opinión pública por medio de la criminalización o el aumento de las penas¹⁸. Si en 2005 una pionera en el tema, Soto Navarro, identificaba tan sólo tres estudios sobre la influencia de los medios de comunicación en la

⁹ BOTTOMS, «The philosophy and politics of punishment and sentencing», en: CLARKSON y MORGAN (eds) *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, 1995, pp.17-49

¹⁰ Véanse: ROBERTS/STALANS/ INDERMAURAND/HOUGH (2003) *Penal Populism and Public Opinion*, Oxford University Press, 2003; NEWBURN/JONES, «Symbolic politics and penal populism: The long shadow of Willie Horton». *Crime, Media, Culture*, 1, 1, pp. 72-87. PRATT, *Penal Populism*, 2007.

¹¹ ANTÓN-MELLÓN/ANTÓN-CARBONELL. «Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)». *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 12, 2017, pp. 133-150.

¹² PERES NETO, *Leyes a golpe de suceso*, 2007.

¹³ GARLAND, *Crime, Media, Culture*, 2008.

¹⁴ BROWN, «Rethinking public opinion in penal policymaking: Recommendations for research», *Sociology Compass*, 6, 8, 2012, pp. 601-613

¹⁵ Véanse: ZIMRING/HAWKINS/KAMIN, *Punishment and democracy: Three strikes and you're out in California*, Oxford University Press, 2001; SIMON, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press, 2007; ROBERTS ET AL., *Penal Populism and Public Opinion*, 2003; TONRY, «Explanations of American punishment policies: A national history», *Punishment and Society*, 18,11, 2009, pp.377-384

¹⁶ Por todos, GARCÍA ARÁN, «El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 2008, pp.39-65, p. 44.

¹⁷ ANTÓN-MELLÓN/ANTÓN-CARBONELL, *RIPP*, 2017.

¹⁸ POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática*, 2013, p. 86.

percepción del crimen y en la política criminal¹⁹, y se quejaba del escaso interés por la cuestión²⁰ hoy la literatura ha aumentado significativamente²¹. Una de las tesis fundamentales que se ha investigado era si la opinión pública punitivista a la que respondían los gobernantes con más derecho penal y más prisión era un reflejo real de las percepciones ciudadanas sobre el delito y sobre la respuesta que debía darse al mismo y constituía, por tanto, democracia en acción (la tesis de la *democracy at work*), o más bien se trataba de algo configurado artificialmente por medio de una agenda dirigida por los políticos para aparentar que solucionan los problemas evitando políticas más difíciles para problemas más complejos, y en los que los medios participaban (teoría de la *agenda setting*) transmitiendo una imagen sesgada de la delincuencia y creando puntuales miedos y pánicos morales y simplificaciones respecto a la necesidad de respuestas²². Y detrás de esta cuestión de si los medios son parte de la configuración de la agenda punitiva, esto es, el problema causal de si son parte del modelo del populismo punitivo, hay otra cuestión. Me refiero a la del cómo lo hacen, de cómo los medios configuran, intencionalmente o no, la visión del crimen y de la respuesta al mismo por parte de la ciudadanía. La literatura sobre los modelos de *agenda setting* y *media framing*²³ en la comunicación del crimen es enorme, habiéndose visto, por ejemplo, como los medios recurren constantemente a estereotipos y clichés, cómo ocultan la reflexión sobre las verdaderas causas de semejantes conductas, etc²⁴; entre otras muchas técnicas.

La literatura es mucho más amplia que la aquí citada, hay matices relevantes como el modelo de populismo punitivo ante el que supuestamente nos encontremos²⁵, y hay, también, opiniones

¹⁹ Dichos estudios eran: FERNÁNDEZ/HERREROS/ SAENZ ABUJETA/VALERO SÁNCHEZ/VEGAS NAVAS, «Imagen del delito en la prensa española», *Boletín Criminológico*, 1,10, 1995, pp.1-4; RUIDÍAZ GARCÍA «El miedo al delito. Apuntes para la reflexión», *Cuadernos de Política criminal*, 48, 1992, pp. 931 ss.; y RECHEA ALBEROLA et al., *Tendencias sociales y delincuencia*, 2004.

²⁰ SOTO NAVARRO, *RECPC*, 7, 2005, también FUENTES OSORIO, *RECPC*, 7, 2005.

²¹ Por referirnos a algunos de estos estudios podemos hacerlo a los de ANTÓN MELLÓN/ÁLVAREZ JIMÉNEZ, Gemma/ROTHSTEIN, «Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas», *Revista Española de Ciencia Política*, 43, 2017, pp. 13-36; VARONA GÓMEZ, Daniel, «Ciudadanos y actitudes punitivas: un estudio piloto de población universitaria española». *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, 6, 1, 2008; VARONA GÓMEZ, Daniel/GABARRÓN, Norman, El tratamiento mediático de la violencia de género en España (2000-2012): agenda setting y agenda building. *InDret*, 2015; GARCÍA ARÁN/ PERES NETO, «Agenda de los medios y agenda política: un efecto de los medios en las reformas del Código penal español entre los años 2002 y 2003». *Revista de Derecho penal y Criminología*, 1, 2009, pp. 261-290; TARANCÓN GÓMEZ, Opinión pública e intervención penal con menores que provocan alarma social. *Revista General de Derecho Penal*, 27, 15, 2017; VILA VIÑAS/AGUERRI, «Medios de comunicación, redes sociales, actores políticos y delitos que se cometen en internet», *Revista General de Derecho Penal*, 37, 2022; AIZPURÚA GONZÁLEZ/ FERNÁNDEZ MOLINA, «Información, ¿antídoto frente al «populismo punitivo»? Estudio sobre las actitudes hacia el castigo de los menores infractores y el sistema de Justicia Juvenil», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 9, 2011; PERES NETO, *Leyes a golpe de suceso*, 2007.

²² VARONA GÓMEZ, *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, 6, 1, 2008; GARCÍA ARÁN/ PERES NETO, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 1, 2009, pp. 261-290.

²³ Véase los análisis de VARONA GÓMEZ, "Medios de comunicación y punitivismo." *InDret* (2011) y de los trabajos incluidos en GARCÍA ARÁN et al. *Malas Noticias*, 2009.

²⁴ Véase, por ejemplo: FUENTES OSORIO, *RECPC*, 7, 2005.

²⁵ Y ello en todos los modelos y variantes que ha dado la literatura sobre este concepto. Como ha señalado BROWN, *Sociology Compass*, 6, 8, 2012, pp.601-613, desde la breve descripción de BOTTOMS del «populist punitiveness» en 1995 se han producido un conjunto de variaciones e interpretaciones del concepto (también una variedad de denominaciones no siempre equivalentes que van desde el populismo punitivo hasta el populismo penal) que han configurado distintas etiquetas que van desde un populismo más intencional y malicioso (como DAEMS, «Engaging with penal populism: The case of France», *Punishment & Society*, 9(3), pp. 319-324; o ROBERTS ET AL. *Penal Populism and Public Opinion*, 2003) hasta otro más ignorante o desinformado (en esta línea, véanse: GOTTFREDSON/TAYLOR, «Public Policy and Prison Populations: Measuring Opinions about Reform», *Judicature*, 68,

que divergen de la visión mayoritaria y ponen en duda algunas de las premisas empíricas y de las fundamentaciones teóricas de la relación entre el punitivismo, la ciudadanía y la acción de los medios²⁶. Sin embargo el resumen realizado hasta el momento nos ofrece ya dos consideraciones que pueden ser clave respecto a lo pretendido en esta investigación. La primera tiene que ver con la estructura analítica de lo que se estudia, y es que detrás del tema global de la relación medios-ciudadanía-legislador-crimen hay un doble plano de una única relación causal que debe ser comprendido y que será importante cuando llevemos la cuestión a los nuevos medios. Por un lado tenemos el plano de la comprensión de cómo impactan los medios en la ciudadanía al configurar su imagen sobre el delito y determinar que ésta demande concretos modos de actuación frente al crimen, o bien en la política al servir en bandeja el argumento y la solución para la actuación de estos. Pero, vinculado con lo anterior, está la comprensión de la forma en que los medios de comunicación informan sobre el delito y sobre la respuesta a él como mecanismos que inciden en que se produzcan los citados efectos en la opinión pública. Es decir, no se trata sólo de que los medios informan sobre el delito y la ley y de que ello tenga consecuencias en la opinión pública sobre el crimen y en la reacción de los poderes públicos, sino de que es el modo en el que lo hacen lo que configura la forma en la que el delito es percibido por la ciudadanía y la respuesta de los políticos a las supuestas demandas punitivas. Una cuestión y otra están imbricadas pues, volviendo al punto de partida de MCLUHAN, el medio es el mensaje y lo determina. Por ello, en el caso de que aparezca un nuevo medio de comunicación, será relevante saber si el mismo influye en la dinámica vista entre medios-ciudadanía-poderes públicos del mismo modo que con los medios anteriores. Pero, para hacerlo, será necesario comprender previamente de qué modo concreto se comunica sobre el crimen y sobre el Derecho penal en este nuevo entorno y en qué diverge del cómo se hacía en el otro entorno.

1984, pp.190–201; JOHNSON/ HUFF, «Public Opinion and Criminal Justice Policy Formation», *Criminal Justice Policy Review*, 2, 1987, pp.118–132; MCGARRELL/SANDYS, 1996. «The Misperception of Public Opinion Toward Capital Punishment: Examining The Spuriousness Explanation of Death Penalty Support», *American Behavioral Scientist*, 39, 1996, pp. 500–514; USLANER/ WEBER, 1979. «U.S. State Legislators Opinions and Perceptions of Constituency Attitudes», *Legislative Studies Quarterly*, 4, 1979, pp. 563–585; WHITEHEAD/BLANKENSHIP/ WRIGHT, «Elite Versus Citizen Attitudes on Capital Punishment: Incongruity Between the Public and Policymakers», *Journal of Criminal Justice*, 27, 1999, pp.249–258) y populismo integrador (véase: MCGARRELL/CASTELLANO, «An Integrative Conflict Model of the Criminal Law Formation Process», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 28, 1991, pp. 174–196; ROBERTS ET AL. *Penal Populism and Public Opinion*, 2003). Y, a los efectos que aquí interesa, en cada uno de ellos el rol de los medios de comunicación tiene sus particularidades. Así, en las versiones de populismo malicioso, el uso por parte de los actores políticos del punitivismo para obtener ganancias electorales no sólo se lleva a cabo sin usar evidencias y sin dialogar con la ciudadanía sobre las políticas, sino que se buscaría deliberadamente usar a los medios de comunicación como cuñas políticas para manipular al público y que parezca que apoya políticas duras que benefician a actores políticos particulares (DAEMS, *Punishment & Society*, 9(3), pp. 319–324; ROBERTS ET AL. *Penal Populism and Public Opinion*, 2003). En aquellas otras que describen un populismo desinformado o ignorante en el que los poderes públicos buscan responder a las opiniones o sentimientos del público, pero lo hacen siendo ignorantes o estando mal informados sobre lo que el público realmente piensa sobre los problemas de delincuencia» (Veéase: BECKETT, *Making Crime Pay: Law and Order in Contemporary American Politics*, Oxford University Press, 1997; CULLEN/CULLEN/WOZNIAK, «Is Rehabilitation Dead? The Myth of the Punitive Public», *Journal of Criminal Justice*, 16, 1988, pp. 303–317; FLANAGAN, «Public Opinion on Crime and Justice: History, Development, and Trends», en FLANAGAN/LONG, *Americans View Crime and Justice: A National Public Opinion Survey*, Sage Publications, 1996, pp. 1-14), el acercamiento de los poderes públicos a los medios también es clave, en cuanto que debido a cómo es este y lo alejado que está de la realidad los actores políticos perciben erróneamente la opinión pública e ignoran la opinión pública "verdadera" o al menos "bien medida" (MCGARRELL/SANDYS, *American Behavioral Scientist*, 39, 1996; PRATT, *Penal Populism*; WHITEHEAD et al., *Journal of Criminal Justice*, 27, 1999).

²⁶ Véase: SERRANO MAÍLLO, *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva: La tesis extendida de los sentimientos de inseguridad como teoría del control social*, Dykinson, 2016

La segunda cuestión que me interesa destacar deriva de lo acabado de señalar: si el modo en que se comunica también es objeto de interés no sólo desde una perspectiva descriptiva sino para la comprensión de la relación causal entre medios y políticas públicas, y la forma de comunicar deriva del tipo de medio que lo hace, es necesario fijarse en cuáles han sido objeto de estudio por parte de la literatura. Y del análisis que hemos hecho hasta el momento, particularmente por el periodo temporal en el que se ha desarrollado la mayor parte de la literatura (1980-2010), queda claro que cuando se ha estudiado el modo en que los medios de comunicación representan e informan sobre el crimen, el análisis se ha hecho sobre la prensa escrita y la televisión, los medios de comunicación de masas que en la segunda mitad del siglo XX protagonizaron el ecosistema mediático mundial. La cuestión, entonces, es ¿porqué, y en qué medida, estas cuestiones discutidas y debatidas por la literatura en tiempos en los que las redes sociales no existían, siguen vigentes e interesan a este trabajo? Señala CIGÜELA SOLA que estamos viviendo la última «gran revolución mediática» de la mano de internet y las tecnologías digitales, y que si bien casi cualquier esfera y dimensión de la vida personal y social está viéndose transformada, particularmente incisivo está siendo el cambio en los medios y la comunicación tratando de adaptarse a la súbita hegemonía que la cultura digital está adquiriendo²⁷. Y pese a que las redes sociales no constituyen per se un medio de comunicación, existe un amplísimo acuerdo entre los expertos en considerar que las mismas han transformado el ecosistema mediático como antes lo hizo la aparición de la televisión y, también, que algunas de las funciones que tradicionalmente ejercían medios de comunicación tradicionales hoy en día son cumplidas por las redes sociales.

Los «cambios sísmicos en el espacio de los medios, el auge de las redes sociales y las plataformas digitales, amplían el acceso a la información y están transformando la producción de conocimiento público»²⁸. Por ello, si, como dijo BROWN en 2012, nuestra comprensión de la opinión pública y del papel de los medios en la formulación de políticas penales es aún deficiente, es obvio que en 2023 aún puede serlo más si no atendemos a lo que ahora está pasando²⁹. El riesgo, si no tomamos en consideración la nueva realidad y obviamos el rol de las redes sociales en la configuración de la opinión pública es que cualquier respuesta a cuestiones como la de la determinación del peso que tienen los medios de comunicación en la constitución de lo que es coniderado como desviado y/o delictivo, se acerque a la irrelevancia. No se trata, por tanto, de negar o de dar por falso o inválido aquello que sabemos de ese triángulo que relaciona los medios de comunicación, los poderes públicos y la ciudadanía con el crimen y la respuesta al mismo, sino de seguir partiendo (y dudando) de ello, pero atendiendo ahora a la nueva realidad. Se trata, en definitiva, de integrar el nuevo ecosistema mediático en las preguntas de siempre respecto al impacto de los medios, y de la forma en que en ellos se comunica la delincuencia y la respuesta a la misma. Preguntas a las que ha tratado de dar respuesta la literatura tendrán que comenzar a ser reformuladas. Por ejemplo, siguiendo aquello que Pickett se preguntaba respecto a los medios de comunicación³⁰ deberíamos ahora cuestionarnos: ¿Qué rol desempeñan las redes sociales en la configuración de la supuesta decisión colectiva, luego comunicada a nuestros representantes políticos, de castigar con penas concretas determinadas conductas? Cambiando, también, el sujeto sobre el que se inquiría Varona³¹, ¿son las redes sociales un nuevo vehículo más adecuado

²⁷ CIGÜELA SOLA, *InDret*, 4, 2021, p. 196 ss.

²⁸ WALSH, «Social media and moral panics: Assessing the effects of technological change on societal reaction», *International Journal of Cultural Studies*, 2020, pp.1-20.

²⁹ BROWN, *Sociology Compass*, 6, 8, 2012, pp. 601-613

³⁰ PICKETT, "Public opinion and criminal justice policy: Theory and research." *Annual Review of Criminology*, 2, 2019, pp. 405-428.

³¹ VARONA GÓMEZ, *InDret*, 2011.

que los medios tradicionales para recoger lo que genuinamente preocupa a la ciudadanía y lo que legítimamente ha de marcar entonces la agenda política o, más bien, quienes controlan las mismas (si los hubiera) acabarán transmitiendo, por sus propios intereses, una visión de la delincuencia o de la respuesta a ella que afecta a la opinión pública y los políticos meramente reaccionan ante la demanda popular?. O, siguiendo en este caso lo que se planteaba ROBERTS³² ¿son los propios políticos los que filtran sus intereses a las redes sociales y éstas crean el clima de opinión para que aquéllos emprendan después las reformas o acciones pretendidas?, e ¿influirán las redes sociales directamente en los políticos a través de su encuadre de los temas del crimen y el castigo como hacían los medios de comunicación o brindarán las redes a los poderes públicos, al igual que según ROBERTS et al. hacían los medios, una plataforma de comunicación que favorece políticas penales populistas? Y al igual que el modo en el que se trata el crimen por parte de los medios contribuía de varias maneras a una visión distorsionada del crimen y la utilidad del castigo, deberemos plantearnos cómo se produce la comunicación del crimen en las redes: ¿Seguirá mostrándose allí el crimen como más frecuente, más amenazante de lo que realmente es, y que requiere más castigo en respuesta?. Sabiendo, como sabemos, que el castigo popular es «altamente maleable»³³, si no «inconstante y vulnerable a cambios dramáticos»³⁴. ¿Crece el populismo y, por tanto, la punitividad? Si, como señalaron ROBERTS et al., la cobertura de los medios por medio de enfoques populistas y la desinformación en la sociedad en general sobre temas de delincuencia y castigo contribuye a la consolidación de un estado de ánimo abierto a políticas de castigo severo³⁵, debemos intuir un aumento en el punitivismo al asumir las redes como un vehículo adecuado para el simplismo y el populismo. Como se ha planteado ya Intravia³⁶, ¿estará relacionado el consumo de los nuevos medios, como las redes sociales, con las actitudes punitivistas? En sentido contrario, y si investigaciones recientes nos han mostrado que una mayor participación pública y una mayor democratización del castigo pueden tener el potencial, particularmente a nivel local y estatal, de llevarnos hacia una mayor moderación y racionalidad³⁷, ¿no supone, entonces, la comunicación del crimen en entornos más supuestamente abiertos y democráticos como las redes sociales una oportunidad para que se reduzca el punitivismo?

No es el objetivo de este trabajo responder a (todas) las preguntas formuladas en el punto anterior. Sí lo era el formularlas por primera vez, pues entiendo que son estas (y otras) las que debemos comenzarnos a plantear para actualizar nuestro conocimiento sobre la relación entre medios de comunicación y política criminal a la luz del nuevo contexto comunicativo.

³² ROBERTS ET AL. *Penal Populism and Public Opinion*, 2003.

³³ TRAVIS/WESTERN/REDBURN, *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, The National Academies Press, 2014, p. 121.

³⁴ DRAKULICH/KIRK, «Public Opinion and Criminal Justice Reform», *Criminology & Public Policy*, 15, 1, 2016, p. 173

³⁵ ROBERTS ET AL. *Penal Populism and Public Opinion*, 2003.

³⁶ INTRAVIA, «Investigating the influence of social media consumption on punitive attitudes among a sample of US university students». *International journal of offender therapy and comparative criminology*, 63(2), 2019, pp. 309-333.

³⁷ Véanse: BARKER, *The Politics of Imprisonment: How the Democratic Process Shapes the Way America Punishes Offenders*, Oxford University Press, 2009; GREEN, *When Children Kill Children: Penal Populism and Political Culture*, Oxford University Press, 2008; GREEN, «Feeding Wolves: Punitiveness and Culture», *European Journal of Criminology*, 6, 2009, pp. 517-536; MILLER, *The Perils of Federalism: Race, Poverty, and the Politics of Crime Control*, Oxford University Press, 2008.

2.2. Primeros aportes teóricos y empíricos sobre el impacto de las redes sociales en el discurso público sobre el crimen y la política criminal

La literatura específica sobre el impacto de las redes sociales en la relación entre comunicación mediática, opinión pública y política criminal no es particularmente extensa, y menos en nuestro país. Pese a que asista parte de razón a la crítica sobre la falta de atención de los estudiosos de la criminología mediática a las formas en que los formatos cambiantes de los medios digitales están remodelando la dinámica de interacción entre ciudadanía, medios y poderes públicos³⁸, las redes aparecieron a principios de siglo, se consolidaron en la década pasada y se popularizaron completamente en los últimos años, por lo que se comprende la escasez. Lo son, escasos, especialmente los trabajos que afrontan desde una perspectiva teórica la transformación del ecosistema comunicativo por la aparición de Internet y las redes sociales y su impacto en el sistema penal. De ellos, muchos han surgido por la eterna cuestión de los «pánicos morales». La influencia de este concepto, con las múltiples críticas y reconceptualizaciones en torno al mismo, ha hecho que algunos trabajos recientes que lo abordan hayan advertido de la necesidad de una actualización que incluya «la intersección de los pánicos morales y los medios digitales»³⁹ y, a partir de ahí, ha dado lugar a interesantes trabajos que, al revisar el concepto, acaban por revisar también lo que se da por sentado de los medios de comunicación y la ciudadanía en torno al fenómeno delincencial y a lo penal. Así, WALSH⁴⁰ ha señalado que el papel de las redes en la promoción de agendas extremistas, en eventos recientes relacionados con el trumpismo, el Brexit, o las 'noticias falsas', ha hecho añicos los mitos sobre las cualidades positivas y empoderadoras de las redes sociales, apuntando que estas parecen aumentar la frecuencia y la intensidad de las reacciones exageradas. Aunque WALSH reconoce que aún es demasiado pronto como para poder predecir qué nuevos atributos asumirán los sistemas de medios en relación con lo criminal, según el autor las redes sociales serían un nuevo objeto de ansiedades sociales, productoras de pánicos morales y facilitadoras de división y hostilidad. Esta premisa de Walsh de que la estructura de las redes sociales y la configuración de sus algoritmos que buscan la exposición del contenido emocional necesario para crear miedos y pánicos, las convierte en una herramienta extremadamente efectiva para que dos comunidades morales en competencia se consoliden y se separen rápidamente, ha sido también usada por ZIELIŃSKA y PASAMONIK⁴¹, para defender un nuevo concepto de pánico moral, el polarizador. Éste sería propio de las redes sociales, la división del público sería aún más extrema, la política del miedo más evidente y lo que está de fondo, más allá de «lo criminal», sería «la guerra cultural»⁴². Sobre esto volveré más adelante.

³⁸ HIER, «Moral panics and digital-media logic: Notes on a changing research agenda», *Crime, media, culture*, 15(2), 2019, pp. 379-388.

³⁹ FALKOF, «On moral panic: Some directions for further development», *Critical Sociology*, 46(2), 2020, pp. 225-239.

⁴⁰ WALSH, *International Journal of Cultural Studies*, 2020.

⁴¹ ZIELIŃSKA/PASAMONIK, «Polarizing moral panics: A theory and its application to the refugee crisis in Poland», *Deviant Behavior*, 43(12), 2022, pp.1543-1557.

⁴² Sobre la relación entre la denominada «guerra cultural», la disputa por la hegemonía en torno a cuestiones morales sociales que lleva a su vez a una lucha por el control de la representación pública y mediática en torno a determinados temas, y la política criminal, véanse los interesantes trabajos de CORRECHER MIRA, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º2, 2021, en relación con la libertad de expresión; y de CIGÜELA SOLA, "Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* 22 (2020), y su extensa bibliografía.

También desde nuestro país ha habido algunos aportes teóricos. VILA VIÑAS y AGUERRI⁴³ en un trabajo reciente han cuestionado que la criminalización o persecución de ciertas conductas sea un mero reflejo de los deseos punitivos de la población. Apuntan, además, que el ecosistema comunicativo actual no ofrece incentivos a los agentes políticos para el desarrollo de una política criminal reflexiva (que busque tener cierta eficacia y ser respetuosa con los derechos), sino más bien para buscar una acción política orientada a captar la atención del público, en forma de noticias, comentarios e interacción. En otros trabajos MIRÓ y AGUERRI⁴⁴; y AGUERRI, MIRÓ y VILA⁴⁵ han abordado la interacción entre medios tradicionales y redes sociales: cómo los primeros se alimentan también de estos y cómo las redes sociales también se han convertido en medios para informar y para generar pánicos morales. Más recientemente, y a partir de los aportes empíricos que comentaremos más adelante como punto de partida de esta investigación, hemos puesto en duda algunas premisas teóricas que se dan por sentadas respecto a la estructura horizontal de la comunicación sobre el derecho penal en twitter⁴⁶.

El más completo intento de formulación de una teoría del impacto de los nuevos medios digitales en el ecosistema medial del Derecho penal es el de CIGÜELA SOLA quien, centrándose explícitamente más en la relación entre medios y derecho penal que entre aquellos y delincuencia, entiende que el Derecho penal tal y como ha sido configurado desde finales del siglo XIX está íntimamente ligado a la esfera pública de discusión y deliberación a la que dio lugar la impresión y difusión de prensa escrita⁴⁷. Por ello, el cambio del entorno mediático y cultural de la modernidad (cerrado, secuencial, rígido, fronterizo, especializado, reflexivo y racional) a un entorno digital (abierto, acumulativo, flexible, a-fronterizo, reticular, espontáneo, empotivo e interactivo), estaría tensionando los «símbolos penales» y sería parte de la causa de algunas de las crisis que vive actualmente el Derecho penal como la de la presunción de inocencia, la del principio del hecho, la de la racionalidad políticocriminal, la de la confianza en el sistema jurídico, etc. Estas «irritaciones» afectarían a la práctica punitiva⁴⁸, a la labor judicial⁴⁹ y a las propias precondiciones de legitimidad del Derecho penal, a «la existencia de un sistema político libre e inclusivo, en el que los ciudadanos deliberan y reflexionan sobre el contenido de las normas y las políticas públicas penales»⁵⁰. Esto último es especialmente importante, a mi parecer, pues constituye una tesis directa sobre cómo las redes sociales estarían afectando a las bases (empíricas y normativas) de la interacción entre ciudadanía, medios y poderes públicos al transformar la esfera pública. Para CIGÜELA SOLA la tendencia del ciberespacio digital y las redes a «fragmentar y polarizar emocionalmente a las audiencias», estaría conduciendo a un (nuevo) alejamiento del contexto deliberativo sobre el que debería configurarse el Derecho penal. Se trata, según CIGÜELA, de que los medios digitales podrían estar creando un «disenso manufacturado», un nuevo entorno potenciado por las redes que facilitan la creación de

⁴³ VILA VIÑAS/AGUERRI, *Revista General de Derecho Penal*, 37, 2022.

⁴⁴ MIRÓ-LLINARES/AGUERRI, «Misinformation about fake news: A systematic critical review of empirical studies on the phenomenon», *European Journal of Criminology*, 20(1), 2023, pp. 356-374

⁴⁵ AGUERRI/MIRÓ LLINARES/VILA VIÑAS, «When social media feeds classic punitivism on media: The coverage of the glorification of terrorism on XXI», *Criminology and Criminal justice*, 2022.

⁴⁶ MIRÓ LLINARES/AGUERRI, «La reforma del código penal en la twitteresfera: partidismo y verticalidad», *en prensa*.

⁴⁷ CIGÜELA SOLA, «Esbozo de una epistemología medial para el Derecho penal», *InDret*, 4, 2021, pp. 173-204, p. 186.

⁴⁸ En un proceso de «popularización» y «privatización» del castigo frente al carácter público y garantista de la modernidad. CIGÜELA SOLA, *InDret*, 4, 2021, p. 191.

⁴⁹ Especialmente a la capacidad del juez de ser autónomo e independiente de las corrientes de opinión al desarrollar su actividad, ahora, en medio del ruido producido en redes sociales y sus múltiples «ecos» en el sistema social y político, en «espacios acústicos y simultáneos», donde los grupos sociales interactúan y definen lo que quiere la comunidad. CIGÜELA SOLA, *InDret*, 4, 2021, p. 196 ss.

⁵⁰ CIGÜELA SOLA, *InDret*, 4, 2021, p. 187

enjambres de simpatizantes que interactúan y se organizan para publicar vídeos o mensajes en Facebook o Twitter y poner en marcha pánicos morales virales, y organizarse para presionar a políticos, periodistas dando su visión del mundo. El horizonte de toda esta actividad digital sería cambiar la legislación, según CIGÜELA «aumentar la protección del colectivo vulnerable a costa de una mayor criminalización del opresor», pero también, y esto es particularmente significativo, «utilizar los símbolos penales para vencer en las guerras culturales».

Pero ¿se corresponde esta caracterización del nuevo ecosistema mediático que describe CIGÜELA, con la realidad? ¿Son las redes sociales un entorno en el que el populismo y el punitivismo penal se verán reforzados? ¿Está ese pesimismo sustentado en bases empíricas? De momento hay que reconocer que la información sobre el funcionamiento del ecosistema mediático de las redes sociales, al menos en lo que se refiere a la comunicación del crimen y a su impacto en la política criminal, es escasa. Especialmente en lo que se refiere al plano de los efectos de la comunicación en redes sociales sobre el crimen y el Derecho penal en la política criminal. Sí existe un interesante estudio sobre la potencial relación entre el uso de redes sociales y las actitudes punitivas de los ciudadanos⁵¹ en el que se concluía que las personas que consumían contenido específico de castigo en las redes sociales tenían significativamente más probabilidades de tener actitudes más fuertes con respecto al uso del castigo y, también, que esta relación variaba según el miedo al crimen. No sólo, sin embargo, no puede darse esa investigación por concluyente, sino que faltaría por investigar muchos factores más al igual que sería necesario encontrar variables objetivas para ver si el (supuesto) punitivismo generado por las redes sociales acaba derivando o no en un punitivismo del legislador.

Sí ha habido un número creciente de investigaciones empíricas centradas, de nuevo, en el concepto de moral panic para tratar de determinar si efectivamente las redes suponen un entorno adecuado para generar esas dinámicas comunicativas. De momento lo que parece evidente es, tal y como ha recordado Walsh, que las redes sociales parecen un terreno adecuado para difundir en ellas pánicos morales recurrentes como la migración, la delincuencia o el terrorismo. Así se deriva de la investigación de FLORES-YEFFAL et al.,⁵² sobre las cruzadas antiinmigrantes por medio del uso de hashtags como #IllegalsAreCriminals y #WakeUpAmerica que ayudaban a que la retórica xenófoba resonara en todo el ciberespacio⁵³, o de la de VAIDHYANATHAN⁵⁴ sobre los partidarios del Partido de la Independencia del Reino Unido, de extrema derecha, antes del brexit haciendo circular a través de redes sociales afirmaciones polémicas sobre la competencia laboral, el desplazamiento cultural, el crimen y la infiltración terrorista para usar electoralmente los temores sobre los extranjeros⁵⁵. Los «folk devils» de siempre para la extrema derecha también se

⁵¹ INTRAVIA, *International journal of offender therapy and comparative criminology*, 63(2), 2019, pp. 309-333.

⁵² FLORES-YEFFAL/VIDALES/MARTINEZ, «#WakeUpAmerica, #IllegalsAreCriminals: the role of the cyber public sphere in the perpetuation of the Latino cyber-moral panic in the US», *Information, Communication & Society*, 22:3, 2019, pp. 402-419,

⁵³ Ver también: MORGAN/SHAFFER, «Sockpuppets, secessionists, and Breitbart», *Medium*, 31 March, 2017, Disponible en: <https://medium.com/data-for-democracy/sockpuppets-secessionists-and-breitbart-7171b1134cd5>

⁵⁴ VAIDHYANATHAN, *Antisocial Media*, Oxford University Press, 2018.

⁵⁵ Véanse INTRAVIA, *International journal of offender therapy and comparative criminology*, 63(2), 2019, pp. 309-333; y también los interesantes trabajos de EVOLVI, «#Islamexit: inter-group antagonism on Twitter», *Information, communication & society*, 22(3), 2019, pp. 386-401; y CAMARGO FERNÁNDEZ, «El nuevo orden discursivo de la extrema derecha española: de la deshumanización a los bulos en un corpus de tuits de Vox sobre la inmigración», *Cultura, Lenguaje y Representación*, 26, 2021, pp. 63-82.

han observado en España con la identificación entre delincuencia e inmigración en twitter⁵⁶ y especialmente en relación con el discurso en esta red social entorno a los «menas»⁵⁷. Puede cambiar el medio, incluso también pueden hacerlo los nuevos «diablos populares», pero tal y como muestran estrudios como el de PEPIN-NEFF y COHEN⁵⁸ sobre la creación de pánicos morales sobre las personas trans por parte de Trump y sus seguidores, el fondo de la estrategia del pánico moral sigue siendo muy similar. Lo que difícilmente puede derivarse de este tipo de investigaciones es que estos nuevos pánicos morales digitales tengan un impacto mayor, menor o igual que los que se creaban en la prensa o en la televisión.

También ha sido objeto de análisis empírico el uso de las redes sociales para la denuncia de victimización o para la movilización y el apoyo a determinados colectivos víctimas de crímenes o relacionados con ellas. Probablemente el punto de inicio fue el movimiento Metoo, que pese a ir mucho más allá de ellas tuvo uno de sus enclaves fundamentales en las redes sociales y ha dado lugar a una extensa literatura que ha analizado desde la distribución geográfica la conversación en redes⁵⁹, hasta las diferentes narrativas que lo recorrieron⁶⁰, identificando los elementos clave tanto de los discursos de las víctimas como de los mensajes de apoyo. Al metoo lo han sucedido otros movimientos de características similares, como #MeTooGay, #BalanceTonPorc, o #MeTooIncest⁶¹ todos centrados en la denuncia a través de redes sociales de experiencias de victimización sexual. Y, en relación con ello, si hay un evento de discusión en twitter sobre el Derecho penal que ha sido objeto de análisis y que ha dado lugar, a mi parecer, a aportaciones empíricas de interés en relación con la forma en la que se comunica sobre el crimen y el Derecho penal en las redes sociales, fue el de «La Manada». Como es sabido, la sentencia del denominado caso «La Manada» dio lugar a movilizaciones y protestas en las calles pero, antes, ya lo había hecho en twitter y otras redes sociales lo que, a su vez, dio lugar a un buen número de publicaciones en los que se analiza el discurso público en la red social durante esos días⁶². Las

⁵⁶ CAMARGO FERNÁNDEZ, *Cultura, Lenguaje y Representación*, 26, 2021, pp. 63-82.

⁵⁷ CHEDDADI, «Discurso político de Vox sobre los menores extranjeros no acompañados». *Inguruak*, 69. 2020, pp.57-77.

⁵⁸ PEPIN-NEFF/COHEN, «President Trump's transgender moral panic», *Policy Studies*, 42, 2021, pp. 646-662.

⁵⁹ BOGEN/ORCHOWSKI, «A Geospatial Analysis of Disclosure of and Social Reactions to Sexual Victimization on Twitter Using #MeToo», *Women & Therapy*, 44(3-4), 2021, pp.374-390.

⁶⁰ Véanse, por ejemplo: DREWETT/OXLAD/AUGOSTINOS, «Breaking the silence on sexual harassment and assault: An analysis of #MeToo tweets», *Computers in Human Behavior*, 123, 2021; BOGEN/BLEIWEISS/LEACH/ORCHOWSKI, «#MeToo: Disclosure and Response to Sexual Victimization on Twitter», *Journal of Interpersonal Violence*, 36(17-18), 2021, pp. 8257-8288.

⁶¹ AGUERRI/MOLNAR/MIRÓ-LLINARES, «Old crimes reported in new bottles: The disclosure of child sexual abuse on Twitter through the case #MeTooIncest», *Social Network Analysis and Mining*, 2023.

⁶² Véanse: NUÑEZ PUENTE/FERNÁNDEZ ROMERO, «Posverdad y victimización en Twitter ante el caso de La Manada: propuesta de un marco analítico a partir del testimonio ético», *Investigaciones Feministas*, 10(2), 2022; ORBEGOZO TERRADILLOS/MORALES I GRASS/LARRONDO URETA, «Feminismos indignados ante la justicia: la conversación digital en el caso de La Manada», *IC Revista Científica De Información y Comunicación*, 16, 2019, pp. 211-247; ROBLES./ATIENZA/GÓMEZ/GUEVARA, «La polarización de «La Manada»: El debate público en España y los riesgos de la comunicación política digital», *Tempo Social*, 31(3), 2019, pp. 193-216; MOLPECERES ARNÁIZ/FILARDO-LLAMAS, «Llamamientos feministas en Twitter: ideología, identidad colectiva y reenmarcado de símbolos en la huelga del 8M y la manifestación contra la sentencia de «La Manada»», *Dígitos. Revista de Comunicación Digital*, 6, 2020, pp. 55-78; NAVARRO/COROMINA, «Discussion and mediation of social outrage on Twitter: The reaction to the judicial sentence of La Manada». *Communication & Society*, 33(1), 2020, pp. 93-106; IDOAGA MONDRAGON/GIL DE MONTES ECHAIDE/ASLA ALCIBAR/LARRAÑAGA EGUILEOR, «La Manada in the digital sphere: coping with a sexual aggression case through Twitter», *Feminist Media Studies*, 20(7), 2020, pp. 926-943; AURREKOETXEA-CASAUS, «San fermines #la manada case: An exploratory analysis of social support for victims of sexual violence on Twitter», *Computers in human behavior*, 108, 2020; BERNÁNDEZ-RODAL, Asunción/LÓPEZ-PRIEGO, Nuria/PADILLA-CASTILLO, Graciela, «Cultura y movilización social contra la violencia sexual a través de Twitter: el caso del fallo judicial #LaManada en España», *Revista Latina de Comunicación Social*, 79, 2021, pp. 237-262.

diferentes investigaciones aportan datos muy interesantes a los efectos de aquello que, considero, es central para comprender el impacto del nuevo ecosistema mediático en el Derecho penal. Pues, más allá de que twitter sirviera en este caso de altavoz para el apoyo a la víctima⁶⁵, y, también, para la crítica ideológica a la sentencia y lo que ello suponía⁶⁴, con miles de personas manifestándose contra una resolución judicial, algunas de las investigaciones realizadas sobre este caso han mostrado datos interesantes que ayudan a comprender la estructura de la discusión sobre lo penal en esa red social. Por ejemplo, que tales manifestaciones estaban lideradas por grupos específicos (en este caso el movimiento feminista) y que pese a la supuesta horizontalidad de la red, los usuarios que más impacto tuvieron eran líderes políticos, conocidas activistas feministas, periodistas y medios de comunicación⁶⁵. También que todo el discurso estaba conformado por la definición de una identidad colectiva, en este caso la feminista, con un lenguaje propio y toda una serie de procesos metonímicos textuales y visuales, como por ejemplo el empleo de emojis, hashtags y metáforas; que, además, se definía en parte por la confrontación con el otro, que en el caso de La Manada eran «los jueces»⁶⁶. Finalmente también es un hallazgo interesante la marcada polarización que hubo en los discursos sobre la cuestión: con un punto de vista mayoritario que, como se ha dicho, era de apoyo a la víctima y de crítica a la sentencia, y otro, minoritario pero numeroso, que relativizaba el acto cometido y defendía la decisión judicial, con marginales opiniones alternativas o conciliadoras⁶⁷.

Y aportes similares, en interés y en dirección de los hallazgos, se derivan de otras investigaciones empíricas de interés que abordan discusiones en redes sociales relacionadas con el crimen y el Derecho penal. En relación con el denominado «Proces» dos estudios, uno sobre la actividad en twitter tras la aprobación de la Ley de referéndum⁶⁸ y otro sobre el juicio del proces⁶⁹ mostraron una alta polarización ideológica, en la primera a favor y en contra de la Ley y alejada del debate deliberativo, y en la otra con dos espacios que generaban desinformación populista, uno el unionista indignado por los disturbios y en defensa de las actuaciones policiales, y el otro, independentista, muy radicalizado y llamando a la desobediencia civil. Y algo muy similar se observó en una interesante investigación sobre el debate de la ley de eutanasia en España⁷⁰, tanto la polarización del debate entre opiniones favorables y contrarias a la ley, como que en la estructura de la conversación era fácil distinguir la presencia de fuerzas políticas, colectivos y medios de comunicación asociados unos a la izquierda y otros a la derecha.

De estas investigaciones, aún escasas, quizás no podamos derivar una imagen clara, o definitiva, sobre las características distintivas de la comunicación del crimen y el Derecho penal en redes sociales, que podrían determinar su impacto en la política criminal. Pero, ¿y si no nos fijamos exclusivamente en el discurso en torno a lo penal y atendemos a las condiciones y estructura del discurso y la conversación política en Twitter?

⁶⁵ AURREKOETXEA-CASASUS, *Computers in human behavior*, 108, 2020

⁶⁴ NAVARRO/COROMINA, *Communication & Society*, 33(1), 2020, pp. 93-10

⁶⁵ BERNÁRDEZ-RODAL et al., *Revista Latina de Comunicación Social*, 79, 2021, pp. 237-262

⁶⁶ MOLPECERES ARNÁIZ/FILARDO-LLAMAS, *Dígitos. Revista de Comunicación Digital*, 6, 2020, pp. 55-78

⁶⁷ ROBLES et al., *Tempo Social*, 31(3), 2019, pp. 193-216

⁶⁸ MORAGAS-FERNÁNDEZ,/GRAU-MASOT/CAPDEVILA-GÓMEZ, «Articulación de la influencia en Twitter ante el anuncio de la Ley del referéndum en Cataluña», *Profesional de la información*, 28(3), 2019

⁶⁹ LLORCA/FABREGAT-CABRERA/RUIZ-CALLADO, «Desinformación Populista en Redes Sociales: la Tuitosfera del Juicio del Procés», *Observatorio (OBS)*, 15(3), 2021.

⁷⁰ URCOLA ECEIZA/ELEZGARAI IBAÑEZ, «La polarización y echo chambers en el debate de la #LeydeEutanasia en Twitter», *Revista de Comunicación de la SEECI*, 54, 2021, pp. 187-204

2.3. Mirando a la twitteresfera: Algunas evidencias sobre la estructura de la esfera pública, más allá de lo penal, en la era de las redes sociales

La victoria electoral de Donald Trump primero, el Brexit después, la preocupación por las fake news especialmente acrecentada con la crisis del covid 19 y la constatación de la denominada infodemia⁷¹, y, en general, el supuesto debilitamiento de las democracias⁷² son sucesos que se han relacionado más o menos directamente con la definitiva popularización de las redes sociales como espacio para la discusión pública. Se comenzó a hablar de su estructura manipulada y manipuladora, de sus efectos potenciadores de populismo, polarización y desinformación, virando de forma radical en los últimos años las expectativas democratizadoras que se habían puesto en este desarrollo tecnológico. Paralelamente también ha crecido el interés académico, aumentando significativamente la literatura que investiga los impactos de las redes sociales y de su conversión en una nueva esfera de debate político, en la democracia, con tantas reflexiones teóricas como estudios empíricos que tratan de probar la existencia o inexistencia de cámaras de eco, el funcionamiento de los algoritmos y los motores de los mismos, o la estructura de la red social. No puede ser el objetivo de este trabajo desentrañar las claves de la relación entre el supuesto aumento de la polarización ideológica y las redes sociales para saber si detrás de esto hay una auténtica relación de causalidad o hemos caído demasiado rápido en el *cum hoc ergo propter hoc*. Tampoco se busca comprender el funcionamiento íntimo de los algoritmos de cada red social. Pero para comprender cómo puede afectar a la política criminal la conversión de las redes sociales en un nuevo ámbito de discusión pública sobre el crimen y el Derecho penal, hay que acercarse efectivamente a la comprensión de cuál es la transformación que está aconteciendo en el panorama mediático y cómo afecta en general a la constitución de la opinión pública. Al fin y al cabo las características de esa nueva esfera pública digital que está observando la investigación empírica serán las que determinarán cómo se informa y comunica el crimen y el Derecho penal en ella. Y los impactos y consecuencias que, conforme a investigaciones recientes, podría estar teniendo esa nueva comunicación en la política y en la democracia serán la mejor guía para advertir cuáles pueden ser los que tenga la comunicación del crimen y de la ley penal en la acción política criminal.

Hay que comenzar por reconocer que el optimismo inicial respecto al potencial democratizador que podrían tener las redes sociales⁷³ no era irracional. Partía, al menos, de la constatación de que Internet, primero, y las redes sociales dentro de la propia evolución de este, aumentarían la participación de la ciudadanía en la discusión pública. También de la suposición de que ello mejoraría y consolidaría una sana esfera pública. Es indiscutible que plataformas como Twitter, Facebook y Reddit han cambiado la forma en que consumimos y usamos información⁷⁴, y que han aumentado la posibilidad para gran parte de la ciudadanía de participar en la discusión pública, así como de contactar con otros ciudadanos y con los representantes políticos⁷⁵. Las

⁷¹ KAYE, *Speech Police. The global struggle to govern the Internet*, Columbia global reports, 2019

⁷² Véase: VAIDHYANATHAN, *Antisocial Media*; o HAIDT, «Yes, social media really is undermining democracy», *The Atlantic*, 2022, disponible en: bit.ly/3RXJlwR

⁷³ CASTELLS, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Alianza, 1997; ADAY et al., *Blogs and Bullets: New Media in Contentious Politics*. Peaceworks, 2010; ARRABAL-SÁNCHEZ/AGUILERA-MOYANO, «Communicating in 140 characters. How journalists in Spain use Twitter», *Comunicar*, 46, 2016, pp.9-17

⁷⁴ GONZÁLEZ-BAILÓN/LELKES, «Do social media undermine social cohesion? A critical review». *Social Issues and Policy Review*, 17, 2023, pp. 155-180

⁷⁵ Véase, por ejemplo: TUFEKCI/WILSON, «Social media and the decision to participate in political protest: Observations from Tahrir Square», *Journal of Communication*, 62, 2012, pp. 363-379

redes, además, tenían el potencial de incrementar la participación de ciudadanos procedentes de sectores que, tradicionalmente, habían sido excluidos del debate público⁷⁶, lo que supondría una potencial mejora de la esfera pública tradicional a la que muchos no podían acceder. Además, la descentralización de la creación de contenido a partir del cambio del ciudadano de lector a autor supondría un aumento de los temas y las perspectivas objeto de debate y conllevaría un aumento potencial tanto de la complejidad de la comunicación pública como de su calidad⁷⁷. Así, al brindar las redes sociales un fácil acceso a las discusiones políticas y a una amplia variedad de puntos de vista, la exigencia habermasiana de la accesibilidad general y la no dominancia de las élites en la esfera pública, estaría más cerca que nunca⁷⁸.

Sin embargo, el optimismo parece haberse topado con una realidad más compleja. La idea de una esfera pública digital participativa, igualitaria y deliberativa estaba basada en preconcepciones sobre la red que, en estos momentos, la evidencia empírica está poniendo claramente en cuestión. La primera de ellas tenía que ver con la estructura de los participantes en la esfera pública en twitter y particularmente con el supuesto carácter horizontal de una red social que se está mostrando más vertical de lo que se creía. La segunda está relacionada con la creencia en una supuesta descentralización de la creación de contenidos y, por tanto, de la multiplicación de estos y del acceso a los mismos, frente a la realidad de los mecanismos de los algoritmos que determinan la interacción en la red social y, por tanto, también sus contenidos. Voy a analizar ambas cuestiones por separado pues son pilares esenciales desde los que se va a cimentar esta investigación.

Comenzando por la primera cuestión, el hecho de que la ciudadanía pueda participar y crear y compartir contenido en redes sociales suponía, al menos aparentemente, una inmediata reducción del papel mediador de agentes como medios de comunicación y políticos que controlaban de qué, cómo y cuándo se hablaba. Con las redes, la participación sería más directa⁷⁹, los mensajes, antes controlados por poderosos gatekeepers, fluirían ahora libremente, serían diversos y estarían dirigidos por la propia ciudadanía⁸⁰. Pero esta supuesta «des-intermediación de la comunicación política», en el sentido de eliminación de la alteración que suelen introducir en el mensaje original los medios de comunicación de masas por la sección del mensaje o del encuadre o la interpretación del político que aquí no se daría, no ha resultado tan clara. Según investigaciones recientes, y pese a las pocas restricciones de acceso a Twitter y a pesar de que nadie, en principio, está excluido de la plataforma, los medios de comunicación no tendrían el papel secundario que se les supone en redes, y los políticos seguirían siendo, en parte, los líderes de una comunicación mucho más vertical de lo que podría parecer⁸¹. No existe una aparente

⁷⁶ LOADER/VROMEN/XENOS, «The networked young citizen: social media, political participation and civic engagement», *Information, Communication & Society*, 17(2), 2014, pp. 143-150.

⁷⁷ Véanse: GONZÁLEZ-BAILÓN/LELKES, *Social Issues and Policy Review*, 17, 2023, pp. 155-180; y SEELIGER/SEVIGNANI, «A new structural transformation of the public sphere? An introduction», *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, pp.3-16.

⁷⁸ DIEHL/WEEKS/DE ZÚÑIGA, «Political persuasion on social media: Tracing direct and indirect effects of news use and social interaction», *New media & society*, 18(9), 2016, pp. 1875-1895, p.1876

⁷⁹ CASTELLS, *Networks of outrage and hope: Social movements in the Internet age*, Polity Press, 2015, p.122

⁸⁰ MOYA SÁNCHEZ/HERRERA DAMAS, «Cómo puede contribuir Twitter a una comunicación política más avanzada», *Arbor*, 191(774), 2015.

⁸¹ MIRÓ LLINARES/AGUERRI, 2023, en prensa.

eliminación de privilegios y las élites mantienen su estatus de élite dentro de sus fronteras⁸². La *agenda setting* o el «flujo de información de dos pasos» iniciado por líderes de opinión que median el flujo de información entre los medios de comunicación y el público, también existiría en redes sociales⁸³. Y si esto es así; si, tal y como muestran investigaciones recientes, en el entorno digital entran nuevos actores pero las élites políticas y mediáticas mantienen sus roles de liderazgo y centralizan el debate⁸⁴, la idealidad de la esfera pública sólo sería eso, idealidad.

Hay una segunda preconcepción que está siendo puesta en duda por la investigación empírica reciente. Es la que tiene que ver con el hecho de que las redes conllevan una descentralización en la creación de contenidos y, por tanto, contienen el potencial de aumentar los temas y las perspectivas, mejorando la calidad de las discusiones y deliberaciones sobre lo tratado. Como ha señalado Jaidka y su equipo⁸⁵ muchos autores se han mostrado escépticos sobre el potencial de las redes sociales como esferas públicas para la deliberación política⁸⁶, e investigaciones recientes les darían la razón debido a la baja calidad de las discusiones políticas, la tendencia a la hipérbole y la toxicidad⁸⁷. Pero ¿porqué es esto así si cada vez hay más sujetos participantes? La explicación podría estar en la estructura de las redes que favorecen la exposición selectiva a determinadas fuentes, creando un entorno propenso al conflicto, la polarización, la falta de civismo y los trastornos de la información⁸⁸, fragmentándose la esfera pública en burbujas y cámaras de eco⁸⁹. La estructura algorítmica de las redes, pues, estaría facilitando la creación de grupos polarizados de individuos con ideas afines, ideológicamente homofílicos, en los que las personas que piensan de una determinada forma van uniendo sus opiniones, cambiando algunas de ellas para que sean consistentes con las del grupo y, así fortaleciendo su forma de ver el mundo⁹⁰. La teoría de las cámaras de eco parte de aquí: de la descomposición de los usuarios en grupos que sólo estarían expuestos a información que confirma lo que previamente creen y que no permite el acceso a opiniones distintas⁹¹. Aquí estaría, pues, la fragmentación de la que advertía CIGÜELA SOLA, el peligro identificado inicialmente por algún visionario de que las redes creasen cámaras de eco que no permitiesen el acceso a los puntos de vista alternativos y, al

⁸² Véanse: DAGOULA, «Mapping Political Discussions on Twitter: Where the Elites Remain Elites», *Media and Communication*, 7(1), 2019, pp. 225-234; MANFREDI-SÁNCHEZ/AMADO-SUÁREZ/WAISBORD, «Presidential Twitter in the face of COVID-19: Between populism and pop politics», *Comunicar*, 66, 2021, pp. 83-94.

⁸³ CHA et al., «Measuring user influence in Twitter: The million follower fallacy», en *Proceedings of the 4th International AAAI Conference on Weblogs and Social Media (ICWSM)*, 2010, pp.1-9.

⁸⁴ CASERO-RIPOLLÉS, «Influencers in the political conversation on Twitter: Identifying digital authority with big data», *Sustainability*, 13, 2021.

⁸⁵ JAIDKA/ZHOU/LELKES, «Brevity is the soul of Twitter: The constraint affordance and political discussion», *Journal of Communication*, 69(4), pp. 345-372.

⁸⁶ Véanse: BAIL et al., «Exposure to opposing views on social media can increase political polarization», *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 115 (37), 2018, pp.9216-9221; MENDELBERG, «The deliberative citizen: Theory and evidence», *Political Decision Making, Deliberation and Participation*, 6, 2002, pp. 151-193; SCHKADE, David/SUNSTEIN, Cass/KAHNEMAN, Daniel, «Deliberating about dollars: The severity shift», *Columbia Law Review*, 100, 2000, pp.1139-1176.

⁸⁷ Véanse, por ejemplo: BERRY/SOBIERAJ, *The outrage industry: Political opinion media and the new incivility*, Oxford University Press, 2013; NITHYANAND/SCHAFFNER/GILL, «Online political discourse in the Trump era», *arXiv*, 2017; THEOCHARIS et al., «A bad workman blames his tweets: The consequences of citizens' uncivil Twitter use when interacting with party candidates», *Journal of Communication*, 66(6), 2016, pp.1007-1031.

⁸⁸ GONZÁLEZ-BAILÓN/LELKES, *Social Issues and Policy Review*, 17, 2023, pp. 155-180

⁸⁹ SEELIGER/SEVIGNANI, *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, pp.3-16.

⁹⁰ BANSAL/WEINSCHENK, «Something Real about Fake News: The Role of Polarization and Social Media Mindfulness», *Proceedings of the Americas Conference on Information Systems (AMCIS)*, 2020, pp. 10-14

⁹¹ SHORE/JIYE/CHRYSANTHOS, "Network Structure and Patterns of Information Diversity on Twitter," *MIS Quarterly*, 42:3, 2018 pp. 849-872.

disminuir la cohesión social, aumentasen la polarización⁹². Lo cual, parece confirmarse para el ámbito que nos interesa tal y como hemos visto en la revisión de la literatura sobre el caso de la manada en twitter, en la que se observa como las discusiones se realizan desde polos opuestos y sin ningún ánimo de confluencia.

Sin embargo, la cuestión es más compleja, las redes son más diversas entre sí de lo que a veces damos por sentado y las cámaras de eco están comenzando a ser puestas en cuestión. Comenzando por esto último, investigaciones recientes han mostrado que la interacción entre posiciones contrarias no es tan excepcional en ellas como se pensaba⁹³ y que, frente a lo que pronosticaba Sunstein, escuchar otras posiciones políticas podría ser la causa del aumento de la polarización. En un estudio reciente se ha observado cómo la exposición a contenidos de grupos ideológicamente opuestos refuerza las convicciones propias y aumenta la polarización⁹⁴. Quizás, como ha señalado WAISBORD⁹⁵, el problema es la caricaturización que hemos hecho de las cámaras de eco: no se trata tanto de que las redes hayan supuesto la aparición de burbujas informativas absolutamente aisladas a la información externa, sino de que el funcionamiento de las redes y su estructura grupal en algunas de ellas intensifique los sentimientos de identidad ideológica y partidaria⁹⁶. Como he señalado recientemente⁹⁷, las redes efectivamente no serían la esfera pública idealizada que facilitaría la discusión democrática, pero el modo en que estarían polarizando las posiciones no sería «por medio de círculos cerrados de posiciones políticas», sino que lo harían más bien por medio de «grupos semi abiertos a lo que dice el contrario pero cerrados al sesgo de confirmación que les lleva a reforzar las posiciones previas». Es decir, que más que una fragmentación de múltiples burbujas cerradas que se escuchan a sí mismas lo que tendríamos sería una división entre grupos o comunidades, en muchos casos preexistente a la propia conversación concreta de que se trate, abiertas al contacto con el enemigo, el otro grupo o identidad, pero como forma de refuerzo de la comunidad propia. Da la sensación, de hecho, que la discusión sobre cualquier tema en redes sociales forme parte de una discusión más general, de una especie de guerra (cultural) entre visiones del mundo en la que las posiciones estén preestablecidas, y en las que se sacan los temas no para debatir realmente acerca de ellos sino para usarlos como arma en la discusión general. También es posible que esto no sea así para todos los que participan en las redes ni para todas ellas por igual. Según un interesante estudio de DUBOIS y BLANK⁹⁸ sobre una muestra de 2000 usuarios adultos de Internet en el Reino Unido (N = 2000), aquellos usuarios interesados en la política y a atender tradicionalmente a varios medios acaban evitando las cámaras de eco por lo que, según los autores, es posible que solo un pequeño segmento de la población se encuentre en una cámara de eco.

Es evidente que cualquier generalización es problemática y que cuando se usa el término redes sociales obviando que cada una de ellas tiene caracteres singulares, se puede estar cayendo en una de ellas. Lo que también es cierto es que las que he destacado parecen cuadrar con twitter. Terminaré, por ello, este análisis y revisión teórica-empírica con una breve referencia a la red

⁹² SUNSTEIN, Cass R. *#Republic: Divided democracy in the age of social media*, Princeton University Press, 2017.

⁹³ BRUNS, «Digital public spheres in Australia», en SCHAPALS/BRUNS/MCNAIR, *Digitizing Democracy*, Routledge, 2018, pp.133-146

⁹⁴ BAIL, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 115 (37), 2018, pp.9216–9221

⁹⁵ WAISBORD, «¿Es válido atribuir la polarización política a la comunicación digital? Sobre burbujas, plataformas y polarización afectiva», *Revista saap*, 14(2), 2020, pp. 248-279.

⁹⁶ DUBOIS/BLANK, «The echo chamber is overstated: the moderating effect of political interest and diverse media», *Information, communication & society*, 21(5), 2018, pp. 729-745.

⁹⁷ MIRÓ LLINARES/AGUERRI, 2023, en prensa.

⁹⁸ DUBOIS/BLANK, *Information, communication & society*, 21(5), 2018, pp. 729-745.

social que hemos elegido para el análisis, entre otras cosas por ser aquella en la que más discusión política acontece o, al menos, la que más impacta y se retroalimenta de los medios de comunicación tradicionales⁹⁹. Twitter, como ha señalado PODLAS, es un foro cultural como la televisión, pero también una «esfera pública en la que discutir asuntos públicos»¹⁰⁰. Y lo primero que hay que decir al respecto de esta esfera es que en twitter la exposición selectiva a la información y las ideologías es algo intrínseco dado que los grupos son elegidos directamente por los usuarios con su interacción¹⁰¹. Como ha señalado PODLAS¹⁰², algunos de los factores que se han atribuido a esta red social como la escasa calidad del diálogo entre grupos en ella¹⁰³, o la tendencia a que los usuarios interactúen dentro de grupos políticamente homogéneos o de ideas afines¹⁰⁴, se deben a las características extremas de personalización de esta red social. Al facilitar twitter la creación de redes con ideologías y creencias similares, se facilita la génesis de cámaras de eco o, al menos, la exacerbación política. Se reducen, en vez de expandirse, los temas de conversación¹⁰⁵ y los puntos de vista¹⁰⁶ y, cuando los grupos «interactúan» entre sí, no lo hacen para generar un debate intelectual sino para realzar la retórica propia y criticar al otro lado¹⁰⁷.

En la raíz de esto está el diseño de los algoritmos que usa Twitter para filtrar la información que se entrega a los usuarios y regular sus interacciones¹⁰⁸. A partir de un diseño preestablecido que se nutre de la información que va produciendo el usuario con sus propias interacciones, con lo que ve, con lo que no, con lo que le hace interactuar, etc., el algoritmo le muestra y sugiere contenido, le relaciona con otros usuarios, y va determinando la comunidad¹⁰⁹ que el usuario cree haber definido por sí solo. Como señala PODLAS¹¹⁰, «a medida que el algoritmo continúa refinando la relevancia del contenido que se muestra al usuario, el contenido entregado se vuelve cada vez más limitado», de modo que «en un mundo digital con información y opciones infinitas, el usuario recibe una dieta de información más restringida»¹¹¹. Además, si la elección del tema es política, ideológica o grupal, el algoritmo proporciona información ideológica o políticamente afín, dando así a distintos grupos diferentes segmentos de información sobre el mundo

⁹⁹ AGUERRI et al, *Criminology and Criminal justice*, 2022.

¹⁰⁰ XUFENG, «Talking to the Broadcasters on Twitter: Networked Gatekeeping in Twitter», *J. Broad. & Elec. Media*, 420, 2014, pp. 421-423.

¹⁰¹ PARK/KAYE, «Mediating Roles of News Curation and News Elaboration in the Relationship between Social Media Use for News and Political Knowledge», *63 J. BROAD. & ELEC. MEDIA* 455, 2019, pp., 456-457.

¹⁰² PODLAS, «Reconsidering the nomos in today's media environment», *Touro Law Review*, 37, 2021, pp. 2211-2252

¹⁰³ ARLT et al., «Between Fragmentation and Dialogue. Twitter Communities and Political Debate About the Swiss Nuclear Withdrawal Initiative», *13 ENV'T CoMMUN*, 440, 2018, pp. 441-442;

¹⁰⁴ CHEN/LIN, «Crosscutting and Like-minded Discussion on Social Media», *65 J. BROAD. & ELEC. MEDIA*, 135, 2021, pp.135 ss.

¹⁰⁵ PODLAS, *Touro Law Review*, 37, 2021, pp. 2211-2252

¹⁰⁶ SMITH/RAINIE, «Mapping Twitter Topic Networks: From Polarized Crowds to Community Clusters», *PEW RSCH. CTR.*, 2014

¹⁰⁷ HWANG et al., «Seeing is Believing: Effects of Uncivil Online Debate on Political Polarization and Expectations of Deliberation», *58 J. BROAD. & ELEC. MEDIA*, 621, 2014, pp. 623 ss.

¹⁰⁸ LIN et al., «Understanding the Nature, Uses, and Gratifications of Social Television: Implications for Developing Viewers Engagement and Network Loyalty», *62 J. BROAD. & ELEC. MEDIA* 1, 1, 2018. Como sabemos estos algoritmos se van actualizando cada cierto tiempo y, de hecho, la entrada en escena de Elon Musk con la compra de la compañía ha producido una importante reforma del algoritmo de priorización del contenido para el usuario pocos meses después de la realización de este trabajo que habría introducido relevantes novedades. Habrá que estar atentos, por tanto, a los cambios que se vayan produciendo en la plataforma.

¹⁰⁹ LIN, *62 J. BROAD. & ELEC. MEDIA* 1, 1, 2018; CHANG SUP/ KAYE, *63 J. BROAD. & ELEC. MEDIA* 455, 2019, pp., 456-457

¹¹⁰ PODLAS, *Touro Law Review*, 37, 2021, pp. 2211-2252

¹¹¹ Véase: KANT, «Giving the 'Viewer' a Voice? Situating the Individual in Relation to Personalization, Narrowcasting, and Public Service Broadcasting», *58 J. BROAD. & ELEC. MEDIA* 381, 390 91, 2014, pp. 394-395; PARK/KAYE, *63 J. BROAD. & ELEC. MEDIA* 455, 2019, pp., 456-457

completamente distintos entre sí¹¹². Y no sólo es el algoritmo, hay otros elementos de diseño de la plataforma que inciden en la estructura del discurso allí. La restricción en la longitud de los mensajes (anteriormente 140 caracteres y ahora 280 caracteres) a menudo hace que las personas «simplifiquen demasiado los problemas complejos», lo que contribuye a más malentendidos¹¹³. Y también se ha visto que la expresión de opiniones en twitter tiene éxito cuando lleva a la pertenencia, al compromiso en un determinado grupo, de modo que no sólo al adoptar las opiniones y puntos de vista previamente establecidos los usuarios se sienten socialmente apoyados y continúan debatiendo, sino que tienen éxito, por lo que las visiones acaban homogeneizándose. Y todo esto difícilmente mejorará la discusión política: aumenta la polarización y las emociones¹¹⁴.

Es por todo lo señalado que hoy es mayoría la literatura que considera que las redes sociales, en general, y twitter en particular, no pueden considerarse esferas públicas desde un ideal deliberativo, pero más allá de ello, que las dinámicas a las que están sometiendo la discusión política podrían generar graves consecuencias para la discusión política y la democracia, en general¹¹⁵. Es cierto, sin embargo, que en este plano, el del impacto, la literatura es ingente pero las investigaciones empíricas aún no son concluyentes. No hay una evidencia indiscutible de que las redes sociales estén detrás de la distorsión de las democracias occidentales. Sí comienza a haberlas de la existencia de polarización política en twitter¹¹⁶ y también de que las ideologías políticas más extremas tienen gran cantidad de seguidores en esta red social¹¹⁷.

Lo que parece poco discutible es que, en caso de confirmarse estos efectos, los mismos provendrían de algunas de las características de la conversación pública en estas redes derivadas, a su vez, de la estructura de las mismas, de las dinámicas de verticalidad que también parecen controlar las redes y de la simplificación y polarización de los debates políticos que se producen en las mismas. Por tanto, para poder responder en un futuro a la pregunta de cuáles serán las consecuencias político criminales de la popularización de la discusión sobre el crimen y el Derecho penal en redes sociales, es esencial que nos fijemos ahora en la estructura de esa discusión, en sus características esenciales, y en particular en si estas derivan de la estructura de la discusión pública en la red social de que se trate, en este caso twitter.

¹¹² LIN, 62 *J. BROAD. & ELEC. MEDIA* 1, 1, 2018; CHANG SUP/ KAYE, 63 *J. BROAD. & ELEC. MEDIA* 455, 2019, pp., 456-457

¹¹³ PARK/KAYE, 63 *J. BROAD. & ELEC. MEDIA* 455, 2019, pp., 456-457. En general sobre la simplificación del discurso en Twitter y sus implicaciones en la forma de comunicación véase el interesante trabajo de OTT, «The age of Twitter: Donald J. Trump and the politics of debasement», *Critical studies in media communication*, 34, 1, 2017, pp. 59-68.

¹¹⁴ PODLAS, *Touro Law Review*, 37, 2021, pp. 2211-2252

¹¹⁵ Véanse: BAIL, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 115 (37), 2018, pp.9216–9221; y FISHKIN, *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*. Oxford University Press, 2011.

¹¹⁶ Véanse: NGUYEN, «Politics and the Twitter revolution: A brief literature review and implications for future research» *Social Networking*, 7(4), 2018, pp. 243-251; GRUZD/ ROY, «Investigating Political Polarization on Twitter: A Canadian Perspective», *Policy & Internet*, 6, 2014, pp. 28-45; VERGEER, «Twitter and Political Campaigning», *Sociology Compass*, 9, 2015, pp. 745-760; HONG/KIM, «Political Polarization on Twitter: Implications for the Use of Social Media in Digital Governments», *Government Information Quarterly*, 33, 2016, pp. 777-782.

¹¹⁷ NGUYEN, *Social Networking*, 7(4), 2018, pp. 243-251

3. Estructura y contenido de la discusión en twitter: cuando «código penal» y «jueces» fueron trending topic

3.1. Antecedentes, objetivos y método

Ya he señalado anteriormente que este trabajo forma parte de una investigación mucho más amplia que, desde distintas perspectivas, por distintos autores y con diferentes enfoques, trata de comprender cómo se discute y debate acerca del crimen y el Derecho penal en las redes sociales y qué consecuencias tendrá ello en la política criminal y que puso el foco concreto del análisis empírico y normativo en una semana de noviembre en la que casi una decena de términos relacionados con el Derecho penal fueron tendencia en Twitter. Pero, frente a una investigación anterior realizada sobre la misma muestra en la que estudiábamos la estructura de la conversación contenida para analizar la horizontalidad o verticalidad de la misma y en la que dejábamos de lado el contenido de la discusión¹¹⁸, en este trabajo este es precisamente el objeto de análisis. Y no sólo para observar cómo se debatía esos días sobre el Derecho penal, sino para hacerlo relacionándolo con la estructura comunicativa de la propia red social twitter. Como se ha tratado de poner de manifiesto en el marco teórico desarrollado anteriormente, los medios no han acabado por incidir en la política criminal simplemente por comunicar sobre él, sino por el específico modo en que lo hacen, por la manera en que se relacionan con la ciudadanía y con la política y por la forma en la que expresan su visión del crimen y de la respuesta al mismo. Lo mismo sucede con las redes sociales que, si bien sólo estamos comenzando a comprender, ya se han mostrado como cauces para el debate político penal, para la creación de nuevos pánicos morales, para la difusión de soluciones populistas a los problemas delincuenciales etc. Su impacto en la política criminal, si es que podemos decir en algún momento que lo tienen, no derivará, por ello, del mero hecho de que se hable del crimen y del Derecho penal en whatsapp o en Facebook, sino de cómo se hace, de cuál es la estructura de la discusión pública en ellos.

El objetivo de este trabajo, por tanto, una vez definidos teóricamente algunos elementos estructurales de la comunicación política en redes sociales desde el marco de la relación entre medios, crimen y Derecho penal, es el de identificar si el modo en que se conversó sobre la ley penal en un contexto concreto muestra algunas de las notas estructurales de partisanismo, porlización, simplificación discursiva, y demás que hemos identificado como potencialmente características de la conversación pública en la red social Twitter. En particular, en relación con este debate, lo que nos interesa es si hubo partidismo y ausencia de deliberación técnica y pura discusión política ajena a lo penal. El Derecho penal es política en acción, en cuanto que es el reflejo en forma de ley de un determinado modo de ver qué y cómo se tiene que sancionar con toda la fuerza del Estado y qué se tiene que tratar de tutelar con la amenaza de la misma. Pero también es una técnica compleja, tanto en la parte jurídica como incluso en la de la política legislativa, que requiere reflexión y sistema, y que demanda una opinión pública informada y un contexto de deliberación pública que, conforme sostiene mayoritariamente la literatura, nunca ha sido facilitado por la acción de los medios de comunicación y tampoco parecen hacerlo ahora las redes sociales. ¿Se dan esas condiciones en la red social twitter? ¿Hubo una discusión técnica sobre el Derecho penal en la red social en torno a las múltiples, y complejas, cuestiones técnicas o político criminales que planteaban las reformas penales en discusión? ¿O hubo otra cosa y, en ese caso, cuál era y a qué estructura de discusión correspondía?

¹¹⁸ MIRÓ LLINARES/AGUERRI, 2023, en prensa.

Para desarrollar los objetivos de esta investigación y acercarnos a comprender el tipo de discurso que hay en redes sociales sobre el derecho penal y su relación con la estructura de la red social twitter, he partido de la base de datos ya usada por Miró Llinares y Aguerri¹¹⁹, formada por más de seiscientos mil tweets, que contiene el texto del tweet, sus metadatos y la información pública asociada a la cuenta¹²⁰. Entre el 11 y el 18 de noviembre de 2022 se sucedieron todo un conjunto de tendencias en Twitter relacionadas con el Sistema Penal (Sedición, malversación, Puigdemont, etc.)¹²¹ relacionadas, primero, con la noticia de que el gobierno reformaría los delitos de sedición y malversación y, tan sólo dos días después, con el conocimiento público de las primeras resoluciones judiciales que reducían las sanciones a condenados por delitos contra la libertad sexual al entrar en vigor la, denominada popularmente, «Ley Sólo sí es sí». He tomado como objeto de estudio de cara a los propósitos antes señalados este entorno de discusión en redes sociales sobre el Derecho penal. De entre todas las tendencias que lo fueron esa semana he decidido centrarme en dos, por un lado por su relevancia (están ambas entre las 20 principales tendencias a nivel nacional), pero también por su naturaleza, ya que hacen referencia a elementos centrales de la justicia penal pero no, al menos no directamente, a leyes o casos concretos. Estas dos tendencias fueron: «Código Penal» y «Jueces», la primera fue tendencia los días 11 y 12 en los puestos vigésimo y undécimo respectivamente; mientras que Jueces lo fue los días 16 y 17 ocupando el primero de ellos el segundo puesto y el último el octavo. Los términos están presentes en la muestra durante días previos, aunque sólo en los mencionados llegaron a ser los más usados. Los resultados de aquél trabajo¹²² mostraban una discusión partidista y enfrentada entre dos comunidades principales (comunidad morada, y comunidad verde¹²³) encabezadas por dos líderes políticos, Pablo Echenique e Isabel Díaz Ayuso, apoyada por otros muchos políticos y actores mediáticos de los nuevos medios y de los tradicionales que estaban

¹¹⁹ MIRÓ LLINARES/AGUERRI, 2023, en prensa.

¹²⁰ Así, tomando como referencia el periodo comprendido entre el 10 y el 18 de noviembre -es decir, desde el día previo a que «Código Penal» apareciera como tendencia hasta el día después a que apareciera por última vez «Jueces»-, se descargaron todos los tweets pertenecientes a estas dos tendencias, para ello se utilizó el software R (v. 3.6.1) y el paquete para R «academicTwitter» (BARRIE chistopher/HO Justin, «academicTwitter: an R package to access the Twitter Academic Research Product Track v2 API endpoint», *Journal of Open Source Software*, 6(62), 2021). Para la descarga de los tweets se utilizaron dos criterios: La fecha de publicación, que debía estar comprendida entre el 10 y el 17 de noviembre, para así tener toda la conversación que se desarrolló durante el periodo de interés; y contener los términos «Jueces» o «Código Penal», ya que fueron estos términos los que se convirtieron en tendencia. De este modo se descargaron 687.881 tweets que se filtraron para eliminar a aquellos que correspondían al uso de estos términos en conversaciones y debates no relacionados con el contexto nacional de interés. El resultado final de esta operación fue una base de datos de 638.850 tweets. Más información sobre toda la información que acompaña a cada tweet puede encontrarse en: <https://developer.twitter.com/en/docs>. Si se quiere acceder a los datos usados se puede acceder a ellos aquí: FakePenal/Coartada (github.com)

¹²¹ Una tendencia se produce cuando un número alto de usuarios tuitea durante utilizando ciertos términos comunes. Twitter detecta esta actividad por parte de los usuarios y sitúa estos términos comunes en la lista de trending topics -o tendencias- de su página de inicio, donde se rankean los temas que están siendo más comentados por los usuarios a nivel global o nacional. La lista de las diferentes tendencias a lo largo del tiempo es accesible a través del portal www.trendalia.com

¹²² MIRÓ LLINARES/AGUERRI, 2023, en prensa.

¹²³ Tal y como se explica en MIRÓ LLINARES/AGUERRI, 2023, en prensa, se han asignado colores a las distintas comunidades para expresar adecuadamente la pertenencia y la separación de cada grupo. Los colores se han asignado, particularmente para las dos comunidades centrales, teniendo en cuenta el color político de los principales agentes de la misma. Es por eso que se ha tomado la decisión de que una comunidad sea de color morado y la otra de color verde (aunque la cuenta de Isabel Díaz Ayuso es la de mayor centralidad sólo publica un tweet y son más los políticos de Vox en esa comunidad). El resto de colores no corresponde a un reflejo político. Se ha considerado más oportuno referirse a estas comunidades como morada y verde que por cualquier otro término que haga referencia a un partido político, puesto que las mismas también están integradas por otro tipo de actores no (al menos aparentemente) políticos.

absolutamente alejados entre sí pero, a la vez, se retroalimentaban rompiendo el tópico de las cámaras de eco pero confirmando la tendencia a la observación del enemigo para la confirmación del propio grupo. Pero ¿De qué y cómo se hablaba? La percepción que extraíamos del estudio anterior es que la conversación debía ser política, pues eran políticos los que conversaban y discutían junto a otros actores. Pero con este trabajo pretendo resolver definitivamente la cuestión acercándome al análisis del discurso por medio de una doble hipótesis basada tanto en los resultados anteriores como en el marco teórico desarrollado.

La primera hipótesis es que el contenido de la discusión no sólo era más político que jurídico, sino que el tema de fondo de la discusión ni siquiera era el Derecho penal pese a tratarse cuestiones como la reforma de la sedición, de la malversación o la ley de garantía de la libertad sexual. La segunda hipótesis es que el tipo de conversación que se hizo sobre el Derecho penal confirma algunas de las características que se están atribuyendo a la comunicación política en esta red social: es radical, partisanista y simplista, en absoluto se trata de una conversación horizontal sino que está totalmente mediada por actores políticos y mediáticos, y, por todo ello, carece de los atributos básicos para una discusión deliberativa o técnica. El acercamiento a ambas hipótesis requería de un análisis del contenido. Pero, en vez de recurrir a algunas técnicas tradicionales basadas en el análisis del discurso o en el análisis de sentimientos, y para aprovechar el conocimiento analítico técnico sobre la ley y la política criminal del que dispongo y, a la vez, poder confirmar empíricamente los temas del contenido completo de la conversación, decidí usar una metodología mixta con análisis de tipo cualitativo sobre el caso de los mensajes de más impacto de la muestra, y otro cuantitativo con técnicas de topic modelling para identificar con carácter general de qué se hablaba. Con el primer análisis, en el que el criterio experto sirviera de base para analizar el contenido de los mensajes, estudiaré qué dicen los mensajes que consiguen un gran impacto por conseguir que muchos usuarios los retuiteen, llegando así a un público más amplio. Estudiaré tanto el contenido del mensaje como las características del usuario para tratar de acercarme a la respuesta a las dos hipótesis respecto a una parte de la muestra. Para realizar este primer análisis se ha seleccionado como objeto de estudio particular los tweets que conforman el 30% del impacto de la muestra, que ha correspondido a 134 tweets. Debido al carácter específico de este, decidí adoptar una segunda metodología ya sobre el total de la muestra compuesta por más de 600.000 tweets aunque 127.067 originales. Puesto que era este un volumen de contenido excesivamente elevado como para poder analizarlo manualmente, me apoyé en una metodología cuantitativa, particularmente la técnica del text mining para analizar el contenido de los tweets recogidos y detectar los temas sobre los que se discutía. En concreto se ha construido de forma algorítmica un modelo de *Structured Topic Modelling* (STM)¹²⁴ que ha permitido detectar los principales temas dentro de los tweets que conforman la base de datos, clasificar dichos mensajes según su tema predominante, así como establecer los términos más comunes dentro de cada tema y aquellos más representativos, es decir, aquellos con más probabilidad de aparecer en un tema y no en los demás¹²⁵.

¹²⁴ ROBERTS et al., «Structural topic models for open ended survey responses», *American Journal of Political Science*, 58(4), 2014, pp. 1064-1082.

¹²⁵ El *topic modelling* recoge el uso de diferentes métodos para el desarrollo de algoritmos capaces de descubrir temas dentro de textos escritos (AGUERRI/MIRÓ-LLINARES, «Social media Data as a Gateway to Victims' Experiences», en: BUIL-GIL/HUEY, *Crime Data Handbook*, Routledge, 2023) y poder clasificar documentos de forma no supervisada. El algoritmo de clasificación de documentos toma como parámetros el texto del tweet, la comunidad a la que pertenece el autor, el día de publicación y el número de retweets. En el presente estudio para la selección del número de temas se tomó como referencia la *held-out likelihood*, la *semantic coherence* y los residuos del modelo, siendo 15 el número de temas que mejor equilibraba los tres parámetros. Quiero agradecer la ayuda para el diseño y ejecución de esta técnica a Jesús C. Aguerri.

3.2. Análisis cualitativo (agentes y contenido de la conversación): resultados y discusión

En esta primera fase he procedido a la lectura de todos los mensajes y se ha hecho un análisis inicial de la estructura de los agentes que participan, del tipo de discurso (especialmente de si el mismo está centrado en una cuestión jurídica o política) y de algunos caracteres básicos que suelen atribuirse a los tuits y que se relacionan con la emocionalidad y la polarización (uso de insultos, dirección del ataque a algún grupo) y con la simplificación de los mensajes en twitter (tropologización del discurso). Pues bien, como puede verse en la tabla 1, el grupo de actores más numeroso es el de los políticos, que representan el 34% del total de actores; aunque les siguen de cerca las cuentas pseudónimas, un grupo presente en 44 de los tweets analizados, siendo responsables del 33% de los tweets. Tras estos dos grupos mayoritarios quedan, en orden descendiente, los periodistas (14%), los activistas (8%), los juristas (6%) y las celebridades (2%). Como muestra la tabla 1, los políticos se concentran principalmente en la comunidad morada, mientras que las cuentas pseudónimas se reparten entre las 2 principales comunidades, aunque la cantidad de estas en la comunidad verde es ligeramente superior. La comunidad verde también aporta más periodistas, más activistas y más juristas, de hecho, el 87'5% de los juristas presentes dentro de los tweets analizados pertenecen a la comunidad verde (si bien son sólo el 6%).

Tabla 1. Agentes de la conversación por comunidad

Tipo de actor/cuenta	Comunidad						Total
	Amarilla	Morada	Roja	Verde	Ninguna	Total	
Activista	2 18,2%	2 18,2%	0 0,0%	7 63,6%	0 0,0%	11 100%	
Celebridad	0 0,0%	2 66,7%	0 0,0%	1 33,3%	0 0,0%	3 100%	
Jurista	0 0,0%	1 12,5%	0 0,0%	7 87,5%	0 0,0%	8 100%	
No accesible o suspendida	0 0,0%	2 66,7%	0 0,0%	0 0,0%	1 33,3%	3 100%	
Periodista	1 5,3%	7 36,8%	0 0,0%	11 57,9%	0 0,0%	19 100%	
Político	1 2,2%	26 56,5%	2 4,3%	16 34,8%	1 2,2%	46 100%	
Pseudónima	1 2,3%	19 43,2%	1 2,3%	23 52,3%	0 0,0%	44 100%	

Si observamos la temática de los tweets -tabla 2-, podemos apreciar que solo una pequeña parte de ellos, apenas un 3% de nuestra muestra, tiene una temática que pueda ser considerada jurídica. La inmensa mayoría de la muestra, un 95% tiene una temática política, e incluso dentro de este grupo, más de un 40 % ni siquiera versan sobre política criminal, sino sobre aspectos políticos generales relacionados con el gobierno, sus ministros, su acción, o en relación con los jueces, la falta de renovación del poder judicial, etc. Esta clasificación temática es similar y complementaria a una categorización de toda la muestra en función de si se hace, o no, referencia a alguna reforma penal, su contenido o sus consecuencias, siguiendo este criterio, encontramos que tan solo 30 tweet, un 22,2%, aportan algún tipo de contenido sobre la reforma. Pero incluso en estos 30 tweets el contenido es o bien descriptivo, y no analítico o técnico jurídico (pues ya se ha dicho que sólo 4 de los tweets son propiamente mensajes en los que se explica o analiza las reformas o las sentencias que se aplican en relación con las mismas), o bien valorativo pero de tipo político ajeno a cuestiones político criminales, como cuando se dice que se han reducido las penas de malversación y se ha despenalizado la sedición para beneficiar a los «socios de gobierno» o que se han rebajado las penas a «los violadores». El tema es la política, el Derecho penal es la excusa para atacarse.

Tabla 2. Temática de la conversación

Temática	Subtemática política	n por temática		n por subtemática	
Jurídica		4	3,0%		
Política	Penal	128	95,5%	73	57,0%
	No Penal			55	43,0%
Otra		2	1,5%		
Total		134	100%	128	100%

De hecho, en los tweets analizados no solo encontramos muy poco contenido jurídico, sino mucho discurso relacionado con la política «doméstica». El 89,6% de los tweets contienen críticas o ataques a algún sujeto o institución. La institución más criticada es el gobierno y los partidos que lo forman, ya que el 50% de la muestra contiene críticas o ataques al ejecutivo o sus miembros. Y, de hecho, aunque el gobierno como institución es el órgano más criticado, un 40% de estos tweets que lo critican hacen referencia explícita a podemos (28 de las 67 críticas al gobierno se refieren directamente a Podemos o a alguno de sus miembros). En el resto está también implícita aunque no se dirige sólo a este partido. Tras el gobierno, la segunda institución más criticada son los jueces, habiendo críticas a estos en el 35,8% de la muestra. La comunidad morada, la segunda más importante tras la verde, sitúa en ellos su crítica o, según se vea, la defensa o excusa al ataque que están recibiendo. De hecho ahí se sitúa el grueso de la conversación: una gran comunidad criticando al gobierno y a Podemos por las reformas legales y destacando su agenda y su incompetencia, y otra argumentando que son los jueces quienes aplican mal la ley también por una agenda política que, además, está dirigida por alguien. Esto se observa en los 10 tweets de más impacto de la muestra incluidos en la tabla X: cinco de uno, cinco de otro. Esta era la conversación «sobre el Derecho penal». Y hay otros colectivos y agentes criticados, como el PP (n= 3) o la prensa (n=4), si bien quedan ya muy por detrás. En la línea, pues, de lo que se observó en otras investigaciones como las que se hicieron sobre la conversación en twitter en torno a la sentencia de «La manada»¹²⁶, puede verse que la polarización o, quizás mejor, la dicotomización de la conversación en dos grandes grupos que, además, se enfrentan y contraponen retroalimentando el discurso y el debate, se hace aquí evidente. Lo que se observó en un estudio anterior¹²⁷ de que más que una cámara de eco estaríamos ante comunidades enfrentadas que se observan y se utilizan para reforzar los discursos propios, como mostrando lo que dice el «enemigo» para lograr el sesgo de confirmación, se observa en esta muestra de tuits aquí con enorme claridad.

Además, continuando con otros elementos estructurales que suelen asignarse a la conversación pública en twitter, si profundizamos más en el tono de los mensajes, observamos que el 46% de estos tweets más virales contiene algún tipo de Incivilidad, vulgaridad o coloquialidad excesiva; y que el 67% contiene insultos, ridiculizaciones o identificaciones del contrario. Esto se relaciona

¹²⁶ Véanse, entre otros: AURREKOETXEA-CASAUS, *Computers in human behavior*, 108, 2020; BERNÁNDEZ-RODAL, et al. *Revista Latina de Comunicación Social*, 79, 2021, pp. 237-262; IDOAGA MONDRAGON et al, *Feminist Media Studies*, 20(7), 2020, pp. 926-943; MOLPECERES ARNÁIZ/FILARDO-LLAMAS, *Dígitos. Revista de Comunicación Digital*, 6, 2020, pp. 55-78; NAVARRO/COROMINA, *Communication & Society*, 33(1), 2020, pp. 93-106; NUÑEZ PUENTE/FERNÁNDEZ ROMERO, *Investigaciones Feministas*, 10(2), 2022; ORBEGOZO TERRADILLOS et al., *IC Revista Científica De Información y Comunicación*, 16, 2019, pp. 211-247

¹²⁷ MIRÓ LLINARES/AGUERRI, 2023, en prensa.

tanto con la emocionalidad del mensaje, la polarización discursiva y el partisanismo de la conversación, como con la propia simplicidad a la que obligan mensajes que tienen que ser cortos y efectivos. Es especialmente reveladora la combinación de las dos categorías comentadas, pues permite apreciar que en la lista de tweets con mayor impacto que componen nuestra muestra, apenas 32, un 23,7%, está libre de incivildades, vulgaridades, coloquialidades, ridiculizaciones, identificaciones del contrario o insultos. Además, el 67% de los tweets utilizan tropos o lemas («vergüenza», «con un par», «qué mal huele esto», «esta es la España de hoy» que sirven para hacer más claro y cercano el mensaje o para llevar más directamente a la emoción.

Tabla 3. Ataques, incivildades, tropologización y objetivos a los que se dirige el tweet

Objeto al que se dirige el ataque o la crítica (Un tweet puede atacar o criticar a más de un objeto)	Contiene:										
	Incivildad, vulgaridad, coloquialidad excesiva				Insulto, ridiculización, identificación del contrario						
Gobierno	67	50,0%	Sí	62	46,3%	Sí	90	67,2%	Sí	90	67,2%
Jueces	48	35,8%	No	72	53,7%	No	44	32,8%	No	44	32,8%
PP	3	2,2%									
Prensa	4	3,0%									
No contiene	14	10,4%									

La primera hipótesis de este trabajo, que decía que el contenido de la discusión era político y no técnico-jurídico, puede darse por confirmada, al menos para esta muestra reducida. El hallazgo más interesante, a mi parecer, sin embargo, se produce cuando se leen todos los tuits de la muestra reducida, y va mucho más allá de que la conversación no era dogmática. También está relacionada con la estructura polarizada y partisana de esta red social y, en particular con el funcionamiento grupal radical de la misma que hace que los polos estén en constante discusión y autoconfirmación por medio de la negación de «el otro». Para reforzar el hallazgo y que el lector lo observe con sus propios ojos me limitaré a mostrar a continuación los 10 tweets que más impacto han tenido, conformando casi el 6% del impacto de la muestra.

Tabla 4. Lista de 10 tweets con más impacto de la muestra

Tweet	Usuario
Quieren imponer en España una república federal laica de facto desmontando el Estado de derecho y el orden constitucional por atrás. Les estorban la Historia, la Corona, la Guardia civil, la FFAA, Madrid, los jueces y la prensa libre. https://t.co/U5GxFk4GM5	IdiazAyuso
El abogado de uno de los beneficiados por la ley del "sí es sí" dice que los jueces de Madrid les avisaron para recurrir. Qué mal huele esto. https://t.co/jikbI4BFZE	RubenSanchezTW
Qué admirable la velocidad con que algunos jueces están revisando las condenas de agresores y violadores con una ley aprobada hace apenas mes y poco. Y luego decís que la justicia es lenta en España.	antonlosada
La culpa es de los jueces machistas. No de poner a una cajera del Saturn a redactar leyes. Con un par. https://t.co/a671qkFZ6v	WillyTolerdoo
Me repito: la pregunta no es cuáles son las penas en Europa por sedición (que no sólo las hay homologables sino más graves que en España), la pregunta es cuántos	andreamarmol_

países de Europa cambian el Código Penal a petición de los delincuentes condenados por su aplicación. Vergüenza.	
Jueces de Madrid convocan una reunión urgente ante la gran avalancha de revisiones a la baja de condenas por violación, por la ley del solo sí es sí. Un violador de niños múltiple ya ha reducido su pena de 7 años de cárcel a 1 año y 3 meses. Un triunfo más del feminismo morado.	CapitanBitcoin
La Asociación Profesional de Magistratura exige la dimisión de Irene Montero por su «ataque» a los jueces...Vaya, que NO les gusta que les digan la verdad. Pues yo exijo la dimisión de TODOS los que llevan 4 años impidiendo la renovación del CGPJ 😞. Si estás de acuerdo RT	judit_sinhache
Sabe mejor que los padres lo que hay que hacer con los hijos.Sabe mejor que las mujeres lo que las mujeres tienen que pensar. Y ahora sabe mejor que los jueces cómo se aplica la ley. Además, siempre enfadada y regañando a todos, todas y todos. Cuanto más salga en la tele, mejor https://t.co/1sOUPz6EH6	ivanedlm
Ángela Rodríguez, número 2 de Igualdad, una niña perezosa que no ha trabajado en su vida y no sale del Instagram pese a ganar 9.963€ al mes, le ha reprochado hoy a los jueces que deben formarse más. Profesionales cuya vida está consagrada al estudio.. Esta es la España de hoy.	CapitanBitcoin
La ministra de Igualdad acusa a los jueces de incumplir su ley del «Sí es Sí» que rebaja las penas a los violadores. Es la misma que calificaba de inhumano aplicar la prisión permanente revisable al violador y asesino de mi hija, Diana Quer. Lleva ya 3 víctimas. Sórdida ministra. https://t.co/8iys84umn6	JcQuer

No es que no se hablara de Derecho penal en un sentido técnico en estas conversaciones, sino que ni siquiera se hablaba de política criminal o de política en relación con lo penal: en realidad tampoco se hablaba de «Política», sino de «feminismo» contra una «conspiración» de «jueces machistas» o de una «España» «libre» y «profesional» frente a «niñatas» «del Saturn». El Derecho penal, en esta conversación, y creo que en muchas de las de la red social twitter, es una coartada de los distintos grupos para seguir haciendo su propia guerra, llámese cultural o simbólica. De hecho el Derecho penal simbólico adquiere en las redes sociales una nueva dimensión: se trata de Derecho penal figurado, pues lo que realmente resulta relevante no es cómo los jueces aplican la ley o qué ley es aprobada por el legislador, sino usar esos temas para seguir atacando al adversario, seguir conformando el espacio propio en la red social, seguir inundando los medios de narrativas y discursos que puedan después trasladarse a los medios de comunicación y configurar parte de la opinión pública. Pero eso sí, la instrumentalización que se hace del Derecho penal no es simbólica, es absoluta y total, en cuanto que por mucho que los mensajes que leamos nos puedan parecer, especialmente fuera del contexto, absurdos y poco rigurosos desde una perspectiva política o técnica, lo cierto es que se está hablando de Derecho penal, de cuáles son las leyes que se regulan, de cómo y porqué las jueces lo interpretan, etc. No debiéramos desdeñar lo que esta conversación puede producir en la opinión pública, aunque sobre esto volveré después.

Es cierto, sin embargo, que esta era sólo una parte de la conversación. Es el momento de ver si se corresponde con las temáticas generales del debate sobre jueces y código penal en twitter.

3.3. Análisis cuantitativo (Temáticas de la conversación): Resultados y discusión

Es obvio que dentro de la conversación que durante más de una semana hubo sobre las reformas del código penal y sobre la aplicación que los jueces hacían de algunas de ellas y en las que estos

términos se usaban, habría cientos de conversaciones y discusiones distintas. También hubo tweets dogmático-jurídicos en los que se explicaban o se valoraban técnicamente las reformas o las sentencias que las aplicaban (como los de Jacobo Dopico, Paz Lloria, Juan Antonio Lascuráin, entre otros muchos profesores de Derecho penal y otros juristas que tratan de informar con rigor sobre estos y otros temas y lo hacen apartados de las dinámicas comentadas). Entonces ¿Cómo podemos saber si lo jurídico fue relevante en la conversación general? ¿Podemos afirmar realmente que las características estructurales de la discusión sobre el Derecho penal en twitter que hemos identificado en los mensajes que tuvieron mayor impacto se daban también en el resto del discurso? ¿No podría ser que, aunque fueran los tuits más citados, resultaran la excepción y el 70% de la muestra de la conversación sobre el Derecho penal fuese muy distinta e, incluso, opuesta a la anterior? Dado el número de tweets de la muestra y la consiguiente imposibilidad de usar la estrategia del estudio anterior, se empleará una metodología cuantitativa para, a través del citado Topic Modelling, detectar 15 temas en torno a los que se estructura la conversación global -tabla 5-¹²⁸.

La división algorítmica ejecutada nos permite extraer información relevante sobre el contenido de la conversación. Así, podemos confirmar que existe un grupo de tweets, pertenecientes al tema 9, que no hacen referencia al contexto español, sino que se corresponden con una discusión en torno al sistema penal argentino. Los restantes temas detectados sí se corresponden a dos reformas distintas del Código Penal, las reforma de los delitos de Sedición y rebelión, recogidas en el tema 3, y las consecuencias de la Ley de Garantía de la Libertad sexual, que asume el resto como marco de fondo. La discusión en Twitter en torno a la reforma de los delitos sexuales y sus consecuencias se estructuraba, pues, en 13 temáticas separables entre sí. Éstas, surgían y se diferenciaban o bien por el enfoque o tema abordado, o bien por lo que denominaré «micropolémicas», que responden a declaraciones concretas en el propio twitter y las reacciones a ellas. Eso sí, siempre, de fondo, la confrontación política en torno a dos grupos definidos.

Así, el tema 2 versa sobre la supuesta organización de una campaña contra el Ministerio de Igualdad. El tema 8 recoge el debate sobre si las rebajas de penas a ciertos reos por la aplicación de la Ley Solo Sí es Sí es consecuencia del texto de la ley o de una actuación, al margen de la ley, de los jueces dirigida por alguien, escorándose aparentemente hacia la segunda opción. El tema 11 sigue una línea similar a la anterior y trae al debate el caso de la manada y parece hacer referencia a la ideología de los jueces; y el tema 12 recoge tweets que van más allá de la crítica a la acutación judicial a este respecto, calificando a la magistratura principalmente de fascistas. Por su parte, el tema 1 parece tener un carácter general, denotando sus palabras clave que en él se recogen valoraciones de distinto signo sobre las diferentes polémicas; y el tema 13, recoge mensajes de carácter más técnico que tratan de explicar pincipios jurídicos, fundamentalmente el principio constitucional de la retroactividad favorable. El tema 5, parece una reacción a las declaraciones de ciertos miembros de Podemos culpando a los jueces por las rebajas de penas; el tema 6 se hace eco, y valora, las declaraciones del CGPJ relativas el argumento esgrimido por Podemos relativo al papel de los jueces en la rebaja de condenas. El tema 7 sigue una línea similar, pero en este caso basandose en la petición de dimisión de la Minsitra de Igualdad exigida por la Asociación Profesional de la Magistratura. El tema 10 recoge las reaciones a las

¹²⁸ No obstante, debemos tener en cuenta que la cosntrucción de estos temas sigue una lógica matemática basada principalmente en el cálculo de correlaciones entre palabras dentro de los mensajes, por lo que su estructuración puede variar notablemente con respecto a la que realizaría manualmente un ser humano que deseara extreer temas de la conversación.

declaraciones de Ione Belarra y Victoria Rosell relativas al machismo en la magistratura. En una línea muy parecida el tema 14, recoge las críticas -en tono de ataque personal- a la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia Machista. El tema 4, lo vertebró Isabel Díaz Ayuso, sus declaraciones sobre la actuación del gobierno y las críticas dirigidas contra ella por la política de su gobierno en materia de asistencia sanitaria. Por último, el tema 14 parece llamar a intervenir contra el gobierno. De nuevo, el Derecho penal no era el objeto de debate, sino la coartada para la pelea política.

Tabla 5: Temas presentes en la conversación

Tema 1	
Términos más frecuentes	si, bien, mal, así, ver, hacen, claro
Términos más representativos	hacen, pue, bien, ver, cosa, van, gabrielrufian
Tweet ejemplo*	<i>Una cosa. Entre Irene Montero y unos jueces capciosos y unos abogados desalmados yo tengo meridianamente claro con quien voy. Dicho esto, a enmendar lo que se haya que enmendar para que no vuelva a pasar.</i>
Tema 2	
Términos más frecuentes	juec, irenemontero, pablocheniqu, podemos, corrupto, derecha, haciendo
Términos más representativos	campana, mediática, derecha, espero, basura, asco
Tweet ejemplo	<i>Buenos días. ¿Sigue habiendo ciertos jueces machistas que están bajando ilegalmente las penas a violadores repugnantes mientras la derecha mediática les aplaude y la progresía mediática se pone de perfil porque analizan que es contra @IreneMontero o ya han parado?</i>
Tema 3	
Términos más frecuentes	penal, código, delito, https, psOE, reforma, sedición
Términos más representativos	sedición, malversación, reforma, rebelión, penal, reformar, puigdemont
Tweet ejemplo	<i>Me repito: la pregunta no es cuáles son las penas en Europa por sedición (que no sólo las hay homologables sino más graves que en España), la pregunta es cuántos países de Europa cambian el Código Penal a petición de los delincuentes condenados por su aplicación. Vergüenza.</i>
Tema 4	
Términos más frecuentes	juec, sabe, policía, prueba, etc, juzgado, juicio
Términos más representativos	prueba, seguro, fiscalía, prensa, idiazayuso, guardia, médico
Tweet ejemplo	<i>Quieren imponer en España una república federal laica de facto desmontando el Estado de derecho y el orden constitucional por atrás. Les estorban la Historia, la Corona, la Guardia civil, la FFAA, Madrid, los jueces y la prensa libre. https://t.co/U5GxFk4GM5</i>
Tema 5	
Términos más frecuentes	ahora, culpa, ser, pued, va, hacer, hecho
Términos más representativos	pasar, iba, error, echar, jurista, inform, culpar
Tweet ejemplo	<i>Es culpa de los jueces. Es culpa de Putin. Es culpa del cambio climático. Es culpa del capitalismo. Es culpa de Franco. Es culpa de la oposición. Es culpa de... Es maravillosa la facilidad de la izquierda para culpar a otros por su incapacidad, incompetencia y nefasta gestión.</i>

Tema 6

Términos más frecuentes	poder, político, judici, juec, partido, democracia, medio
Términos más representativos	poder, judici, ejecutivo, legislativo, separación, controlar, medio
Tweet ejemplo	<i>Es una vergüenza que el Consejo General del Poder Judicial tenga que recordar que en una democracia sana, en la que hay separación de poderes, el ejecutivo no puede cargar contra los jueces por interpretar las chapuzas legislativas.</i> https://t.co/Oktnvwwwen

Tema 7

Términos más frecuentes	juec, https, montero, irene, ministra, facha, igualdad
Términos más representativos	dimisión, ataque, iren, montero, toga, intoler, progresista
Tweet ejemplo	<i>La Asociación Profesional de Magistratura exige la dimisión de Irene Montero por su «ataque» a los jueces... Vaya, que NO les gusta que les digan la verdad Pues yo exijo la dimisión de TODOS los que llevan 4 años impidiendo la renovación del CGPJ 😊 Si estás de acuerdo RT</i>

Tema 8

Términos más frecuentes	ley, pena, juec, violador, solo, condena, aplican
Términos más representativos	rioja, rebajan, aplican, sexual, revisar, aplicando, baja
Tweet ejemplo	<i>El abogado de uno de los beneficiados por la ley del "sí es sí" dice que los jueces de Madrid les avisaron para recurrir. Qué mal huele esto.</i> https://t.co/jikbI4BFZE

Tema 9

Términos más frecuentes	juec, justicia, fiscal, delincuent, cort, usted, libr
Términos más representativos	crístina, macri, cfkargentina, vos, cort, suprema, argentina
Tweet ejemplo	<i>Condenaron a Nilda Garré por no haber acatado un fallo que la intimó a impedir bloqueos en las plantas de La Nación y Clarín, a pagar de SU bolsillo \$21 millones por los diarios que se dejaron de vender. MARAVILLOSO! Jorge Moran, Marcelo Duffy y Rogelio Vincenti los jueces 🙌🙌🙌</i>

Tema 10

Términos más frecuentes	machista, jueza, mujer, decir, vickyrosel, ionebelarra, mayoría
Términos más representativos	mujer, ionebelarra, pablofdez, isaserra, lenguaj, inclusivo, machist
Tweet ejemplo	<i>En España hay 3.099 juezas por 2.700 jueces. Es de las pocas profesiones con mayoría de mujeres. Y además jóvenes, la mayoría entre 30 y 50 años. Desprestigar a este colectivo como 'hombres y machistas' para tapar las pifias de Irene es ignorancia o mala fe. O ambas a la vez.</i>

Tema 11

Términos más frecuentes	juec, caso, juez, toda, sentencia, part, vez
Términos más representativos	juez, alba, tm, toda, ideología, forma, manada
Tweet ejemplo	<i>El problema está siendo que un debate jurídico que ocurre en TODAS las modificaciones del código penal, y que forma parte del día a día de los que somos juristas, se ha elevado al plano político y mediático, con un evidente interes de dejar a @IgualdadGob como «incapaces».</i>

Tema 12

Términos más frecuentes	juec, https, paí, mierda, fascista, entonc, tomascasascm
Términos más representativos	malo, fascista, todavía, peligroso, dio, huevo, senador
Tweet ejemplo	<i>Por suerte para los portugueses, en Portugal la Justicia no está copada por jueces del Opus Dei y otras sectas ultracatólicas. https://t.co/BUd3hASSUz</i>

Tema 13

Términos más frecuentes	derecho, favor, constitución, aunqu, reo, artículo, norma
Términos más representativos	codigo, favor, principio, reo, efecto, norma, aunque
Tweet ejemplo	<i>«La aplicación de la norma más favorable constituye un principio básico del Derecho penal, derivado del artículo 9.3 de la Constitución Española y del artículo 2.2 del Código Penal»</i>

Tema 14

Términos más frecuentes	juez, formación, año, falta, género, cajera, pam
Términos más representativos	pam, angela, género, formen, formación, leccion, perspectiva
Tweet ejemplo	<i>Ángela Rodríguez, número 2 de Igualdad, una niñata perezosa que no ha trabajado en su vida y no sale del Instagram pese a ganar 9.963€ al mes, le ha reprochado hoy a los jueces que deben formarse más. Profesionales cuya vida está consagrada al estudio.. Esta es la España de hoy.</i>

Tema 15

Términos más frecuentes	juec, gobierno, mejor, dice, https, español, juzgar
Términos más representativos	fuerza, mejor, seguridad, gobierno, juzgar, rey, agujero
Tweet ejemplo	<i>@ipeutrerá PAREMOS LAS HUMILLACIONES A LOS JUECES, AL REY Y FUERZAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO. PAREMOS LA PEDERASTIA FOMENTADA POR EL GOBIERNO, NUESTROS HIJOS SON SAGRADOS. DETENCIÓN INMEDIATA DE IRENE MONTERO Y SUS SECUACES. HAY QUE JUZGAR A MARLASKA YA!. GOBIERNO DIMISIONNN!!</i>

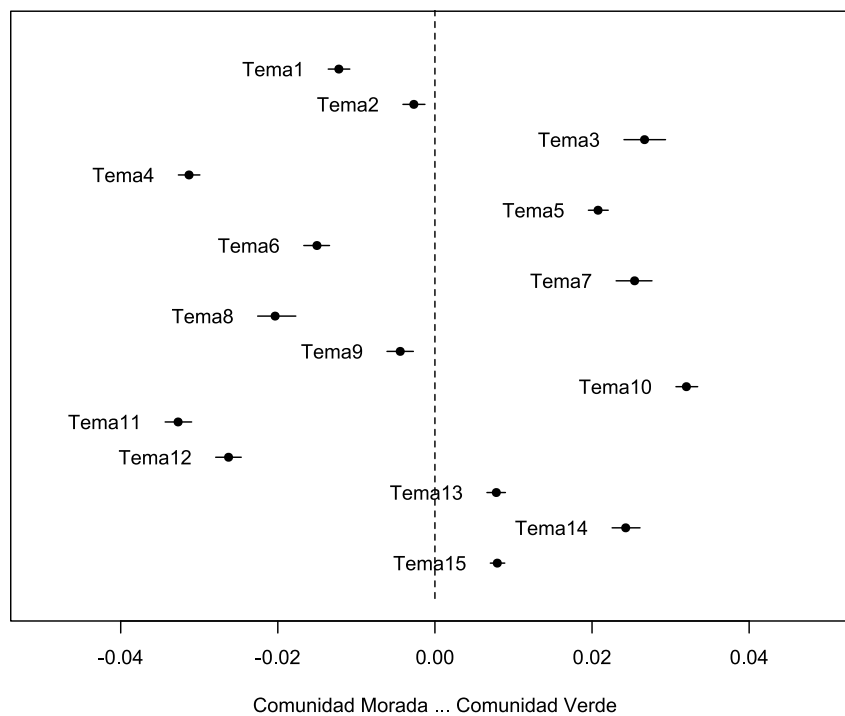
*Los tweets ejemplo se corresponden con el tweet con más retweet dentro del tema y con una gamma superior a 0,4. (lo que asegura una coherencia alta entre el contenido del tweet y el tema)

Dada la importancia de las comunidades en la estructura de la información¹²⁹, se incluyó como variable la comunidad a la que pertenecía la cuenta, lo que ha permitido observar cómo la pertenencia a ciertas comunidades influía en la probabilidad asignada por el modelo de que ciertos mensajes pertenecieran a ciertos temas. Dado el marcado carácter político de las dos comunidades, observar las variaciones que produce pertenecer a una u otra comunidad en la probabilidad de que a un determinado texto el modelo le asigne un tema u otro es una información notablemente valiosa para ahondar en el contenido de los temas. Ciertos temas se relacionan más estrechamente con alguna de las dos comunidades principales -la comunidad morada o la comunidad verde-. Así, como muestra la figura 2, podemos apreciar que los temas más estrechamente relacionados con la comunidad verde son el tema 3, relativo a la reforma del delito de sedición; el tema 5, que recogía las reacciones a las declaraciones de ciertos miembros de Podemos culpando a los jueces por las rebajas de penas; el tema 7, que versa sobre la petición de dimisión de la Ministra de Igualdad exigida por la Asociación Profesional de la Magistratura; el tema 10, compuesto por reacciones a las declaraciones de Ione Belarra y Victoria Rossell; y el tema 14, que recogía las críticas a Ángela Rodríguez Pan. Por su parte, la comunidad morada

¹²⁹ MIRÓ LLINARES/AGUERRI, 2023, en prensa.

parece tener más relación con los temas 1, con un carácter valorativo general; 4, en torno a las declaraciones de Díaz Ayuso; 6, relativo a las declaraciones del CGPJ; 8, sobre el papel de los jueces en la rebaja de penas; 11, que hacía referencia a La Manada y a la ideología de los jueces; y 12, que tildaba de fascistas a los jueces. Esta relación entre ciertos temas y las dos comunidades principales nos permite confirmar el tono principalmente crítico con la magistratura de temas como el 8, el 11 y el 12, pero, además, nos permite ver que cuando los temas tienen de protagonista a un cargo público, se constuyen en torno a sus declaraciones o a declaraciones sobre el tema y se asocia con más fuerza con la comunidad de usuarios crítica con dicho personaje. Así, la reacción a las declaraciones de Díaz Ayuso se asocia con la comunidad morada, mientras que las reacciones a las declaraciones de Ione Belarra y Ángela Rodríguez, o a la actuación de la Minsitra de Igualdad, se relacionan más estrechamente con la comunidad verde.

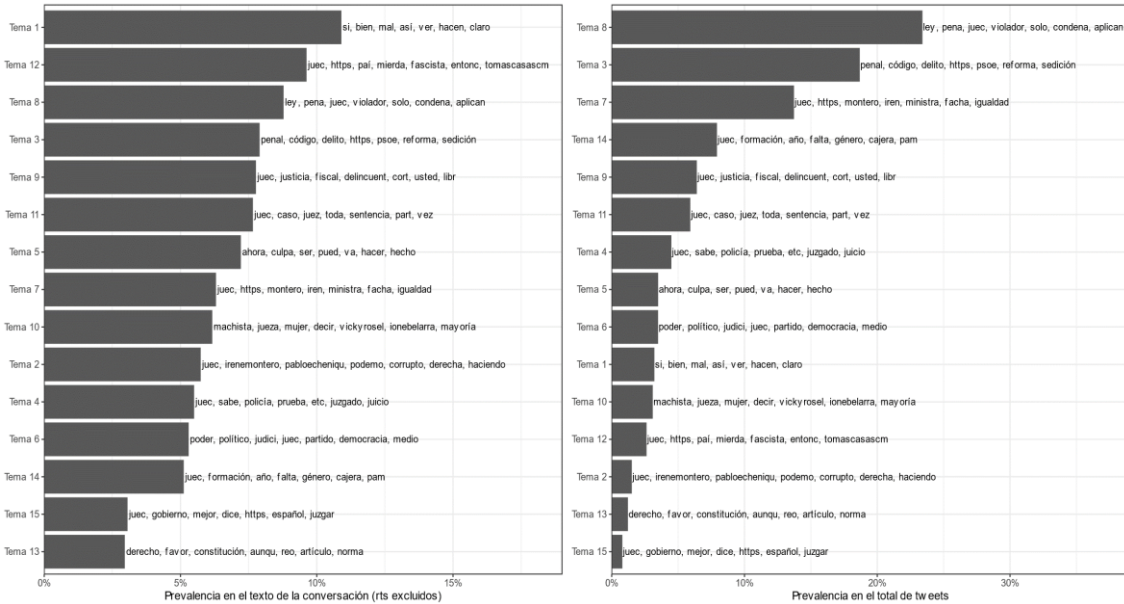
Figura 1: Efecto sobre los temas de la comunidad morada y la comunidad verde



Por supuesto, no todos los temas aparecen con la misma frecuencia dentro de la conversación. Si tomamos todos los tweets originales presentes en nuestra base de datos como un gran texto, podemos ver que los temas a los que corresponden estas diferentes partes hipotéticas del gran texto, se distribuyen de forma relativamente equilibrada, consiguiendo el tema 1, que como hemos señalado tiene un carácter notablemente neutro y valorativo, una prevalencia mayor del 10%. Le siguen en orden de prevalencia los temas 12 y 8, ambos relativos a la rebaja de penas, pero teniendo el 12 como principal característica el contener descalificaciones hacia los jueces. En el extremo contrario del gráfico encontramos dos temas con una prevalencia notablemente inferior al 5%, el 15, que recoge acusaciones contra el gobierno, y el 13, que hacía referencia al principio de aplicación de la norma más favorable al reo. Es cierto que un tweet no tiene un único tema, pero podemos clasificar los diferentes tweets en función del tema dominante en cada uno. Además, hay que recordar que la conversación en redes sociales no se compone únicamente por tweets originales, de hecho, estos son minoría y los retuits provocan que ciertos mensajes se

repitan y, por tanto, «se digan con más voces», se reflejen en más cuentas y, en consecuencia, se oigan más. Los retweets dan forma a la conversación general.

Figura 2: Prevalencia de los temas en la conversación



Si, tal y como muestra la parte derecha de la figura 2, clasificamos los tweets según su tema dominante y observamos la prevalencia de los temas en el total de tweets, podemos ver que la distribución previamente observada cambia y aparecen diferencias muy significativas entre los temas con más y menos prevalencia. El tema 8, que recoge la visión de Podemos sobre los motivos de la rebaja de pena, se destaca aquí y caracteriza a más del 23 % de los tweets. Le sigue el tema 3, que hace referencia a la polémica por la reforma del delito de sedición, y en tercer y cuarto puesto encontramos los temas 7 y 14. El tema 7 recogía principalmente mensajes críticos con la ministra a colación de sus declaraciones sobre los jueces, y el tema 14 se hace eco, en un tono crítico -y con tweets muy retuiteados que contienen ataques personales-, de la polémica en torno a las declaraciones de la Secretaria de Estado de Igualdad en las que señalaba que los jueces debían formarse en perspectiva de género.

Igual, pues, que en el estudio anterior se observó una conversación estructurada en torno a dos polos definidos, el estudio cuantitativo realizado nos muestra un numero de conversaciones aparentemente distintas, pero que siguen pivotando en torno a los mismos extremos. Las «micropolémicas», asuntos colaterales al tema central, en términos de impacto tienen un gran peso, como las declaraciones «polémicas» de diferentes actores políticos, que consiguen un enorme impacto por el apoyo o la indignación que generan y se convierten en un importante motor de la conversación. Y muestran que, de nuevo, el tema de debate no era la ley y sus consecuencias, sino el ejecutivo, sus acciones, y las de aquellos a los que una parte de estos responsabilizaba, los jueces. Además, dentro de estos temas encontramos ciertos calificativos que vertebraban el discurso -mierda, facha, fascista, machista-, y una notable ausencia de términos técnicos concentrados en el tema 13, apenas un 1,2% de los tweets totales. En consecuencia, y en la línea de los resultados del estudio cualitativo, la conversación, en general, era entre dos grandes grupos sobre temas (y con actores) políticos, se alejaba del contenido de la

ley o de sus consecuencias, carecía de referencias a términos técnicos y apenas contenía discursos relativos al contenido de las leyes en cuestión o de sus consecuencias.

4. La tuitización del debate público en torno a lo penal: primeras conclusiones

Una semana después de que se produjeran todos estos debates públicos en la red social Twitter, se aprobó en el congreso una reforma del delito de malversación (con enmiendas incluidas) que reducía las sanciones en estos delitos atendiendo a la ausencia de ánimo de lucro. También se despenalizaba la sedición y se creaba un tipo agravado de desórdenes públicos. Unos meses después la Sala Penal del Tribunal Supremo revisó la sentencia dictada en la causa denominada «del procés» ante la reforma del Código Penal de la sedición y la malversación determinando la extinción de las condenas de inhabilitación de Jordi Sánchez, Jordi Cuixart, Carmen Forcadell, Josep Rull y Joaquín Forn, pero rechazando rebajar la misma a Oriol Junqueras, Raül Romeva, Jordi Turull y Dolors Bassa al considerar que, pese a la reforma, sigue siendo posible considerar que actuaban con ánimo de lucro. La Sala, además, hizo una valoración sobre la reforma yendo más allá de la obligación propia de resolver el supuesto jurídico. Consistió en señalar, a mi parecer acertadamente, que el injusto del delito derogado delito de sedición no puede entenderse incluido en el nuevo delito de desórdenes públicos, señalando que, por tanto, la reforma deja una laguna punitiva frente al régimen anterior (al menos en relación con la afectación a un bien jurídico distinto al protegido con la mera desobediencia) al no incluir un tipo específico que sancione actos contra el orden constitucional no acompañados de violencia o intimidación. Por otro lado, unas semanas después de estas conversaciones comenzaron a crecer significativamente las rebajas de condenas a condenados por delitos sexuales debido a la revisión de sentencias por la ley sólo sí es sí. Los medios de comunicación empezaron a hablar de «goteo incesante», las redes sociales siguieron haciéndose eco y cada día se publicaban artículos refiriéndose a casos específicos de condenados en los que se hablaba primero de la rebaja (en algunos casos llevaba a la excarcelación) y después de los violentos hechos por los que había entrado en prisión. También comenzaron a proliferar los artículos que explicaban la complejidad técnica de ese proceso de revisión debido a la discusión técnico jurídica sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de la disposición transitoria del código penal de 1995 o al simple hecho de que lo contenido anteriormente en un precepto ahora estaba en dos y la discutible técnica de redacción de sentencias en las que muchos de los casos, especialmente las conformidades, llevan a la expresión directa de que se aplica el límite mínimo del tipo penal. Meses después el partido socialista anunció una reforma de la Ley a la que se opuso Podemos y a la que se prestó a apoyar el Partido Popular, con el ánimo de parar «el goteo» y evitar los efectos indeseados de la Ley sólo sí es sí. Lo cual, como es sabido, no era posible debido a la vigencia de la Constitución. A día de enviar este escrito a revisión parece que habrá una reforma de la ley y se propone una vuelta a un sistema muy similar al anterior.

¿Tuvo Twitter algo que ver en que aconteciera algo de todo esto que he citado? Aunque la única respuesta correcta sería «lo desconocemos», si tuviera que decantarme de forma simplista por un sí o por un no, lo haría por esta última opción. El carácter técnico en la aplicación del Derecho penal, por un lado, la complejidad en la toma de decisiones respecto a lo que debe constituir una ley penal, por otro, pero también la comentada dinámica de comunicación populista del crimen y de la Ley penal antes de la existencia de las redes sociales, me llevan a pensar que hay muchas dinámicas que interaccionan en todos estos procesos como para creer que, sin ella, la política

criminal hubiera sido muy distinta. Pero si cambiamos algo las preguntas las respuestas ya no resultan tan evidentes: ¿Pueden desvincularse totalmente algunas de las decisiones citadas, como la de poner en marcha una reforma de la ley sí es sí, de la opinión pública acerca del gobierno tras las revisiones de las sentencias en año electoral? Y, por si diéramos por afirmativa la respuesta, ¿puede desvincularse hoy la opinión pública sobre las sentencias de lo que se dijo, no ya los días que estoy analizando, sino durante semanas y cada vez que se rebajaba una condena, en la red social twitter y lo que después los medios de comunicación sacaban al respecto? Pues bien, este trabajo no aborda, al menos en la parte empírica, la cuestión de los impactos a nivel de política criminal que pueda tener la conversación en redes sociales sobre el Derecho penal. Pero sí establece algunas bases para hacerlo en el futuro: teóricas, al aportar marcos de comprensión usados tradicionalmente por la literatura y establecer la necesidad de relacionar aquellos posibles efectos con la forma y estructura en la que se debate sobre el Derecho penal en la red social, y empíricas, al comenzar la observación sobre dichos caracteres estructurales de la conversación sobre el Derecho penal en una red tan relevante para la discusión política como es Twitter. Tras la presentación y discusión separada de los resultados, terminaré este trabajo con una breve discusión conjunta de los mismos enfocándola al establecimiento de unas bases mínimas desde las que pensar la relación entre los nuevos medios y la política criminal y desarrollar futuras investigaciones empíricas que confirmen o desmientan tal marco. Esto configura una teorización aproximativa sobre el impacto del nuevo ecosistema mediático en la política criminal que denomino «proceso de tuitización del Derecho penal».

Ya he señalado que el resultado más claro de la investigación empírica realizada es, también, el más esperable: que la discusión que hubo en twitter en torno a temas como la reforma de la sedición y la malversación o el impacto de la ley de garantía de la libertad sexual los días citados, era eminentemente política y apenas jurídica. También he argumentado que uno de los hallazgos más destacables es que la conversación sólo parece abordar el Derecho penal de forma instrumental: porque es el tema que puede usarse en un momento determinado para seguir una conversación, que es anterior y perpetua en twitter y moldea todo aquello que roza lo ideológico en España en esta red social. El Derecho penal fue tendencia esa semana porque podía usarse en la narrativa de ambos extremos. Por un lado, los críticos con el gobierno criticaron las reformas propuestas por este usando argumentos más políticos que jurídicos y aprovechando, también, las noticias sobre las primeras resoluciones en las que se rebajaban las penas a los condenados por delitos sexuales, para debilitar al gobierno. Por otro, mientras el PSOE silenciaba sus redes y observaba, el partido que tiene el control político del ministerio de igualdad, responsable de la propuesta de la ley aprobada finalmente en el parlamento, decidió usar las redes para justificar las rebajas de condena atacando a los jueces. No se conversaba públicamente sobre Derecho penal, sino sobre ministras, jueces machistas y «gobierno traidor».

Todo esto ya se intuía. Lo que ahora confirma esta investigación es la intensa relación entre el contenido del debate y la estructura de la red social en la que se desarrolla el mismo. Es esta una red social para el debate y la confrontación, y todo aquello de lo que se habla allí se convierte en objeto usado para lanzarlo al enemigo. Eso es twitter, un entorno en el que la conversación es aparentemente libre y muy abierta, pero en la que, cuando se debate sobre ideología, las dinámicas partidistas y la polarización afectiva¹³⁰, alimentadas por algoritmos que potencian el refuerzo de grupo y la simplificación del mensaje, se dejan ver con claridad tanto en la estructura

¹³⁰ IYENGAR/GAURAV/IPHTACH, «Affect, Not Ideology: A Social Identity Perspective on Polarization.» *Public Opinion Quarterly* 76, 2012, pp: 405–431.

de los que conversan¹³¹ como en el contenido de lo que se expresa. Conforme a esta investigación, y en línea con otros estudios empíricos similares, la estructura de la comunicación sobre el Derecho penal a) parece horizontal pero tiene rasgos de verticalidad similares a los de la comunicación mediática tradicional sobre el crimen y el Derecho penal; b) es partidista y polarizada (en el sentido afectivo) y, c) es emocional y simplificadora, sin apenas dar margen para los matices técnicos.

En cuanto a lo primero, pese a que en twitter cualquiera puede expresar una opinión sobre un tema público y comunicarse directamente con un político sin que «gatekeepers» o «mediadores» lo impidan, eso no conlleva que haya un debate público real en el que las voces de todos lo que opinan sobre el Derecho penal tenga el mismo valor y permita una conversación directa con los que toman las decisiones. La conversación sobre las reformas penales en twitter estuvo determinada por agentes muy concretos, políticos, twitteros pertenecientes a comunidades partidistas preexistentes, periodistas, construyendo parte del marco sobre el que encauzar la discusión pública. Así, no puede decirse que en la red social hubiera una «agenda setting» «al uso» en la que se decidiera desde el principio qué noticia se cubría o no, cuándo se difundía la misma o cómo se enfoca la noticia. En esto twitter parece distinto a los medios tradicionales. Pero, una vez la noticia, más bien el tema, entra, la tendencia (su conversión en noticia) viene configurada por la interacción de aquellos que tienen más seguidores, generalmente de políticos y periodistas que por su popularidad externa logran pronto popularidad interna. También de aquellos que enmarcan mejor en una comunidad concreta los mensajes y que, por ello, representan una parte u otra del espectro discursivo y tienen gran impacto. Y, al hacerlo, acaban definiendo la agenda de cómo se tratan los temas, de cuáles son los debates de fondo, de cuáles son los problemas y las visiones posibles sobre ellos, etc. Hay elementos de *agenda setting* y de *media framing* en twitter, hay una agenda por parte de los actores que han decidido que quieren controlar también ese espacio del debate público, y hay un encuadre inherentemente ideológico en cada una de las comunidades que, conforme a la estructura algorítmica de la red, determina el éxito o el fracaso de lo que se difunde.

Es por ello, y en segundo lugar, que la conversación sobre el Derecho penal se ve envuelta en un marco de discusión ideológica de polos partidistas en el que las visiones del mundo, más o menos preconfiguradas, acaban determinando qué se debe decir para que el mensaje sea exitoso dentro del grupo en el que cada uno se identifica. El discurso penal en redes sociales se ve sometido, pues, a significativos niveles de partidismo y polarización y se ve caracterizado por ella: al tender los algoritmos a agrupar las preferencias y los usuarios, y al identificarse los individuos que interactúan en la red con un determinado grupo, la polarización aumenta. Polarización afectiva más que ideológica¹³², esto es, aquella que facilita la identificación del usuario con los propios, la división del mundo entre los míos y los enemigos, la observación negativa por parte del usuario de quienes no piensan como lo hace su endogrupo. Y todo ello facilita, a su vez, que el debate se sitúe más en lo partidista que en lo ideológico o político criminal. Esto, que ya se había visto en otras investigaciones (#lamanada), que el debate en twitter lleva a una instrumentalización de lo técnico y lo penal para centrarse en lo simbólico constitutivo de los grupos en discusión, se hace

¹³¹ MIRÓ LLINARES/AGUERRI, 2023, en prensa.

¹³² Sobre la polarización afectiva véase IYENGAR, et al, *Public Opinion Quarterly* 76, 2012, pp: 405–431. DRUCKMAN/LEVENDUSKY, «What do we measure when we measure affective polarization?», *Public Opinion Quarterly*, 2019, vol. 83, no 1, p. 114–122, y MILLER, "Para entender la polarización." *Letras libres* 1, 2020.

especialmente evidente en este caso donde la polarización afectiva y el ataque al grupo constituyen el centro de la discusión: ni siquiera puede decirse que fuera este un debate esencialmente político-criminal, sino político-doméstico, en cuanto que se usaba el objeto penal (la reforma concreta de que se trataba) para debatir sobre partidos políticos, para criticar posicionamientos que nada tenían que ver con la cuestión a discutir (la sanidad de Ayuso, el control de los jueces por el PP, la venta de España a los independentistas).

En este contexto conversar sobre aspectos técnicos o sobre matices político-criminales resulta prácticamente imposible. Y esto tiene que ver con la tercera y última característica de la comunicación sobre el Derecho penal en Twitter: que prioriza la conversación emocional y directa, la interpelación del emisor al receptor, la simplificación del mensaje frente a los matices que requeriría una discusión racional. El Derecho penal se discute en twitter con coloquialidad y simplicidad, también con ataques e insultos. Los lemas y tropos proliferan, para tratar de condensar emociones y simplificar el mensaje y su comprensión. La complejidad técnica, los matices de la interpretación judicial o del debate político criminal tienen difícil encaje en un ámbito de discusión que busca la conexión inmediata con el grupo más que la comprensión del problema y de sus posibles soluciones.

Es obvio que aún es necesaria más investigación empírica sobre la estructura de la comunicación del crimen y del Derecho penal en redes sociales y sus consecuencias en la política criminal. Muchos más matices sobre el tipo de polarización del discurso penal en redes. También que esta investigación tiene limitaciones. La muestra es muy específica y difícilmente podemos extraer conclusiones aplicables a otros contextos que no sean muy genéricas. La metodología no permite realizar una comparación con otro tipo de conversación más técnica o con otras redes u otros contextos. No podemos derivar de esta investigación, tampoco se ha pretendido, cuáles serán las consecuencias del discurso. Pero sí creo que nos sitúa cada vez más cerca de poder confirmar que la red social twitter usa el Derecho penal como excusa para reforzar la discusión entre comunidades preexistentes y no contiene las características necesarias para la discusión técnica ni para el debate deliberativo en torno al Derecho penal.

Ahora bien, y entro en la cuestión final de las consecuencias potenciales que para la política criminal puede tener esta estructura de la conversación en twitter, conviene diferenciar la posible constatación de que twitter no pueda ser considerado como un ámbito para una discusión racional sobre el Derecho penal, de los efectos que se deriven de ello. En particular del entendimiento de que, debido a la aparición de las redes sociales, la deliberación pública en torno a la Ley penal esté en peores condiciones que antes. Dice CIGÜELA SOLA que la exigencia de una «esfera pública común sobre la que construir consensos colectivos» parece imposible en el nuevo ecosistema digital en el que los que conversan no pueden ponderarse de acuerdo «en la medida en que no comparten un mundo en común y, además, el que cada una tiene resulta a menudo incomprensible para el resto»¹⁵³. En sentido similar recientemente el propio Habermas¹⁵⁴, considera que las redes estarían dando lugar a una esfera semipública, desestructurada, formada por cámaras de eco autosustentables que rechazan lo disonante y tratan de preservar y fortalecer la identidad de grupo y que en poco se asemeja, por tanto, a ese «espacio inclusivo para la potencial clarificación discursiva de reclamos de verdad contrapuestos y para la generalización

¹⁵³ CIGÜELA SOLA, *InDret*, 4, 2021, p. 189

¹⁵⁴ HABERMAS, «Reflections and hypotheses on a further structural transformation of the political public sphere», *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, pp.145-171.

de intereses» exigible para las democracias constitucionales. Lo cierto es que las condiciones que debería cumplir una esfera pública ideal de a) estar abierta a todos los grupos sociales, temas y opiniones que tengan relevancia colectiva; b) tratarse temas y opiniones de otros participantes, para asegurar la «validación colectiva» y (posiblemente) cambiar sus propios puntos de vista y c) partir de una identidad colectiva de la audiencia, por medio de participantes conectados a través de patrones similares de consumo de medios, para poder generar opiniones públicas (que, en la práctica, sin embargo, se vuelven diversamente efectivas)¹³⁵, no parecen darse en Twitter. Así podría derivarse de nuestro propio estudio. Conforme a lo analizado, el discurso en torno a lo penal está abierto aparentemente a todos los grupos y temas, pero la visibilización del mismo se prioriza de forma antagónica: sólo cuando proviene de tu grupo y sólo cuando el tema es tendencia por la visibilidad de quien lo populariza o por que un grupo le da apoyo. El resto, queda invisibilizado. Tampoco parece que la interacción con temas de otros, que hemos visto que se produce en twitter, produzca el efecto deseado: la misma parece dirigirse más bien a la burla de la posición contraria y al refuerzo de la idea propia que a la discusión del propio argumento. Y tampoco parece que haya una identidad colectiva, ni de intereses ni de visiones, en los grupos que participaron en los debates en twitter. En nuestro caso, de hecho, lo que había era una instrumentalización del tema penal para la consecución de otros objetivos relacionados con la consolidación del propio espacio en la esfera pública. Pero, más allá de que, como ha señalado algún autor, quizás las exigencias de una democracia deliberativa resulten demasiado exigentes normativamente y algo anticuadas para el giro digital en el que estamos¹³⁶, hace falta algo más que todo lo anterior para sostener que todo ello va a suponer un empeoramiento de la política criminal. También para considerar que ello supone una deslegitimación de recientes intentos de incrementar la participación ciudadana en la configuración del Derecho penal.

En cuanto a lo primero, haría falta poder afirmar no sólo que las condiciones deliberativas actuales por la irrupción de los nuevos medios no son las ideales, sino que son peores que las que había en el pasado. De momento no estamos en condiciones de responder a esta cuestión. Lo que sí podemos es enfocar la agenda de investigación hacia la respuesta a preguntas como esta: ¿incide la forma en la que se comunica hoy el crimen y el Derecho penal, frente a como se comunicaba en el pasado, en el modo en que la ciudadanía percibe cómo debe ser la respuesta frente al crimen? Los eventos que estamos observando con la ley de Garantía de la libertad sexual, con una ciudadanía no consciente de que rebajar las penas no supone desproteger a las víctimas de los delitos ya cometidos, ni aumentarlas asegurar las de los por venir, nos podrían hacer pensar que la respuesta sería un sí. Pero la revisión de la literatura que estudiaba el punitivismo antes de las redes sociales nos podría convencer de que quizás eso no haya cambiado tanto. Es evidente que tendremos que aumentar la investigación y centrarnos en comparar los modos de informar y de informarse, con el punitivismo y con la visión general sobre el crimen y el Derecho penal. También lo es, evidente, que no debemos precipitarnos en las conclusiones aunque, desde luego, parece difícil pensar que estemos yendo a mejor y que las redes vayan a traer una mayor información democrática sobre el Derecho penal.

En cuanto a lo segundo, y yendo algo más allá de las conclusiones a las que lleva directamente este trabajo, que twitter no sea un buen lugar para la deliberación democrática del Derecho penal, incluso que su uso pueda estar polarizando aún más el debate y simplificando más las visiones

¹³⁵ SEELIGER/SEVIGNANI, *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, pp. 3-16.

¹³⁶ KREIDE, «Digital spaces, public places and communicative power: In defense of deliberative democracy», *Philosophy & Social Criticism*, 42, 2016, p. 476.

sobre el crimen y la respuesta al mismo, no nos debiera llevar *per se* a rechazar el incremento de la participación ciudadana en la deliberación del Derecho penal¹³⁷. A mi parecer sería un error «dar la batalla por perdida» y pensar que un sistema de expertos ajenos a la esfera pública (si es que eso es posible) es el único deseable en cualquier forma de desarrollo del Derecho penal. Un entorno distinto, quizás peor, para la reflexión política pública, no debiera llevarnos a descartar nuevas formas de participación de la ciudadanía en la creación y aplicación del Derecho penal. Sí a revisar cuáles son las condiciones de posibilidad de éstas, a exigirles más a tales procesos de «democratización», e incluso a que se estudie qué impacto tiene el nuevo panorama mediático en algunos de ellos, quizás pensados en condiciones abstractas pero difíciles en un mundo en el que se puede observar en twitter en tiempo real «cuántos violadores están ya en la calle por la ley del sólo sí es sí». Es evidente que el denominado debate de la «democratización» debe seguir abierto; también, que debiera enriquecerse de nuevas perspectivas empíricas que tengan en cuenta el actual entorno público en el que se desarrolla y se discute la política criminal.

5. Bibliografía

AGUERRI, Jesús C./MIRÓ LLINARES, Fernando/VILA VIÑAS, David, «When social media feeds classic punitivism on media: The coverage of the glorification of terrorism on XXI», *Criminology and Criminal justice*, 2022.

AGUERRI, Jesús C./MIRÓ-LLINARES, Fernando, «Social media Data as a Gateway to Victims' Experiences», en: David BUIL-GIL/Laura HUEY, *Crime Data Handbook*, Routledge, 2023

AGUERRI, Jesús C./MOLNAR, Lorena/MIRÓ-LLINARES, Fernando , «Old crimes reported in new bottles: The disclosure of child sexual abuse on Twitter through the case #MeTooIncest», *Social Network Analysis and Mining*, 2023.

AIZPURÚA GONZÁLEZ, Eva/ FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, «Información, ¿antídoto frente al «populismo punitivo»? Estudio sobre las actitudes hacia el castigo de los menores infractores y el sistema de Justicia Juvenil», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 9, 2011

ANTÓN MELLÓN, Juan/ÁLVAREZ JIMÉNEZ, Gemma/ROTHSTEIN, Pedro, «Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas», *Revista Española de Ciencia Política*, 43, 2017, pp. 13-36;

ANTÓN-MELLÓN, Joan/ANTÓN-CARBONELL, Elisenda. «Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)». *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 12, 2017, pp. 133-150.

ARLT, Dorothee et al., «Between Fragmentation and Dialogue. Twitter Communities and Political Debate About the Swiss Nuclear Withdrawal Initiative", *13 ENV'T CoMMUN*, 440, 2018, pp. 441-442

ARRABAL-SÁNCHEZ, Gabriel/de-AGUILERA-MOYANO, Miguel, «Communicating in 140 characters. How journalists in Spain use Twitter», *Comunicar*, 46, 2016, pp.9-17

AURREKOETXEA-CASAUS, Maite, «San fermines #la manada case: An exploratory analysis of social support for victims of sexual violence on Twitter», *Computers in human behavior*, 108, 2020.

¹³⁷ VARONA GÓMEZ, «Derecho penal democrático y participación ciudadana», *InDret*, 2(2), 2018

BAIL, Christopher et al., «Exposure to opposing views on social media can increase political polarization», *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 115 (37), pp.9216–9221.

BANSAL, Gaurab/WEINSCHENK, Aaron, «Something Real about Fake News: The Role of Polarization and Social Media Mindfulness», *Proceedings of the Americas Conference on Information Systems (AMCIS)*, 2020, pp. 10-14

BARKER, Vanessa, *The Politics of Imprisonment: How the Democratic Process Shapes the Way America Punishes Offenders*, Oxford University Press, 2009.

BARRIE, Chistopher/HO, Justin, «academicwitter: an R package to access the Twitter Academic Research Product Track v2 API endpoint», *Journal of Open Source Software*, 6(62), 2021

BAUCELLS, Joan, PERES-NETO, Luís, «Discurso televisivo sobre el crimen: Los programas especializados en sucesos», en GARCÍA ARÁN Y BOTELLA CORRAL (Eds.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, 2009, pp.109 ss.

BECKETT, Katherine, *Making Crime Pay: Law and Order in Contemporary American Politics*, Oxford University Press, 1997.

BERNÁRDEZ-RODAL, Asunción/LÓPEZ-PRIEGO, Nuria/PADILLA-CASTILLO, Graciela, «Cultura y movilización social contra la violencia sexual a través de Twitter: el caso del fallo judicial #LaManada en España», *Revista Latina de Comunicación Social*, 79, 2021, pp. 237-262

BERRY, Jeffrey/SOBIERAJ, Sarah, *The outrage industry: Political opinion media and the new incivility*, Oxford University Press, 2013

BOGEN, Katherine W./ORCHOWSKI, Lindsay, «A Geospatial Analysis of Disclosure of and Social Reactions to Sexual Victimization on Twitter Using #MeToo», *Women & Therapy*, 44(3-4), 2021, pp.374-390

BOGEN, Katherine W/BLEIWEISS, Kaitlyn/LEACH, Nykia/ORCHOWSKI, Lindsay, «#MeToo: Disclosure and Response to Sexual Victimization on Twitter», *Journal of Interpersonal Violence*, 36(17-18), 2021, pp. 8257-8288.

BOTTOMS, Anthony, «The philosophy and politics of punishment and sentencing», en: CLARKSON y MORGAN (eds) *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, pp.17-49

BROWN, Elizabeth K., «Rethinking public opinion in penal policymaking: Recommendations for research», *Sociology Compass*, 6, 8, 2012, pp. 601-613.

BRUNS, Alex, «Digital public spheres in Australia», en SCHAPALS/BRUNS/MCNAIR, *Digitizing Democracy*, Routledge, 2018, pp.133-146

CAMARGO FERNÁNDEZ, Laura, «El nuevo orden discursivo de la extrema derecha española: de la deshumanización a los bulos en un corpus de tuits de Vox sobre la inmigración». *Cultura, Lenguaje y Representación*, 26, 2021, pp. 63-82.

CASERO-RIPOLLÉS, Andreu, «Influencers in the political conversation on Twitter: Identifying digital authority with big data», *Sustainability*, 13, 2021.

CASTELLS, Manuel, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Alianza, 1997

CASTELLS, Manuel, *Networks of outrage and hope: Social movements in the Internet age*, Polity Press, 2015

CHA, Meeyoung et al., «Measuring user influence in Twitter: The million follower fallacy», en *Proceedings of the 4th International AAAI Conference on Weblogs and Social Media (ICWSM), 2010*, pp.1-9.

CHEDDADI, Zakariae, «Discurso político de Vox sobre los menores extranjeros noacompañados». *Inguruak*, 69. 2020, pp.57-77.

CHEN, suan-Ting/LIN, Jhih-Syuan, «Crosscutting and Like-minded Discussion on Social Media», *65 J. BROAD. & ELEC. MEDIA*, 135, 2021, pp.135 ss.

CIGÜELA SOLA, Javier, «Esbozo de una epistemología medial para el Derecho penal», *InDret*, 4, 2021, pp. 173-204

CIGÜELA SOLA, Javier, "Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2020.

COHEN, Stanley, *Folk Devils and Moral Panics*. MacGibbon & Kee, 1972.

CORRECHER MIRA, Jorge, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, nº2, 2021.

CULLEN, Francis/CULLEN, John B./WOZNIAK, John F, «Is Rehabilitation Dead? The Myth of the Punitive Public», *Journal of Criminal Justice*, 16, 1988, pp. 303–317

DAEMS, TOM, «ENGAGING WITH PENAL POPULISM: THE CASE OF FRANCE», *PUNISHMENT & SOCIETY*, 9(3), pp. 319–324.

DAGOULA, Chrysi, «Mapping Political Discussions on Twitter: Where the Elites Remain Elites», *Media and Communication*, 7(1), 2019, pp. 225-234

DIEHL, Trevor/WEEKS, Brian/DE ZÚÑIGA, Homero, «Political persuasion on social media: Tracing direct and indirect effects of news use and social interaction», *New media & society*, 18(9), 2016, pp. 1875-1895.

DRAKULICH, Kevin M./KIRK, Eileen M., «Public Opinion and Criminal Justice Reform», *Criminology & Public Policy*, 15, 1, 2016.

DREWETT, Chloe/OXLAD, Melissa/AUGOUSTINOS, Martha, «Breaking the silence on sexual harassment and assault: An analysis of #MeToo tweets», *Computers in Human Behavior*, 123, 2021

DRUCKMAN, James N., LEVENDUSKY, Matthew S, «What do we measure when we measure affective polarization?», *Public Opinion Quarterly*, 2019, vol. 83, no 1, p. 114-122.

DUBOIS, Elizabeth/BLANK, Grant, «The echo chamber is overstated: the moderating effect of political interest and diverse media», *Information, communication & society*, 21(5), 2018, pp. 729-745

EVOLVI, Giulia, «#Islamexit: inter-group antagonism on Twitter», *Information, communication & society*, 22(3), 2019, pp. 386-401

FALKOF, Nicky, «On moral panic: Some directions for further development», *Critical Sociology*, 46(2), 2020, pp. 225-239.

FERNÁNDEZ, Juan Carlos/HERREROS, Enriqueta/ SAENZ ABUJETA, Salvador/VALERO SÁNCHEZ, Carmen/VEGAS NAVAS, M^a Jesús, «Imagen del delito en la prensa española», *Boletín Criminológico*, 1,10, 1995, pp.1-4.

FISHKIN, James, *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*. Oxford University Press, 2011.

FLANAGAN, Timothy, «Public Opinion on Crime and Justice: History, Development, and Trends», en FLANAGAN/LONG, *Americans View Crime and Justice: A National Public Opinion Survey*, Sage Publications, 1996, pp. 1-14-

FLORES-YEFFAL, Nadia/VIDALES, Guadalupe/MARTINEZ, Girsea, «#WakeUpAmerica, #IllegalsAreCriminals: the role of the cyber public sphere in the perpetuation of the Latino cyber-moral panic in the US», *Information, Communication & Society*, 22:3, 2019, pp. 402-419

FUENTES OSORIO, Juan Luís, «Los medios de comunicación y el derecho penal». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* 7, 16, 2005

GARCÍA ARÁN, Mercedes, et al. *Malas Noticias: Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, 2009.

GARCÍA ARÁN, Mercedes, «El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 2008, pp.39-65, p. 44.

GARCÍA ARÁN, Mercedes/ PERES NETO, Luís, «Agenda de los medios y agenda política: un efecto de los medios en las reformas del Código penal español entre los años 2002 y 2003». *Revista de Derecho penal y Criminología*, 1, 2009, pp. 261-290

GARLAND, David, *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago University Press, 2001

GARLAND, David. «On the concept of moral panic». *Crime, Media, Culture*, 2008, vol. 4, no 1, p. 9-30.

GONZÁLEZ-BAILÓN, Sandra/LELKES, Yphtach, «Do social media undermine social cohesion? A critical review». *Social Issues and Policy Review*, 17, 2023, pp. 155-180

GOTTFREDSON, Steven/TAYLOR, Ralph B., «Public Policy and Prison Populations: Measuring Opinions about Reform», *Judicature*, 68, 1984, pp.190-201.

GREEN, David A., «Feeding Wolves: Punitiveness and Culture», *European Journal of Criminology*, 6, 2009, pp. 517-536

GREEN, David A., *When Children Kill Children: Penal Populism and Political Culture*, Oxford University Press, 2008.

GRUZD, Anatoliy/ ROY, Jeffrey, «Investigating Political Polarization on Twitter: A Canadian Perspective», *Policy & Internet*, 6, 2014, pp. 28-45

HABERMAS, Jürgen, «Reflections and hypotheses on a further structural transformation of the political public sphere», *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, pp.145-171.

HAIDT, Jonathan, «Yes, social media really is undermining democracy», *The Atlantic*, 2022, disponible en: bit.ly/3RXJlwR

HALL, Stuart, CRITCHER, Chas, JEFFERSON, Tony, CLARKE, John, ROBERTS, Brian, *Policing the Crisis. Mugging, the state and law & order*, London: Macmillan, 1978.

HIER, Sean, «Moral panics and digital-media logic: Notes on a changing research agenda», *Crime, media, culture*, 15(2), 2019, pp. 379-388.

HONG, Sounman/KIM, Sun H., «Political Polarization on Twitter: Implications for the Use of Social Media in Digital Governments», *Government Information Quarterly*, 33, 2016, pp. 777-782.

HWANG, Hyunseo et al., «Seeing is Believing: Effects of Uncivil Online Debate on Political Polarization and Expectations of Deliberation», *58 J. BROAD. & ELEC. MEDIA*, 621, 2014, pp. 623-635

IDOIAGA MONDRAGON, Nahia/GIL DE MONTES ECHAIDE, Lorena/ASLA ALCIBAR, Nagore/LARRAÑAGA EGUILEOR, Maider, «La Manada in the digital sphere: coping with a sexual aggression case through Twitter», *Feminist Media Studies*, 20(7), 2020, pp. 926-943

INTRAVIA, Jonathan, «Investigating the influence of social media consumption on punitive attitudes among a sample of US university students». *International journal of offender therapy and comparative criminology*, 63(2), 2019, pp. 309-333.

IYENGAR, Shanto, GAURAV, Sood, and IPHTACH, Lelkes, «Affect, Not Ideology: A Social Identity Perspective on Polarization.» *Public Opinion Quarterly* 76, 2012, pp: 405-431.

JAIDKA, Kokil/ZHOU, Alvin/LELKES, Yphtach, «Brevity is the soul of Twitter: The constraint affordance and political discussion», *Journal of Communication*, 69(4), pp. 345-372.

JOHNSON, Bruce A./ HUFF, Ronald C., «Public Opinion and Criminal Justice Policy Formation», *Criminal Justice Policy Review*, 2, 1987, pp.118-132.

KANT, Tanya, «Giving the 'Viewer' a Voice? Situating the Individual in Relation to Personalization, Narrowcasting, and Public Service Broadcasting», *58 J. BROAD. & ELEC. MEDIA* 381, 390-391, 2014, pp. 394-395

KAYE, David, *Speech Police. The global struggle to govern the Internet*, Columbia global reports, 2019

KREIDE, Regina, «Digital spaces, public places and communicative power: In defense of deliberative democracy», *Philosophy & Social Criticism*, 42(4-5), 2016, pp. 476-486, p. 476.

LIN, Jih-Syuan et al., «Understanding the Nature, Uses, and Gratifications of Social Television: Implications for Developing Viewers Engagement and Network Loyalty», *62 J. BROAD. & ELEC. MEDIA* 1, 1, 2018

LLORCA, Elena/FABREGAT-CABRERA, María-Elena/RUIZ-CALLADO, Raul, «Desinformación Populista en Redes Sociales: la Tuitosfera del Juicio del Procés», *Observatorio (OBS)*, 15(3), 2021.

LOADER, Brian D./VROMEN, Ariadne/XENOS, Michael A., «The networked young citizen: social media, political participation and civic engagement», *Information, Communication & Society*, 17(2), 2014, pp. 143-150.

MANFREDI-SÁNCHEZ, Juan/AMADO-SUÁREZ, Adriana/Waisbord, Silvio, «Presidential Twitter in the face of COVID-19: Between populism and pop politics», *Comunicar*, 66, 2021, pp. 83-94

MCGARRELL, Edmund F./CASTELLANO, Thomas, «An Integrative Conflict Model of the Criminal Law Formation Process», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 28, 1991, pp. 174-196

MCGARRELL, Edmund F./SANDYS, Marla, 1996. «The Misperception of Public Opinion Toward Capital Punishment: Examining The Spuriousness Explanation of Death Penalty Support», *American Behavioral Scientist*, 39, 1996, pp. 500-514

MCLUHAN, Marshall. "The medium is the message (1964)." *Crime and Media*. Routledge, 2019. 20-31.

MENDELBERG, Tali, «The deliberative citizen: Theory and evidence», *Political Decision Making, Deliberation and Participation*, 6 , 2002, pp. 151-193.

MILLER, Lisa., *The Perils of Federalism: Race, Poverty, and the Politics of Crime Control*. Oxford University Press, 2008

MILLER, Luis. "Para entender la polarización." *Letras libres* 1 (2020).

MIRÓ LLINARES, Fernando/AGUERRI, Jesús C., «La reforma del código penal en la twitteresfera: partidismo y verticalidad», 2023, en prensa.

MIRÓ-LLINARES, Fernando/AGUERRI Jesús, «Misinformation about fake news: A systematic critical review of empirical studies on the phenomenon», *European Journal of Criminology*, 20(1), 2023, pp.356-374.

MOLPECERES ARNÁIZ, Sara/FILARDO-LLAMAS, Laura, «Llamamientos feministas en Twitter: ideología, identidad colectiva y reenmarcado de símbolos en la huelga del 8M y la manifestación contra la sentencia de «La Manada»», *Dígitos. Revista de Comunicación Digital*, 6, 2020, pp. 55-78

MORAGAS-FERNÁNDEZ, Carlota M./GRAU-MASOT, Jusep-María/CAPDEVILA-GÓMEZ, Arantxa, «Articulación de la influencia en Twitter ante el anuncio de la Ley del referéndum en Cataluña», *Profesional de la información*, 28(3), 2019

MORGAN Jonathon/SHAFFER, Kris, «Sockpuppets, secessionists, and Breitbart», *Medium*, 31 March, 2017, Disponible en: <https://medium.com/data-for-democracy/sockpuppets-secessionists-and-breitbart-7171b1134cd5>

MOYA SÁNCHEZ, Miguel/HERRERA DAMAS, Susana, «Cómo puede contribuir Twitter a una comunicación política más avanzada», *Arbor*, 191(774), 2015

NAVARRO, Celina/COROMINA, Òscar, «Discussion and mediation of social outrage on Twitter: The reaction to the judicial sentence of La Manada». *Communication & Society*, 33(1), 2020, pp. 93-106

NEWBURN, Tim/JONES, Trevor, «Symbolic politics and penal populism: The long shadow of Willie Horton». *Crime, Media, Culture*, 1, 1, pp. 72–87. <https://doi.org/10.1177/1741659005050272>

NGUYEN, James, «Politics and the Twitter revolution: A brief literature review and implications for future research» *Social Networking*, 7(4), 2018, pp. 243-251

NITHYANAND, Rishad/SCHAFFNER, Brian/GILL, Phillipa, «Online political discourse in the Trump era», *arXiv*, 2017

NUÑEZ PUENTE, Sonia/FERNÁNDEZ ROMERO, Diana, «Posverdad y victimización en Twitter ante el caso de La Manada: propuesta de un marco analítico a partir del testimonio ético», *Investigaciones Feministas*, 10(2), 2022

O'BRIEN, Marck, «The coming of the storm: moral panics, social media and regulation in the QAnon era», *Information & Communications Technology Law*, 2020, DOI: 10.1080/13600834.2022.2088064

ORBEGOZO TERRADILLOS, Julien/MORALES I GRASS, Jordi/LARRONDO URETA, Ainhara, «Feminismos indignados ante la justicia: la conversación digital en el caso de La Manada», *IC Revista Científica De Información y Comunicación*, 16, 2019, pp. 211-24.

OTT, Brian L, «The age of Twitter: Donald J. Trump and the politics of debasement», *Critical studies in media communication*, 34, 1, 2017, pp. 59-68.

PARK, Chang Sup/KAYE, Barbara K., «Mediating Roles of News Curation and News Elaboration in the Relationship between Social Media Use for News and Political Knowledge», *63 J. BROAD. & ELEC. MEDIA* 455, 2019, pp., 456-457.

PEPIN-NEFF, Christopher/COHEN, Aaron, «President Trump's transgender moral panic», *Policy Studies*, 42, 2021, pp. 646-662.

PERES NETO, Luís, *Leyes a golpe de suceso: el efecto de los discursos mediáticos en las reformas políticas en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, 2007.

PICKETT, Justin T. "Public opinion and criminal justice policy: Theory and research." *Annual Review of Criminology* 2 (2019): 405-428.

PODLAS, Kimberlianne, «Reconsidering the nomos in today's media environment», *Touro Law Review*, 37, 2021, pp. 2211-2252

POZUELO PÉREZ, Laura, *La política criminal mediática*, Marcial Pons, 2013

PRATT, John, *Penal Populism*, Routledge, 2007

RECHEA ALBEROLA, Cristina, FERNÁNDEZ MOLINA, Esther y BENÍTEZ JIMÉNEZ, M^a José, *Tendencias sociales y delincuencia*, n.º. 11, 2004, en <http://www.uclm.es/criminologia/pdf/11-2004.pdf>, pp. 35 ss.

ROBERTS Julian/STALANS, Loreta/ INDERMAURAND, David/HOUGH, Mike, *Penal Populism and Public Opinion*, Oxford University Press, 2003.

ROBERTS, Margaret et al, «Structural topic models for open ended survey responses», *American Journal of Political Science*, 58(4), 2014, pp. 1064-1082

ROBLES, José. M./ATIENZA, Julia/GÓMEZ, Daniel/GUEVARA, Juan A., «La polarización de «La Manada»: El debate público en España y los riesgos de la comunicación política digital», *Tempo Social*, 31(3), 2019, pp. 193-216

RUIDÍAZ GARCÍA, Carmen «El miedo al delito. Apuntes para la reflexión», *Cuadernos de Política criminal*, 48, 1992, pp. 931 ss.

SCHKADE, David/SUNSTEIN, Cass/KAHNEMAN, Daniel, «Deliberating about dollars: The severity shift», *Columbia Law Review*, 100, 2000, pp.1139–1176

SEELIGER, Martin/SEVIGNANI, Sebastian, «A new structural transformation of the public sphere? An introduction», *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, pp.3-16.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva: La tesis extendida de los sentimientos de inseguridad como teoría del control social*, Dykinson, 2016

SHORE, Jesse/Baek, Jiye/Dellarocas, CHRYSANTHOS, "Network Structure and Patterns of Information Diversity on Twitter," *MIS Quarterly*, 42:3, 2018 pp. 849-872.

SIMON, Jonathan, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press, 2007

SMITH, Marc A./ RAINIE, Lee, «Mapping Twitter Topic Networks: From Polarized Crowds to Community Clusters», *PEW RSCH. CTR.*, 2014

SOTO NAVARRO, Susana, «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005.

SUNSTEIN, Cass R. *#Republic: Divided democracy in the age of social media*, Princeton U Press, 2017.

TARANCÓN GÓMEZ, Pilar, Opinión pública e intervención penal con menores que provocan alarma social. *Revista General de Derecho Penal*, 27, 15, 2017

THEOCHARIS, Yannis et al., «A bad workman blames his tweets: The consequences of citizens' uncivil Twitter use when interacting with party candidates», *Journal of Communication*, 66(6), 2016, pp.1007–1031.

TONRY, Michael, «Explanations of American punishment policies: A national history», *Punishment and Society*, 18,11, 2009, pp.377-384.

TRAVIS, Jeremy/WESTERN, Bruce/REDBURN, F. Stevens, *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, The national Academies Press, 2014, p. 121.

TUFEKCI, Zeunet/WILSON, Christopher, «Social media and the decision to participate in political protest: Observations from Tahrir Square», *Journal of Communication*, 62, 2012, pp. 363-379

URCOLA ECEIZA, Eider/ELEZGARAI IBAÑEZ, Inmanol, «La polarización y echo chambers en el debate de la #LeydeEutanasia en Twitter», *Revista de Comunicación de la SEECI*, 54, 2021, pp. 187-204

USLANER, Eric M./ WEBER, Ronald E. 1979. «U.S. State Legislators Opinions and Perceptions of Constituency Attitudes», *Legislative Studies Quarterly*, 4, 1979, pp. 563–585.

VAIDHYANATHAN, Siva, *Antisocial Media*, Oxford University Press, 2018.

VARONA GÓMEZ, Daniel, «Ciudadanos y actitudes punitivas: un estudio piloto de población universitaria española». *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, 6, 1, 2008

VARONA GÓMEZ, Daniel. "Medios de comunicación y punitivismo." *InDret* (2011).

VARONA GÓMEZ, Daniel, «Derecho penal democrático y participación ciudadana», *InDret*, 2(2), 2018

VARONA GÓMEZ, Daniel/GABARRÓN, Norman, El tratamiento mediático de la violencia de género en España (2000-2012): agenda setting y agenda building. *InDret*, 2015

VERGEER, Maurice, «Twitter and Political Campaigning», *Sociology Compass*, 9, 2015, pp. 745-760

VILA VIÑAS, David/AGUERRI, Jesús, «Medios de comunicación, redes sociales, actores políticos y delitos que se cometen en internet», *Revista General de Derecho Penal*, 37, 2022.

WAISBORD, Silvio, «¿Es válido atribuir la polarización política a la comunicación digital? Sobre burbujas, plataformas y polarización afectiva», *Revista saap*, 14(2), 2020, pp. 248-279.

WALSH, James P., «Social media and moral panics: Assessing the effects of technological change on societal reaction», *International Journal of Cultural Studies*, 2020, pp.1-20.

WHITEHEAD, John T./BLANKENSHIP, Michael B./ WRIGHT, Jhon Paul, «Elite Versus Citizen Attitudes on Capital Punishment: Incongruity Between the Public and Policymakers», *Journal of Criminal Justice*, 27, 1999, pp.249–258.

XU, Weiai/FENG, Miao, «Talking to the Broadcasters on Twitter: Networked Gatekeeping in Twitter», *J. Broad. & Elec. Media*, 420, 2014, pp. 421-423.

YOUNG, Jock, *The Drugtakers*, Paladin, 1971

ZIELIŃSKA, Iwona/PASAMONIK, Barbara, «Polarizing moral panics: A theory and its application to the refugee crisis in Poland», *Deviant Behavior*, 43(12), 2022, pp.1543-1557

ZIMRING, Franklin/HAWKINS, Gordon/KAMIN, Sam, *Punishment and democracy: Three strikes and you're out in California*, Oxford University Press, 2001

Retos jurídicos derivados de la Inteligencia Artificial Generativa

Deepfakes y violencia contra las mujeres como supuesto de hecho

Sumario

-
El desarrollo de nuevas aplicaciones de Inteligencia Artificial requiere de un estudio sobre su impacto social. En concreto, invita a realizar análisis prospectivos de las consecuencias jurídico-políticas que tendría el empleo de herramientas de generación automática de contenido audiovisual hiperrealista personalizado. Profundizar en el binomio deepfakes-violencia contra las mujeres conlleva la identificación de tres categorías problemáticas de empleo de contenido audiovisual fraudulento en contra de las mujeres a través de: a) técnicas de desprestigio, b) suplantación de identidad y c) simulación de situaciones constitutivas de delito. Frente a los potenciales usos perjudiciales, se articula un sistema de triple respuesta que interpela al ámbito jurídico, político y tecnológico desde la multidisciplinariedad y la interdependencia para formular propuestas de solución desde la vigencia de los derechos humanos de las mujeres y los valores democráticos.

Abstract

-
The development of new Artificial Intelligence applications requires a study of their social impact. In particular, it invites prospective analyses of the legal-political consequences of using tools to automatically generate personalized hyper-realistic audiovisual content. The deepfakes-violence against women binomial involves the identification of three problematic categories of use of fraudulent audiovisual content against women through a) smear techniques, b) impersonation and c) simulation of situations constituting a crime. In the face of the potentially harmful purposes, a triple response system is articulated that challenges the legal, political, and technological spheres from a multidisciplinary and interdependent perspective to formulate proposals for solutions based on the validity of women's human rights and democratic values.

Title: *Legal challenges arising from Generative Artificial Intelligence: Deepfakes and violence against women as a factual scenario.*

-
Palabras clave: *Inteligencia Artificial Generativa, Deepfakes, Violencia contra las mujeres, Suplantación de identidad, Engaño, Posverdad.*

Keywords: *Generative Adversarial Networks, Deepfakes, Violence Against Women, Identity Theft, Deception, Post-truth.*

-
DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.11

2.2023

Recepción
09/01/2023

-

Aceptación
31/03/2023

-

Índice

-

1. Introducción: nuevos desarrollos de Inteligencia Artificial y de violencia contra las mujeres

- 1.1. ¿Inteligencia Artificial al servicio de las *deepfakes*?
- 1.2. Violencia contra las mujeres en la era digital

2. Deepfakes y violencia de género: tres categorías problemáticas

- 2.1. Desprestigio
- 2.2. Suplantación de identidad
- 2.3. Simulación de situaciones ficticias constitutivas de delito

3. Modelos anticipatorios: la articulación de una triple respuesta preventiva

- 3.1. Respuesta jurídica
- 3.2. Respuesta política
- 3.3. Respuesta técnica

4. Conclusiones: ¿ver para creer?

5. Bibliografía

-

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

1. Introducción: nuevos desarrollos de Inteligencia Artificial y de violencia contra las mujeres*

Es ya una obviedad, y podría rozar la reiteración absurda, hacer alusión a la incorporación en la vida diaria de las personas de sistemas de Inteligencia Artificial (IA). No obstante, pese a la naturalización (casi inconsciente) de muchos de los dispositivos de uso rutinario, los continuos avances en este campo de la ciencia de la computación abren nuevos interrogantes que interpelan directamente a las ciencias jurídicas. Cada uno de los progresos debe ser evaluado a la luz de los principios y derechos presentes en los ordenamientos jurídicos y se deben cuestionar las garantías y riesgos que el empleo de IA conlleva en cada supuesto concreto¹.

Los ritmos acelerados de la evolución tecnológica, en compás asincrónico con el desarrollo normativo, exigen al Derecho la agudeza de plantear análisis prospectivos que permitan anticipar los vacíos legales o articular las herramientas jurídicas que eviten prácticas que colisionen con los derechos fundamentales, al tiempo que doten de cobertura legal a aquellas que refuerzan un estándar proteccionista de esos mismos derechos². La relación tecnología-derecho puede leerse en términos de prestación de asistencia mutua con el objetivo de suplir las respectivas carencias. En palabras de FRANGANILLO, «la misma tecnología capaz de resolver viejos problemas puede traer problemas nuevos si no se utiliza de forma adecuada»³. La capacidad resolutoria que se le otorga a la IA puede reportarse del Derecho que tendrá que ser capaz de ofrecer respuestas legales a las nuevas incógnitas que los modelos de IA puedan generar. Esto es, la IA asiste para solucionar problemas pasados y el Derecho responde para evitar conflictos futuros.

1.1. ¿Inteligencia Artificial al servicio de las *deepfakes*?

La manipulación de fotografías, textos, audios o vídeos con múltiples finalidades no es un fenómeno nuevo, pero sí lo es, en cambio, el proceso de realización. Lo que anteriormente precisaba de un ejercicio manual con una importante inversión de tiempo, ahora se genera a través de lo que se conoce como redes generativas adversariales (*generative adversarial networks* o GAN por sus siglas en inglés). Se trata de una innovación del aprendizaje automático que permite la creación de contenidos audiovisuales hiperrealistas y personalizados de forma instantánea.

Los sistemas GAN se componen de dos modelos (generativo y discriminativo) que son funcionalmente adversarios y que GOODFELLOW et al. describen con los roles de falsificador y policía. El modelo generativo se correspondería con un equipo de falsificadores que intentan

* Elisa Simó Soler (elisa.simo@uv.es). Este trabajo se ha realizado en el marco de las ayudas Margarita Salas para la formación de jóvenes doctores del programa de recualificación del sistema universitario español, financiado por el Ministerio de Universidades del Gobierno de España y la Unión Europea (Next Generation EU). Asimismo, la publicación forma parte de la investigación iniciada en el seno del Proyecto de Generación del Conocimiento «Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género» (PID2021-123170OB-I00) del que soy integrante como investigadora posdoctoral.

¹ SURDEN, «Artificial intelligence and law: An overview», *Georgia State University Law Review*, núm. 35, 2019, pp. 1335-1337.

² BARONA VILAR, «Inteligencia Artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: ¿solución o problema?», *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 28, 2019, p. 45 y NIEVA FENOLL, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

³ FRANGANILLO, «Contenido generado por inteligencia artificial: oportunidades y amenazas», *Anuario ThinkEPI* 16, 2022, p. 2.

producir dinero falso, mientras que el modelo discriminativo se personificaría en los cuerpos policiales. La competencia entre ambos, que constituye la fase de entrenamiento, conduce a una falsificación cada vez más realista hasta que, finalmente, la policía no es capaz de distinguir entre moneda real y falsa⁴.

Aplicado al ámbito de la imagen, el resultado que ofrecen las GAN es la producción de fotografías o vídeos falsos de alta fidelidad. Esta técnica de síntesis de imágenes basada en IA recibe el nombre de *deepfake* (traducido al castellano como *ultrafalso*), término compuesto por la palabra *deep* (proveniente de Deep Learning o aprendizaje profundo) y *fake* (falso en inglés) y prestado del nombre de un usuario de *Reddit* que en 2017 publicó vídeos pornográficos haciendo uso de esta tecnología con actrices de Hollywood como Taylor Swift o Scarlett Johansson⁵.

Encontrándose en una fase experimental, las posibilidades de creación de contenido parecen infinitivas: síntesis de imágenes de caras nuevas (no preexistentes), suplantaciones de identidad (intercambiando la cara de una persona por otra), manipulación de atributos (edición de cara o retoques: color de piel, pelo, ojos, edad, género...), cambios de expresión (recreación facial), sincronización del movimiento de los labios con un discurso, reproducción de movimientos o adición de filtros en tiempo real en videoconferencias⁶. Así ha sido posible devolver a la vida a personajes como Salvador Dalí en el museo de San Petersburgo en Estados Unidos generando una experiencia inmersiva e interactiva con el artista y su obra⁷ o recrear a Lola Flores en el anuncio «Con mucho acento» de Cruzcampo y a Luis Aragonés para publicitar la Liga finalizando el spot con la frase confirmatoria de la longevidad digital que permiten estas nuevas técnicas de IA «cuando haces algo grande, vives para siempre».

Como se puede intuir, los usos y funcionalidades que se pueden derivar de las *deepfakes* son muy diversas y, en muchos de los supuestos, positivas. Cabe su incorporación en el ámbito de la medicina, la educación, la industria, el arte, la publicidad, el entretenimiento o el marketing⁸. Sin embargo, los avances podrían instrumentalizarse con fines que atenten directamente contra

⁴ GOODFELLOW ET AL., «Generative adversarial networks», *Communications of the ACM*, vol. 63, núm. 11, 2020, p. 141 y KORSHUNOV, Pavel y SÉBASTIEN, Marcel, «Deepfakes: a new threat to face recognition? Assessment and detection», 2018, p. 2 arXiv preprint arXiv:1812.08685

⁵ GARCÍA ULL, «Deepfakes: El próximo reto en la detección de noticias falsas», *Anàlisi: Quaderns de Comunicació i Cultura*, núm. 24, 2021, p. 105 y KWEILIN T. Lucas, «Deepfakes and domestic violence: perpetrating intimate partner abuse using video technology», *Victims & Offenders*, vol. 17, núm. 5, 2022, p. 650.

⁶ TOLOSANA ET AL., «Deepfakes and beyond: A survey of face manipulation and fake detection», *Information Fusion*, núm. 64, 2020, pp. 132-133 y HANCOCK, Jeffrey T. y BAILENSON Jeremy N., «The social impact of deepfakes», *Cyberpsychology, behavior, and social networking*, vol. 24, núm. 3, 2021, p. 151.

⁷ KWOK/KOH, «Deepfake: a social construction of technology perspective», *Current Issues in Tourism*, vol. 24., núm. 3, 2021, pp. 1799-1800.

⁸ Un ejemplo práctico de su aplicación puede rescatarse de la esfera de la publicidad donde el empleo de *deepfakes* puede favorecer la personalización de contenidos publicitarios audiovisuales dinámicos para cada persona consumidora. Además, en el caso del marketing, cabe la creación de probadores virtuales donde las personas compradoras podrían probarse virtualmente prendas en su propio cuerpo en lugar de en una figura modelo. Cuando se dificulta la producción de contenido en un lugar físico, como pudo ocurrir durante la pandemia, con el uso de *deepfakes* las agencias de publicidad pueden generar nuevos anuncios alterando secuencias grabadas con anterioridad o creando nuevas en formato hiperrealista desde un estudio. En el ámbito artístico, este tipo de aplicación de IA tiene un gran potencia si se asume la posibilidad de ocupar la ausencia de un artista apostando por su presencia a través de una representación artificial como expresión de creatividad y como oportunidad para favorecer la interacción y participación del público con la obra. KIETZMANN/MILLS/PLANGGER, «Deepfakes: perspectives on the future «reality» of advertising and branding», *International Journal of Advertising*, vol. 40, núm. 3, 2021, pp. 477-478 y MIHALOVA, «To Dally with Dalí: Deepfake (Inter)faces in the Art Museum», *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies*, vol. 27, núm. 4, 2021, pp. 885 y 895.

derechos fundamentales y contra la estabilidad institucional de los Estados afectando a cuestiones de política internacional y doméstica. Entre otros, puede señalarse la pornografía de venganza, el acoso, el chantaje, la propaganda, la manipulación del mercado o de procesos electorales, la difamación, la alteración de la opinión pública, los fraudes, los ataques a la seguridad nacional o las noticias falsas⁹. Además de apuntar hacia los usos de estas representaciones sintéticas, resulta conveniente matizar su ámbito subjetivo. Esto es, definir quiénes son los sujetos activos que los utilizan y quiénes los pasivos sobre los que se ejerce la manipulación.

GARCÍA ULL elabora una clasificación atendiendo a la autoría de las *deepfakes*. Señala a comunidades de aficionados (con fines de comedia y sátira o pornografía), actores políticos (en relación a posibles actos de competencia partidista, hackeos o desinformación), delincuentes y estafadores (por la creación perfiles falsos o la comisión de delitos financieros) y, lo que denomina como actores legítimos (en referencia a productores audiovisuales, creadores artísticos o agencias de publicidad), como los principales intervinientes en la producción de contenido falso¹⁰.

La diversidad que se encuentra en los potenciales usuarios de *deepfakes*, no puede advertirse en quienes las padecen. Pese a los supuestos más conocidos en los que se vieron involucrados los expresidentes de Estados Unidos Barack Obama y Donald Trump o el CEO de Facebook, Mark Zuckerberg y otros más recientes que afectan al Papa Francisco o al presidente de Rusia Vladímir Putin y al presidente chino, Xi Jinping, lo cierto es que, según estudios recientes, el grupo objetivo de los primeros registros de *deepfakes* lo constituyen las mujeres, siendo el 96% de las *deepfakes* online de contenido sexual sin previo consentimiento y participando en el 99% de los casos mujeres¹¹. El impacto de su uso está vinculado al acceso a la creación de contenido falso hiperrealista. La proliferación de grandes modelos generativos con una interfaz de alto nivel, es decir, que ofrecen una experiencia de usuario sencilla y directa como Dall-E, Midjourney o Stable Diffusion y aplicaciones como FakeApp, FaceSwap, DeepFaceLab posibilita que personas sin conocimientos especializados puedan crear contenido ficticio para el propósito que consideren¹², pudiendo constituir el ejercicio de violencia hacia las mujeres uno de ellos.

Resulta complejo dimensionar el impacto que puede llevar aparejado un fenómeno en plena evolución, como es el caso de las aplicaciones que emplean IA. Su valoración con datos específicos requiere de cierta toma de distancia del objeto de estudio para su problematización e identificación de las variables de análisis. La empresa holandesa Deeptrace, dedicada a la detección y supervisión de materiales creados artificialmente, destaca el rápido desarrollo de *deepfakes* tanto en términos de sofisticación tecnológica como de impacto social. Según sus cálculos, el número total de vídeos deepfake en línea ha experimentado un aumento de casi el 100% desde diciembre de 2017 a diciembre de 2018, alcanzando la cifra de 14.678. Como se ha avanzado, el empleo de estas técnicas para generar contenido pornográfico es mayoritario. Pese

⁹ KWEILIN, «Deepfakes and domestic violence: perpetrating intimate partner abuse using video technology», *op. cit.*, p. 649; KWOK/KOH, «Deepfake: a social construction of technology perspective», *op. cit.*, pp. 1799-1800 y GARCÍA ULL, Francisco José, «Deepfakes: El próximo reto en la detección de noticias falsas», *op. cit.*, p. 106.

¹⁰ GARCÍA ULL, «Deepfakes: El próximo reto en la detección de noticias falsas», *op. cit.*, p. 109.

¹¹ KWEILIN, «Deepfakes and domestic violence: perpetrating intimate partner abuse using video technology», *op. cit.*, p. 649.

¹² GÓMEZ DE ÁGREDA/FEIJÓO GONZÁLEZ/SALAZAR GARCÍA, «Una nueva taxonomía del uso de la imagen en la conformación interesada del relato digital. Deep fakes e inteligencia artificial», *El Profesional de la información*, vol. 30, núm. 2, 2021, p. 14.

a que el primer sitio web de pornografía deepfake se registró en febrero de 2018, el número total de visionados de representaciones audiovisuales de este tipo rebasa los 134 millones¹³.

Informes de la Oficina Europea de Policía (Europol) y del Federal Bureau of Investigation (FBI) del año 2021 muestran su preocupación por el aumento del uso de contenido sintético en los próximos años a través de operaciones cibernéticas con una finalidad de manipulación sociopolítica y delictiva. Se prevé la incorporación de la IA en técnicas ya existentes para ampliar el alcance y escalar los ciberataques¹⁴. De hecho, los efectos de su empleo ya no son un futuro. En diciembre de 2022, se detuvo en la ciudad de Valladolid al primer pedófilo que generó a través de *deepfakes* «material de abuso sexual infantil de extrema dureza»¹⁵.

1.2. Violencia contra las mujeres en la era digital

La violencia hacia las mujeres se transforma y se adapta atendiendo al contexto de su ejercicio, actualmente mediado por el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Con el cambio de paradigma generado por la irrupción de la IA surgen nuevos modos de violencia contra las mujeres con idéntica finalidad controladora. Como ocurre con la manipulación de imágenes, el fenómeno de la violencia contra las mujeres no es nuevo, lo es el procedimiento a través del cual se procura su ejercicio. La generalización del uso de las TIC se presenta como un nuevo medio mediante el cual es posible violentar a las mujeres y vulnerar sus derechos fundamentales. Según datos de Naciones Unidas presentes en un informe de 2015, cuando la tecnología aún no había conseguido el grado de desarrollo actual, un 73% de mujeres ya había sufrido algún tipo de violencia online. Incluye, además, que en el caso de la Unión Europea, el 18% de las mujeres ha sufrido una forma grave de violencia en Internet desde los 15 años, lo que equivale a unos 9 millones de mujeres¹⁶. En una guía para prevenir y responder ante este tipo de violencia, Naciones Unidas puntualiza que, aunque esta modalidad de ataques puede afectar a cualquier persona, las mujeres y las niñas son más vulnerables y experimentan la vivencia de verse violentadas de un modo más traumático cuyos efectos negativos pueden afectar a su estado conductual, emocional, mental, físico y social¹⁷.

No solo las redes sociales se convierten en espacios virtuales para el ejercicio de la violencia sino que los juegos online exponen a las mujeres a situaciones y comportamientos abiertamente misóginos, violentos y atentarios contra sus derechos¹⁸. Así se recoge en la noticia publicada por el periódico *The Business Standard* donde se desvela el contenido de una página de juegos de Bangladesh en Facebook cuyo guión de los vídeos para el juego *Grand Theft Auto V* (GTA) reproduce expresiones como «¡Eh, chica inmoral, para! ¿Qué lleva puesto? ¡Te voy a dar una

¹³ AJDER/PATRINI/CAVALLI/CULLEN, *The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact*, September 2019, p. 1.

¹⁴ GOMES-GONÇALVES, «Los *deepfakes* como una nueva forma de desinformación corporativa – una revisión de la literatura», *IROCAMM*, vol. 5, núm. 2, 2022, p. 32.

¹⁵ NAVARRO, «Detenido un pedófilo que usaba inteligencia artificial para crear material de abuso sexual infantil», *El País*, Diciembre 21, 2022. <https://elpais.com/sociedad/2022-12-21/detenido-un-pederasta-que-usaba-inteligencia-artificial-para-crear-material-de-abuso-sexual-infantil.html>

¹⁶ UN BROADBAND COMMISSION FOR DIGITAL DEVELOPMENT WORKING GROUP ON BROADBAND AND GENDER, *Cyber violence against women and girls. A world-wide wake-up call*, UN Women, UNDP and ITU, 2015, pp. 15-16.

¹⁷ DIALLO, *A Guide for Women and Girls to Prevent and Respond to Cyberviolence*, UN Women, November 2021, p. 4.

¹⁸ DÍEZ GUTIÉRREZ, «Video games and gender-based violence», *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, núm. 132, 2014, p. 59.

paliza!, mientras se golpea a las mujeres virtuales en bikini con un bate de béisbol»¹⁹. De hecho, la sección española de Amnistía Internacional ya en el año 2004 denunció el fomento de la violencia explícita y gratuita de dicho videojuego²⁰.

El Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE, por sus siglas en inglés) califica la ciberviolencia como una forma de violencia de género e incluye dentro de sus modalidades el ciberhostigamiento consistente en «compartir fotografías o vídeos íntimos de la víctima a través de internet o del teléfono móvil» de forma reiterada y la ciberexplotación, venganza pornográfica o pornografía no consentida que «implica la distribución en línea de fotografías o vídeos sexualmente explícitos sin el consentimiento de la persona que aparece en las imágenes»²¹.

La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género publicó en 2014 un incipiente estudio sobre *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud* para conocer el estado de la cuestión a través de la realización de grupos de discusión y entrevistas a jóvenes de entre 18 y 29 años. Según el informe, el ciberacoso en el marco de las relaciones de pareja es una práctica asentada que «supone una dominación sobre la víctima mediante estrategias humillantes que afectan a la privacidad e intimidad, además del daño que supone a su imagen pública», centradas principalmente en el chantaje emocional, las amenazas, los insultos, el deterioro de su imagen social y la posibilidad de forzar encuentros «casuales» a partir de su localización (con el consecuente riesgo de sufrir violencia offline)²². La facilitación de contenido íntimo no surge, según la información recabada, del desconocimiento de los potenciales usos perjudiciales que pueden hacerse a través de las redes, sino de la confianza, como gesto de amor²³, lo cual revela el modo en que se traspasa la frontera de la íntima confianza, abusando de ella, para provocar un daño.

En el núcleo de las *deepfakes* se encuentra el engaño, la intencionalidad de faltar a la verdad a sabiendas de la falsedad²⁴. De este modo, podría entenderse el engaño como una fórmula de manipulación, como una manifestación más de violencia psicológica que puede afectar a derechos como el honor, la imagen, la integridad moral y que, consta, puede llevar a mujeres a quitarse la vida como ocurrió en el caso de la trabajadora de IVECO tras la difusión de vídeos íntimos en un grupo de WhatsApp de trabajo, asunto que quedó archivado al no poder identificar a la primera persona que los divulgó, ni existir pruebas de extorsión a la víctima²⁵. Para la

¹⁹ BILLAH, «Killing women for fun: How some Facebook gamers are inciting violence against women», *The Business Standard*, August 4, 2022. <https://www.tbsnews.net/features/panorama/killing-women-fun-how-some-facebook-gamers-are-inciting-violence-against-women>

²⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Con la violencia hacia las mujeres no se juega. Videojuegos, discriminación y violencia contra las mujeres*, Sección Española, 2004, pp. 23-24.

<https://www.amnistiacatalunya.org/edu/pdf/videojocs/04/vid-04-12.pdf>

²¹ INSTITUTO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO, *La ciberviolencia contra mujeres y niñas*, 2017, pp. 2-3.

²² DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Centro de Publicaciones, 2014, pp. 4, 187, 191-192.

²³ *Ibidem*, p. 187.

²⁴ HANCOCK/BAILENSON, «The social impact of deepfakes», *op. cit.*, p. 149

²⁵ DOIAGA MONDRAGON ET AL., «Image-based abuse: Debate and reflections on the «Iveco Case» in Spain on Twitter», *Journal of interpersonal violence*, vol. 37(9-10), p. 7190.

Delegación de Gobierno, el sexting²⁶, como modalidad de ciberacoso contra las mujeres «es especialmente significativa y dañina puesto que, dada la forma viral de transmisión de la información en el mundo digital, en un breve lapso de tiempo se expande vertiginosamente y la audiencia supera el finito ámbito de amigos y conocidos»²⁷. Señala BLANCO RUIZ, la prevalencia de la violencia psicológica a través de las redes sociales y cómo la digitalización de las situaciones violentas, intimidatorias o de control las convierte en actitudes más sutiles, menos evidentes, al tiempo que potencia que devengan conductas presentes las 24 horas del día debido a la omnipresencia de las pantallas²⁸.

Con todo, puede convenirse que la violencia contra las mujeres evoluciona según los avances en la digitalización de las relaciones y, en particular, atendiendo a los progresos y posibilidades que ofrecen los sistemas de IA. Por ello, resulta conveniente analizar los supuestos problemáticos que pueden derivarse de la unión entre *deepfake* y violencia de género partiendo de la hipótesis de investigación de que las *deepfakes* pueden convertirse en un facilitador de la violencia.

2. *Deepfakes* y violencia de género: tres categorías problemáticas

Poder profundizar en el binomio *deepfake*-violencia de género requiere puntualizar los principales factores que enmarcan esta nueva conexión. El primero de ellos, por su carácter estructural, lo conforma el sistema cisheteropatriarcal, que sitúa a las mujeres como cuerpos inanimados y lee su corporalidad como simple objeto de consumo²⁹. Un consumo que, como especifican WAGNER y BLEWER, se materializa visualmente permitiendo eludir cualquier posibilidad de consentimiento o agencia por parte del rostro (y los cuerpos) que aparecen en las imágenes alteradas³⁰. Un segundo elemento lo constituye el estado, denominado por WESTERLUND como *infoapocalipsis*, por el que no es posible distinguir lo que es real de lo que no lo es³¹. El desarrollo de imágenes artificiales hiperrealistas puede conducir a consolidar ese estado en el que sea altamente complejo diferenciar el producto ficticio del genuino, en el que la identidad y conducta de una mujer pueda ser manipulada con cierta facilidad e impunidad derivada de la dificultad de identificar la falsedad y de tener que combatir la incertidumbre y la confusión que estas producciones sintéticas generan. Por último, cabe mencionar los aspectos ya anotados relativos a la operatividad de las *deepfakes* relacionados con el engaño y la accesibilidad. Es importante destacar la motivación de engaño que envuelve esta técnica de creación de vídeos a partir de sistemas de IA, ya sea con una finalidad más o menos inocua, pero en el núcleo se halla la generación de contenido falso. Una posibilidad al alcance de cada vez más personas, a través

²⁶ Por sexting se debe entender como «el envío de fotos o videos de contenido erótico o carga sexual de manera consentida», una práctica que permanecería en el ámbito de las relaciones privadas sin relevancia penal, pero que se torna problemática cuando falla la presencia del consentimiento en la toma o difusión de las imágenes. LLORIA GARCÍA, «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral (especial referencia al «sexting»)», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 105, 2013, p. 28.

²⁷ DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud*, op. cit., p. 188.

²⁸ BLANCO RUIZ, «Implicaciones del uso de las redes sociales en el aumento de la violencia de género en adolescentes», *Comunicación y medios*, núm. 30, 2014, pp. 128 y 135.

²⁹ SENENT/BUESO, «The banality of (automated) evil: critical reflections on the concept of forbidden knowledge in machine learning research», *Recerca. Revista de Pensament i Anàlisi*, vol. 27, núm. 2, 2022, p. 7.

³⁰ WAGNER/BLEWER, «The Word Real Is No Longer Real»: Deepfakes, Gender, and the Challenges of AI-Altered Video», *Open Information Science*, vol. 3, núm. 1, 2019, p. 33.

³¹ WESTERLUND, «The emergence of deepfake technology: A review», *Technology Innovation Management Review*, vol. 9, núm. 11, p. 40.

de las plataformas de acceso libre, lo cual supone la socialización del engaño abriendo su ventana de producción al conjunto de la sociedad.

2.1. Desprestigio

Tal y como describen GÓMEZ DE ÁGREDA, FEIJÓO GONZÁLEZ y SALAZAR GARCÍA, la información de dudosa fiabilidad incide intensamente en la conformación crítica de la opinión pública sobre los distintos sucesos que acontecen, ya que pese a que este tipo de desinformación procedente de grupos de interés político-económicos no supera la tasa del 20% del total de contenidos que se difunden, sí alcanza unas cuotas de viralización próximas al 70% de las interacciones totales³².

El estado actual del ecosistema informativo, en cierto modo preso de las noticias *clickbait* y empañado por la proliferación de *fake news*, sumado al plus de veracidad que conlleva acompañar una información con un documento gráfico visual³³, puede ser aprovechado por hombres maltratadores para generar *deepfakes* con la finalidad no exclusiva de la pornografía de venganza sino también para controlar, intimidar, aislar, avergonzar y microgestionar a las víctimas³⁴. Este ejercicio de la violencia puede ocurrir en el seno de la pareja, pero también fuera de ella. Un ejemplo de desprestigio fue el intento de silenciamiento con la difusión de un vídeo pornográfico falso de la periodista de investigación Rana Ayyub al momento de denunciar públicamente las circunstancias políticas que rodeaban la violencia sexual a una niña de 8 años natural de Cachemira³⁵. La estrategia del silencio puede ser utilizada también como instrumento de obstaculización para la presentación de denuncias por supuestos de violencia de género. No es descabellado pensar que los hombres maltratadores puedan generar *deepfakes* para poner en duda la versión de las futuras denunciadas («Tengo la prueba de que hubo consentimiento») y forzar el desistimiento («¿Quién te va a creer si eres una buscona?»)³⁶.

La afectación al prestigio puede revisarse atendiendo a un componente de género y a un elemento que podría subsumirse en una cuestión de clase. Apuntan Cerdán Martínez y Padilla Castillo que mientras «[e]llas protagonizan falsas escenas eróticas y pornográficas; ellos, discursos y circunstancias relacionados con el humor o con la política, apareciendo normalmente vestidos. Ellas asoman en espacios privados e íntimos; ellos, en espacios públicos, ostentando el poder o un protagonismo sano. Ellas son cosificadas y sus rostros se pegan al cuerpo de una actriz despersonificada. Ellos tienen otro cuerpo, u otra voz, pero no pierden su esencia personal ni son tratados como objetos porque lo llamativo es lo que dicen o hacen. Ellas son sujetos pasivos; ellos son protagonistas activos y mueven la acción»³⁷. Estas exhibiciones devuelven a las mujeres a un estadio inicial de la representación patriarcal más basta: el descrédito relacionado con la sexualidad por la incapacidad consustancial a la naturaleza femenina de alcanzar esferas públicas más elevadas como la comedia o la política y el retorno al enclaustramiento privado de cuatro

³² GÓMEZ DE ÁGREDA/FEIJÓO GONZÁLEZ/SALAZAR GARCÍA, «Una nueva taxonomía del uso de la imagen en la conformación interesada del relato digital. Deep fakes e inteligencia artificial», *op. cit.*, pp. 6 y 14.

³³ *Ibidem*, pp. 2-3.

³⁴ KWEILIN, «Deepfakes and domestic violence: perpetrating intimate partner abuse using video technology», *op. cit.*, p. 648.

³⁵ MADDOCKS, «'A Deepfake Porn Plot Intended to Silence Me': exploring continuities between pornographic and 'political deep fakes'», *Porn Studies*, vol. 7, núm. 4, 2020, p. 415.

³⁶ PFEFFERKORN, «Deepfakes" in the Courtroom», *BU Pub. Int. LJ*, vol. 29, p. 255.

³⁷ CERDÁN MARTÍNEZ/PADILLA CASTILLO, «Historia del "fake" audiovisual: "deepfake" y la mujer en un imaginario falsificado y perverso», *Historia y comunicación social*, vol. 24, núm. 2, 2019, pp. 516-517.

paredes. Las mujeres que acceden a puestos de poder con cuotas de visibilización y representatividad son diana de técnicas sexistas que buscan ridiculizarlas o agredirlas en mayor medida que a los hombres, como ocurrió en el caso de la política estadounidense Nancy Pelosi cuyas declaraciones en actos públicos fueron manipuladas simulando un estado de embriaguez³⁸.

El factor de clase podría apreciarse en la diferente afectación de la difusión de *deepfakes* entre mujeres con popularidad y mujeres que viven una vida al margen de las cámaras, los micros y la fama. Las mujeres con renombre público cuentan con una presunción de buena reputación que las hace parcialmente inmunes a los contenidos mayoritariamente pornográficos que se destapan. Su público objetivo no asume ese tipo de información como verídica de forma que el perjuicio a su prestigio queda minimizado³⁹. Además, cuentan con los medios de comunicación y las redes sociales como altavoces para desmentir y recuperar un relato que ha pretendido ser manipulado. Sin embargo, las mujeres, en general, no poseen ninguno de estos recursos: no hay un principio de *in dubio pro mulier* que pueda ofrecerles cierto margen para deconstruir el mensaje que se quiere difundir ni tampoco disponen de la oportunidad de defenderse en el espacio público, aumentando su vulnerabilidad y teniendo dificultades para obtener reparación⁴⁰.

2.2. Suplantación de identidad

La polivalencia de las *deepfakes* en cuanto a sus fines ha alcanzado la esfera de la ciberseguridad alertando sobre posibles problemas derivados de suplantar la identidad, por ejemplo, de la dirección ejecutiva de una empresa con el objetivo de operar con cierto tipo de actividades financieras, de personas realizando conductas fraudulentas o delictivas como forma de extorsión, también en el espacio de la pornografía no consentida⁴¹.

De este modo, con la expansión de su uso, las prácticas de ciberacoso, descritas por PÉREZ MARTÍNEZ y ORTIGOSA BLANCH, podrían articularse a través de *deepfakes*. Consisten en falsificaciones fraudulentas de la identidad realizadas por hombres maltratadores tanto respecto a su propia imagen como a partir del reemplazo de la identidad de las mujeres. El primer supuesto lo constituye el engaño a las víctimas haciéndose pasar por amistades o personas conocidas para concertar un encuentro digital y llevar a cabo algún tipo de acoso online⁴². Este caso puede ser ampliado, considerando la posibilidad de que el encuentro pueda ser presencial, favoreciendo la comisión de alguna de las modalidades de violencia ya sea física o psicológica a través de coacciones o amenazas.

En cuanto a la suplantación de la identidad de las mujeres, las autoras describen la creación de perfiles o espacios falsos en los que la víctima comparte videos íntimos y realiza demandas y

³⁸ HARWELL, «Faked Pelosi videos, slowed to make her appear drunk, spread across social media», *The Washington Post*, May 24, 2019. <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/05/23/faked-pelosi-videos-slowed-make-her-appear-drunk-spread-across-social-media/>

³⁹ RAYMOND HARRIS, «Video on demand: what deepfakes do and how they harm», *Synthese*, núm. 199, 2021, p. 13386.

⁴⁰ MIOSOTIS SOTO, «Justice for Women: Deep fakes and Revenge Porn», *3rd Global Conference on Women's Studies*, Rotterdam: The Netherlands, 25-27 February 2022, p. 199.

⁴¹ GARCÍA ULL, «Deepfakes: El próximo reto en la detección de noticias falsas», *op. cit.*, p. 111.

⁴² PÉREZ MARTÍNEZ/ORTIGOSA BLANCH, «Una aproximación al ciberbullying», en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 19.

ofertas sexuales explícitas⁴³. Fruto de los nuevos desarrollos de las GAN, ya no es necesario contar con un repositorio de vídeos ni limitar la oferta y demanda a textos escritos o audios distorsionados. Con la aplicación *DeepNude* es posible «desnudar» a una mujer. A partir de un retrato y de una base de datos de 10.000 fotos de mujeres desnudas tomadas de internet, añade un cuerpo desnudo al rostro retratado⁴⁴. La creación artificial de vídeos hiperrealistas multiplica las posibilidades de perpetuación de estas conductas: una técnica tecnológica depurada permite la depuración de las técnicas de violencia generando nuevos espacios de posibilidad del maltrato.

2.3. Simulación de situaciones ficticias constitutivas de delito

Manteniendo la misma lógica de distinción del sujeto activo manipulado por *deepfakes*, es posible anticipar otros supuestos ya catalogados como constitutivos de ciberacoso que podrían ser desarrollados en contra de las mujeres. En concreto, se trata de la creación de conductas tipificadas como delito en el Código Penal que involucran a víctima y maltratador.

Podría pensarse que, ante el conocimiento de la interposición de una denuncia por parte de una mujer, un investigado podría sofisticar la conocida «contradenuncia» a partir de la creación de un vídeo en el que aparece de forma gráfica la mujer cometiendo un delito contra su persona. Esta estrategia procesal de la defensa, en ocasiones carente de soporte probatorio concluyente, que se reduce a conflictos de pareja mal resueltos con porcentajes de sentencias con conformidad elevados⁴⁵, contaría esta vez con un material con el que se podría proceder a la imputación de un delito de agresiones mutuas. Para ORTUBAY FUENTES, la táctica de las denuncias cruzadas supone una instrumentalización del sistema penal, aprovechando los vacíos o imprecisiones de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG), y un resurgimiento de la tradición patriarcal que otorga al hombre, como cabeza de familia, la potestad de imponer su voluntad al resto de miembros por todos los medios⁴⁶.

Asimismo, como precisan FRANKS y WALDMAN, más allá de los vídeos de contenido sexual, no sería difícil imaginar representaciones en las que personas de minorías raciales o del colectivo LGBTIQ+ aparecieran cometiendo delitos como mecanismo de confirmación de sesgos y bulos contruidos en torno a ellas⁴⁷. Podría ser el caso de los supuestos de agresiones sexuales por parte de migrantes a mujeres españolas o la comisión de abusos sexuales a menores por parte de hombres homosexuales. Con este mismo patrón, podrían circular vídeos sobre comportamientos penalmente reprochables a las víctimas persiguiendo reacciones adversas y represalias jurídico-sociales contra ellas⁴⁸, relativas no solo a la posible iniciación de un proceso penal sino a la búsqueda del aislamiento de la víctima de su círculo de cercano familiar, de amistades, de trabajo como tipología de maltrato⁴⁹ y método de generación de vínculos de dependencia y subordinación más fuertes hacia el hombre maltratador.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ BAÑUELOS CAPISTRÁN, «Deepfake: la imagen en tiempos de la posverdad», *Revista Panamericana de Comunicación*, núm. 1, 2020, p. 55.

⁴⁵ ORTUBAY FUENTES, «Cuando la Respuesta Penal a la Violencia Sexista se Vuelve contra las Mujeres: las Contradenuncias», *Oñati Socio-legal series*, vol. 5, núm. 2, 2015, pp. 652 y 657.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 665.

⁴⁷ FRANKS/WALDMAN, «Sex, lies, and videotape: Deep fakes and free speech delusions», *Maryland Law Review*, vol. 78, núm. 4, 2018, p. 896.

⁴⁸ PÉREZ MARTÍNEZ/ORTIGOSA BLANCH, «Una aproximación al ciberbullying», *op. cit.*, p. 19.

⁴⁹ EXPÓSITO/MOYA, «Violencia de género», *Mente y cerebro*, núm. 48, 2011, p. 25.

3. Modelos anticipatorios: la articulación de una triple respuesta preventiva

La incidencia de las *deepfakes* en el terreno de la violencia contra las mujeres, obliga a anticipar un modelo de respuesta integral para prevenir el despliegue de una nueva modalidad de violencia de género que se beneficie de los avances en sistemas de IA Generativa. La propuesta es trifásica por dos razones fundamentales. Las *deepfakes* pueden entenderse como fenómeno tecnológico, pero también cultural, legal y ético⁵⁰, de modo que una única vía de actuación resulta en un abordaje parcial e incompleto que impide conjugar todos los elementos que componen esta nueva realidad⁵¹. El segundo motivo por el cual se apuesta por un enfoque multidisciplinar reside en la ineficacia contrastada del privilegio del Derecho, en particular del derecho penal, para erradicar la violencia contra las mujeres. Mientras que la LOVG se elaboró desde una perspectiva holística apelando a la educación, la sanidad y los medios de comunicación, además de a los tribunales como agentes vehiculares de la prevención, detección y eliminación de la violencia contra las mujeres, ha sido el sistema penal el que ha sufrido una hipertrofia a partir de las modificaciones del Código Penal y de la instauración de la denuncia como la mejor y, en ocasiones, única salida a la violencia. Pese al recorrido temporal de la ley, no se ha consolidado la necesaria coordinación interinstitucional ni los recursos materiales que son elementales para transitar una situación de violencia (renta básica, alternativas habitacionales, servicios de asistencia psicológica, acompañamiento jurídico...) y alcanzar su reparación.

Ambas justificaciones fuerzan a proponer un sistema de triple respuesta desde el ámbito: 1) jurídico, con especial atención a los problemas de prueba y de tipificación penal; 2) político, reflexionando sobre la incertidumbre informativa en la etapa de la posverdad, y 3) técnico, vinculado con la capacidad de diseñar otros sistemas GAN de detección de *deepfakes*.

3.1. Respuesta jurídica

El incremento en la sofisticación de la tecnología conlleva problemas de identificación al dificultar la detección de la manipulación «a ojo desnudo», como indican GÓMEZ DE ÁGREDA, FEIJOÓ GONZÁLEZ y SALAZAR GARCÍA⁵². Los índices de verosimilitud son tan elevados que no solo son indistinguibles las recreaciones de las figuras reales, sino que las imágenes creadas con IA tienden a generar mayor confianza⁵³. Esta cuestión, aparentemente técnica, sobre la complejidad para localizar vídeos falsos se introduce de pleno en el ámbito judicial, en la fase dedicada a valorar el acervo probatorio propuesto por las partes y su autenticidad: ¿Tiene el conjunto de operadores jurídicos las herramientas necesarias para diferenciar un vídeo falso de uno verdadero? ¿Entienden qué son las *deepfakes* y la IA Generativa? Con el potencial uso generalizado de esta tecnología y las aplicaciones prácticas ya expuestas en los supuestos de violencia de género, es posible que en los juzgados se introduzca una prueba generada a partir de GAN o se pretenda la inadmisión de una propuesta alegando su manipulación⁵⁴: ¿Dispone la Administración de Justicia de los medios suficientes para su tratamiento?

⁵⁰ BAÑUELOS CAPISTRÁN, «Deepfake: la imagen en tiempos de la posverdad», *op. cit.*, p. 52.

⁵¹ Se habla de realidad porque las *deepfakes* van a estrechar, si no diluir, la línea entre realidad y ficción, entre verdad y falsedad, teniendo que impulsar nuevos instrumentos que disminuyan el grado de confusión e incertidumbre.

⁵² GÓMEZ DE ÁGREDA/FEIJOÓ GONZÁLEZ/SALAZAR GARCÍA, «Una nueva taxonomía del uso de la imagen en la conformación interesada del relato digital. Deep fakes e inteligencia artificial», *op. cit.*, p.15.

⁵³ FRANGANILLO, «Contenido generado por inteligencia artificial: oportunidades y amenazas», *op. cit.*, p. 7.

⁵⁴ PFEFFERKORN, «Deepfakes" in the Courtroom», *op. cit.*, p. 255.

Estos interrogantes ponen la atención en la especialización desde dos esferas complementarias. En primer lugar, se advierte la necesidad de un peritaje judicial avanzado, sofisticado e hiperexperto, requiriendo incluso de la propia IA, como se verá a continuación, para detectar los vídeos falsos. Es urgente poner a disposición de la judicatura personas expertas en investigación digital forense con conocimientos específicos en redes generativas adversariales que puedan ofrecer información clara para conformar el criterio de quienes ostentan la potestad jurisdiccional para aceptar o denegar una prueba o, en su caso, dotarle del valor probatorio correspondiente. En este sentido, advierte PFEFFERKORN sobre las consecuencias para el proceso de la autenticación de vídeos apuntando hacia la prolongación del litigio y el aumento de los gastos asociados a la realización de diligencias adicionales por parte de personas expertas⁵⁵.

En segundo lugar, resulta oportuno profundizar en la alfabetización digital de sus señorías. Tal y como dispone el artículo 301.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) para ingresar en la Carrera Judicial por la categoría de juez es preciso superar una oposición libre y un curso teórico. Este último viene regulado en el artículo 307 LOPJ y está estructurado en tres fases consecutivas: un primer programa de formación multidisciplinar teórico-práctico de nueve meses, unas prácticas tuteladas durante seis meses y medio y, por último, un segundo período de prácticas, esta vez desempeñando funciones de sustitución y refuerzo con una duración de cuatro meses. Interesa en este punto la capacitación que debe garantizar el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) a través de un Plan Docente de Formación Inicial impartido por la Escuela Judicial (art. 433 bis LOPJ).

En la programación formativa correspondiente a la 72ª Promoción de la Carrera Judicial para el curso 2022-2023 no se oferta un contenido específico respecto a los sistemas de IA y su incorporación al plano legal de forma teórica y práctica (pese a tratarse de una cuestión ampliamente debatida por la doctrina). En el Plan Docente de Formación Inicial se apuesta por la formación en competencias sustentada en la triple alianza «saber», «saber hacer» y «saber ser» o, en otros términos, conocimientos, habilidades y actitudes. En la esfera de las habilidades sí se encuentra, no obstante, una referencia a las TIC, al asumir por parte de la Escuela Judicial que «el desarrollo digital exige la adquisición de habilidades específicas para trabajar en ese entorno y con dichas herramientas»⁵⁶. Asimismo, en el listado de actividades transversales de carácter multidisciplinar hay una dedicada a la sociedad de la información. Presenta un módulo introductorio «a los conceptos básicos del lenguaje informático y a los aspectos más destacables de la nueva realidad digital» entre los que podrían incluirse las GAN y las *deepfakes* y, desde una vertiente procesal, se analiza «cuáles son los medios de obtención de pruebas relacionados con el uso de las nuevas tecnologías, poniendo especial énfasis en la forma en que las partes han obtenido la prueba, con especial referencia a la fiabilidad y a la licitud de la misma»⁵⁷, un requisito ya mencionado que precisa ser estudiado con atención.

En cuanto a los tipos penales que permitirían la persecución de estas prácticas, la conducta penalmente reprochable más próxima se asemeja a las detalladas en el artículo 197 del Código Penal (CP), delito de descubrimiento de secreto (apartado 1) o de sexting ajeno o difusión no

⁵⁵ *Ibidem*, p. 275.

⁵⁶ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Escuela Judicial, Plan Docente de Formación Inicial. 72.ª Promoción de la Carrera Judicial: curso 2022-2023, p. 26.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 94-95.

consentida de imágenes íntimas (apartado 7) en función de si las imágenes se han obtenido con o sin permiso. En el primer caso, se castigaría con penas de prisión de 1 a 4 años de prisión y multa de 12 a 24 meses a quien, sin permiso, se apoderase de imágenes o vídeos íntimos de una persona. La pena sería de 2 a 5 años si se procediera a su difusión (art. 197.3 CP) y se impondría en su mitad superior cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la vida sexual de la víctima (197.5 CP). En el supuesto de sexting ajeno, la obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales sí cuenta con la autorización de las personas involucradas, pero no su difusión, revelación o cesión a terceros por lo que cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de la persona, se impondrá la pena de 3 meses a 1 año o multa de 6 a 12 meses (art. 197.7 CP), fijando el cómputo en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos en el seno de una relación de pareja o análoga en los términos establecidos por la LOVG. Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS) se introduce un párrafo en el apartado 7 del artículo 197 por el cual se castiga con pena de multa de 1 a 3 meses a quienes reciban esas imágenes o vídeos y procedan a difundirlas.

La principal diferencia entre los delitos descritos y el caso de las *deepfakes* es que en este último no se trata de la obtención de imágenes íntimas⁵⁸ (con o sin consentimiento y, en el caso de existir anuencia, no es la propia víctima la que produce el contenido y lo envía ni es ella la que consiente que otra persona capte el contenido audiovisual⁵⁹) sino que se trata de su creación artificial a partir de imágenes públicas o privadas. En consecuencia, no parece que el supuesto de las *deepfakes* pueda ser subsumible en los tipos previstos en el artículo 197 CP, pero sí puede ser considerado como una subcategoría (pudiendo añadirse un nuevo apartado al artículo referente al modo de generación del contenido audiovisual) que requiere de la articulación de un marco legal para prevenir su desarrollo y, en caso de ocurrir, penalizar la conducta.

Tal y como defiende LLORIA GARCÍA, «los cambios son necesarios sobre todo en algunos ámbitos, puesto que no siempre los instrumentos tradicionales del derecho penal son válidos para resolver las cuestiones que surgen a propósito de las lesiones a bienes jurídicos nuevos o la afectación de los tradicionalmente tutelados con una mayor intensidad»⁶⁰. En este sentido mantiene la autora la necesidad de reinterpretar el bien jurídico «intimidad» a la luz de los avances que han procurado la transformación de un escenario absolutamente analógico a uno absolutamente tecnológico, de modo que han de preverse las oportunidades de lesión más grave que genera el entorno virtual, la facilidad para hacer llegar -o generar- el contenido íntimo por el uso de la tecnología⁶¹ y la potencial afectación a múltiples bienes jurídicos: «libertad (amenazas y coacciones), a la intimidad (revelación de secretos, apropiación de contraseñas), al honor (difusión de imágenes y comentarios), la integridad moral (degradación continuada y

⁵⁸ Para una precisión acerca de los requisitos de la intimidad de las imágenes consultar: LLORIA GARCÍA, «La difusión de imágenes íntimas sin consentimiento en derecho penal español», en ASOCIACIÓN ARGENTINA DE PROFESORES DE DERECHO PENAL (coord.), *Derecho Penal y Pandemia. Homenaje al Prof. Julio B. Maier*, Ediar, 2020, pp. 213 ss.

⁵⁹ VALENZUELA GARCÍA, «El rol de las TIC en el delito de "sexting" problemas de aplicabilidad del artículo 197.7 del Código Penal», en ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Tasia y OLARIU, Ozana (coord.), *Feminismo digital: violencia contra las mujeres y brecha sexista en Internet*, Dykinson, 2021, p. 450.

⁶⁰ LLORIA GARCÍA, «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral (especial referencia al «sexting»)», *op. cit.*, p. 25.

⁶¹ LLORIA GARCÍA, «La difusión de imágenes íntimas sin consentimiento en derecho penal español», *op. cit.*, p. 211.

permanente, acoso) [...] o la usurpación de personalidad (presentación del sujeto ante la red con la utilización de una identidad correspondiente a un tercero)⁶²».

3.2. Respuesta política

El desfase temporal entre los ritmos acelerados que gestionan la vida política y la dedicación tecno-jurídica pausada que supone atribuir la autoría de un montaje o constatar una manipulación⁶³, motiva la necesaria anticipación preventiva frente a la consolidación de un contexto de escepticismo generalizado y de constante duda que, más allá de los macroriesgos advertidos en un paradigma securitario⁶⁴ que «ha aceptado, deseado, necesitado y asumido el peligro como medio natural»⁶⁵, debilita la cohesión social y la democracia⁶⁶. Para ejemplificar esta afectación sociopolítica de los desórdenes informativos se utilizan, como casos paradigmáticos, las elecciones presidenciales en Estados Unidos y el referéndum del Brexit en Reino Unido en 2016, también como muestra de las prácticas de engaño imperantes en la era de la posverdad⁶⁷.

El fenómeno de la posverdad, cuya conceptualización resulta controvertida al aproximarse al concepto mismo de verdad y mentira⁶⁸, no es reciente. Como estrategia destinada a «establecer una idea como verdadera a partir de una manipulación de información, hechos, actos, emociones, actores y escenarios mediáticos»⁶⁹, ha estado presente en la historia de la humanidad desde los años sesenta. Sin embargo, puede hallarse la novedad en el escenario que potencia el despliegue de estas técnicas de engaño. En una época en la que se producen y difunden ingentes cantidades de datos y se enarbolan como si fueran emanaciones de la verdad⁷⁰, una época en la que se ha hecho de la cultura de compartir (fotos, estados, vídeos, ubicaciones...) un imperativo categórico⁷¹, una época en la que el empleo de sistemas de IA potencia la diseminación de contenidos generados artificialmente desconociendo su autoría⁷². En este entorno es en el que se

⁶² LLORIA GARCÍA, «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral (especial referencia al «sexting»)», *op. cit.*, pp. 25 y 27.

⁶³ GÓMEZ DE ÁGRED A/FEIJÓO GONZÁLEZ/SALAZAR GARCÍA, «Una nueva taxonomía del uso de la imagen en la conformación interesada del relato digital. Deep fakes e inteligencia artificial», *op. cit.*, p. 10.

⁶⁴ Tales como la utilización de *deepfakes* como ataques de otros países, de grupos terroristas, de partidos en la oposición, de grandes corporaciones financieras a un Estado motivados por estrategias geopolíticas, de desestabilización, por intereses económicos, por competencia electoral, por presión lobista que influyen en la soberanía nacional.

⁶⁵ QUINTERO OLIVARES, «Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo», en ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTIN (coord.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de Siglo*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 241.

⁶⁶ GONZÁLEZ ARENCIBIA/HERNÁNDEZ VELÁZQUEZ, «Una mirada crítica al pensamiento de la postverdad», *Serie Científica de la Universidad de las Ciencias Informáticas*, vol. 14, núm. 7, 2021, pp. 18-19.

⁶⁷ RUBIO NÚÑEZ, «Los efectos de la posverdad en la democracia», *Revista de Derecho Político*, núm. 103, 2018, p. 193.

⁶⁸ CARRERA, «Estrategias de la posverdad», *Revista Latina de Comunicación Social*, núm. 73, 2018, pp. 1469 ss.

⁶⁹ BAÑUELOS CAPISTRÁN, «Deepfake: la imagen en tiempos de la posverdad», *op. cit.*, p. 53.

⁷⁰ RODRÍGUEZ FERRÁNDIZ, «Posverdad y fake news en comunicación política: breve genealogía», *Profesional de la información*, vol. 28, núm. 3, 2019, p. 9.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² GONZÁLEZ ARENCIBIA/HERNÁNDEZ VELÁZQUEZ, «Una mirada crítica al pensamiento de la postverdad», *op. cit.*, p. 22.

insertan las *deepfakes* erosionando la capacidad del público para discernir la verdad de la falsedad⁷³.

Los postulados de la posverdad se encargan de ensombrecer la correspondencia entre enunciados y hechos y apelan a la emocionalidad y a las creencias personales para la conformación de la opinión pública, alejando de ella los hechos objetivos⁷⁴. Aunque pueda estar desdibujándose la popular falacia «si no lo veo, no lo creo» por el uso generalizado de *deepfakes* no es menos cierto que esta técnica de creación de vídeos ha aprovechado tanto la necesidad de corroboración gráfica como la interpelación a las emociones para potenciar su impacto. Tal y como expone DEL FRESNO GARCÍA, se «necesita de un mecanismo de legitimación en el que se persigue naturalizar una epistemología basada en las emociones políticas, dado que las emociones y sentimientos son reales los hechos que los provocan, los desórdenes informativos, tienen que ser reales»⁷⁵.

La sobreexposición a una enorme cantidad de información de la que es complicado distinguir la veracidad de la falsedad y de la manipulación intencionada, moldea la percepción del mundo y la comprensión de la realidad⁷⁶. No solo tiene un efecto sobre la inteligibilidad del entorno, sino que la falta de confianza en las noticias que se reciben (y, por tanto, en los medios de comunicación que dotan de contenido al derecho constitucional a la información) puede afianzar el recurso a los sesgos de confirmación⁷⁷, así como el descarte de imágenes genuinas como falsas por el simple hecho de considerar que aquello que no se quiere creer debe ser falso⁷⁸.

La repercusión de las *deepfakes* en la cosmovisión y construcción de una realidad social compartida, sitúa en el centro de la agenda política la necesidad de dotar a la ciudadanía de las herramientas para ser capaz de detectar la mentira y la falsedad (si es que es humanamente posible). Requiere también de los poderes públicos la promulgación de una cultura fuerte del manejo de la información y una sana sospecha crítica sobre las fuentes de información que generen una alerta sobre el origen de los datos y la necesidad de contrastarlos, en especial, cuando la difusión de información ficticia vulnera derechos fundamentales como en el caso estudiado de la violencia contra las mujeres.

En la LOGILS, impulsada por el Ministerio de Igualdad, el artículo 7 dedicado a la prevención y sensibilización en el ámbito educativo, establece en su apartado segundo que en todas las etapas educativas no universitarias se «incluirán contenidos formativos sobre el uso adecuado y crítico de internet y las nuevas tecnologías, destinados a la sensibilización y prevención de las violencias sexuales, la protección de la privacidad y los delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación promoviendo una educación en la ciudadanía digital mediante la consecución de competencias digitales adaptadas a nivel correspondiente del tramo de edad». El apartado tercero extiende esta formación en títulos universitarios oficiales cuando resulte coherente conforme a las competencias inherentes a los mismos.

⁷³ FRANKS/WALDMAN, «Sex, lies, and videotape: Deep fakes and free speech delusions», *op. cit.*, p. 893.

⁷⁴ Esta definición se contiene en el Diccionario Oxford el cual declaró «posverdad» como palabra del año en 2016. Conceptualización disponible en: <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/>

⁷⁵ DEL FRESNO GARCÍA, «Desórdenes informativos: sobreexpuestos e infrainformados en la era de la posverdad», *El profesional de la información (EPI)*, vol. 28, núm. 3, 2019, p. 3.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 8.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 7.

⁷⁸ GARCÍA ULL, «Deepfakes: El próximo reto en la detección de noticias falsas», *op. cit.*, p. 111.

Esta previsión normativa ya supone un avance puesto que el impacto de *deepfakes* podría quedar perfectamente contemplado para ponerlo en conocimiento de las generaciones más jóvenes, nativas digitales y potenciales usuarias finales de estas aplicaciones. También, desde una perspectiva de género, ya que cabe la concienciación sobre la utilización in consentida de imágenes de mujeres para crear contenido sexual, lo cual coligue con el apartado primero de dicho precepto en el que se fija la inclusión en el sistema educativo español de «contenidos basados en la pedagogía feminista sobre educación sexual e igualdad de género y educación afectivo-sexual para el alumnado, apropiados en función de la edad». Como en toda materia que requiere de una transformación sustancial, la base educativa deviene el estrato básico sobre el que iniciar los cambios colectivos, para lo cual los medios de comunicación cumplen una función esencial como promotores y altavoces de campañas de concienciación y sensibilización dirigidas a la sociedad.

Conviene precisar que la comunicación y la información son las bases para una sociedad democrática. Siguiendo las reivindicaciones de RUBIO NÚÑEZ se concluye que: 1) «[l]a sociedad es esencialmente comunicación, hasta el punto de que sin comunicación no hay sociedad», ya que sobre ella se construyen todo tipo de relaciones (laborales, económicas, industriales, culturales, religiosas, de ocio, personales que configuran la sociedad)⁷⁹; 2) «[u]n acuerdo sobre la existencia de la verdad y la posibilidad de alcanzarla vuelve a ser el fundamento indispensable de una verdadera democracia», por lo que es imprescindible reducir el impacto de las estrategias de desinformación redefinidas por los progresos en IA que han propiciado un clima de descrédito generalizado, de pérdida de referencias informativas válidas y de sentimentalización de las decisiones políticas⁸⁰.

3.3. Respuesta técnica

Los problemas para detectar la manipulación de la información audiovisual que se está reproduciendo devuelven la responsabilidad de su identificación al espacio de las GAN. La alarma sobre la proliferación de *deepfakes* ha promovido iniciativas de *deep-checking*. Una de ellas consiste en incrustar una huella digital permanente que advierta de que el material ha sido alterado con IA⁸¹. También es posible encontrar inconsistencias entre los movimientos de los labios y el discurso de audio o en las variaciones de las imágenes⁸², incluso en el parpadeo de los ojos. Asimismo, el análisis forense de imágenes puede utilizarse para rastrear la historia de un documento audiovisual acudiendo a extremos como el formato de almacenamiento, el proceso de adquisición o cualquier otro de postprocesado que pueda haber dejado un rastro único de los datos⁸³. Aunque los resultados son todavía limitados y no generalizables, el proceso de

⁷⁹ RUBIO NÚÑEZ, «Los efectos de la posverdad en la democracia», *op. cit.*, p. 195.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 227.

⁸¹ FRANGANILLO, «Contenido generado por inteligencia artificial: oportunidades y amenazas», *op. cit.*, p. 11 y GÓMEZ DE ÁGREDAFEIJÓO GONZÁLEZ/SALAZAR GARCÍA, «Una nueva taxonomía del uso de la imagen en la conformación interesada del relato digital. Deep fakes e inteligencia artificial», *op. cit.*, p. 4.

⁸² KORSHUNOV/SÉBASTIEN, «Deepfakes: a new threat to face recognition? Assessment and detection», *op. cit.*, p. 4.

⁸³ ALBAHAR/ALMALKIPP, «Deepfakes: threats and countermeasures systematic review», *Journal of Theoretical and Applied Information Technology*, vol. 97, núm. 22, 2019, pp. 3247-3248.

individualización podría realizarse utilizando las mismas redes generativas adversariales que se emplean para la generación de *deepfakes*⁸⁴.

La detección técnica de *deepfakes* parece ser una de las acciones más prometedoras a corto y medio plazo, también porque su implementación y consecución son más inmediatas que una alteración del orden jurídico o político, si se comparan con los tiempos parlamentarios, las negociaciones de grupos políticos o la efectiva concienciación e (in)formación de la población.

En todo caso, estos avances en ingeniería computacional podrían contribuir muy positivamente a superar los obstáculos anticipados en los dos ámbitos anteriores, forzando la idea inicial de interdependencia entre las tres esferas de actuación y enfatizando la multidisciplinariedad como perspectiva esencial para el abordaje de problemáticas poliédricas. Podrían ser puestos al servicio de la Administración de Justicia ante las dificultades probatorias ya reseñadas, así como a disposición de quienes se encargan del diseño e implementación de políticas públicas, ya que podrían hacer uso de ellos los medios de comunicación de titularidad pública como filtro para la difusión de información veraz, pero también impulsar leyes y códigos de buenas prácticas tanto para medios de comunicación convencionales como para redes sociales y plataformas de entretenimiento que obligaran a su correcta distinción.

4. Conclusiones: ¿ver para creer?

La Inteligencia Artificial Generativa, en su modalidad de *deepfakes* en particular, supone una alteración del sistema informativo, ya que obliga a retirar el cargo de certificación de la realidad que históricamente han ostentado los documentos audiovisuales⁸⁵. Con la creación ficticia de contenido, ¿será funcional *ver para creer*?

A raíz de identificar los potenciales usos negativos que se pueden idear ante la aparición de nuevos dispositivos tecnológicos, es imprescindible adoptar enfoques prospectivos desde la multidisciplinariedad que permitan anticipar los riesgos que pueden afectar a los derechos de la ciudadanía, especialmente de aquellos colectivos menos dignificados, y que pueden tensionar los valores fundamentales de las democracias europeas.

Para FRANKS y WALDMAN, «[n]o hacer nada contra toda expresión dañina en la era digital dista mucho de ser una no intervención liberal; más bien, es una opción normativa que perpetúa el poder de las mayorías atrincheradas contra las minorías vulnerables»⁸⁶. En el caso de la violencia contra las mujeres, es posible constatar cómo la tecnología *deepfake* permite extender, y retroalimentar, la violencia desde un nodo offline a otro online. La violencia muda y encuentra otros medios de ejercicio de control por lo que, advertida su metamorfosis, corresponde a los poderes públicos adoptar las medidas político-jurídicas adecuadas que prevengan su materialización. Sin necesidad se activar un estado de alarma, pero asumiendo el impacto por la introducción de *deepfakes* en el proceso judicial, tanto desde un punto de vista sustancial como

⁸⁴ REMYA REVI/VIDYA/WILSCY, «Detection of Deepfake Images Created Using Generative Adversarial Networks: A Review», en PALESÍ/TRAJKOVIC/JAYAKUMARI/JOSE (ed.), *Second International Conference on Networks and Advances in Computational Technologies*, Springer, 2021, p. 33.

⁸⁵ BAÑUELOS CAPISTRÁN, «Deepfake: la imagen en tiempos de la posverdad», *op. cit.*, p. 54.

⁸⁶ Traducción propia. Texto disponible en: FRANKS/WALDMAN, «Sex, lies, and videotape: Deep fakes and free speech delusions», *op. cit.*, p. 893.

procedimental (con especial atención en la práctica de la prueba) cabe repensar la actuación del conjunto de los operadores jurídicos (abogacía, judicatura, fiscalía y peritos) que se enfrentan a la tarea de demostrar la autenticidad o falsedad de un vídeo⁸⁷.

En palabras de DEL FRESNO GARCÍA, «[l]a verdad fáctica es una empresa colectiva y su vigencia y extensión demuestran el éxito de esa empresa en nuestra historia como especie»⁸⁸. El estado de duda permanente, que no se asemeja a la sana crítica, sino que deriva en desconfianza hacia los recursos informativos y que agrava sesgos de confirmación se constituye como un escenario amenazador para los sistemas democráticos que beben de la cohesión y los pactos sociales. En consecuencia, es preciso encontrar mecanismos (jurídicos, políticos y tecnológicos) que despejen la incertidumbre y retornen percepciones sólidas y racionales a la ciudadanía.

La complejidad que entrañan los avances tecnológicos reclama una acción conjunta desde diferentes áreas de conocimiento y por parte de distintos actores públicos. Por ello, la triada propuesta pretende conformar una visión integral problematizando un supuesto de hecho concreto a partir de la identificación de tres usos controvertidos de *deepfakes* contra las mujeres -desprestigio, suplantación de identidad y simulación de delitos- y formulando alternativas de solución desde la vigencia de los derechos humanos reconocidos a las mujeres. La erradicación de la violencia contra las mujeres pasa, necesariamente, por la identificación de nuevos riesgos, el análisis de sus efectos y la articulación de alternativas que prevengan y garanticen su bienestar.

5. Bibliografía

AJDER, Henry, PATRINI, Giorgio, CAVALLI, Francesco y CULLEN, Laurence, *The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact*, September 2019.

ALBAHAR, Marwan y ALMALKIPP, Jameel, «Deepfakes: threats and countermeasures systematic review», *Journal of Theoretical and Applied Information Technology*, vol. 97, núm. 22, 2019, pp. 3242-3250.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Con la violencia hacia las mujeres no se juega. Videojuegos, discriminación y violencia contra las mujeres*, Sección Española, 2004.
<https://www.amnistiacatalunya.org/edu/pdf/videojocs/04/vid-04-12.pdf>

BARONA VILAR, Silvia, «Inteligencia Artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: ¿solución o problema?», *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 28, 2019, pp. 18 ss.

BAÑUELOS CAPISTRÁN, Jacob, «Deepfake: la imagen en tiempos de la posverdad», *Revista Panamericana de Comunicación*, núm. 1, 2020, pp. 51 ss.

BILLAH, Masum, «Killing women for fun: How some Facebook gamers are inciting violence against women», *The Business Standard*, August 4, 2022.

⁸⁷ PFEFFERKORN, «Deepfakes" in the Courtroom», *op. cit.*, pp. 254, 258 y 267.

⁸⁸ DEL FRESNO GARCÍA, «Desórdenes informativos: sobreexpuestos e infrainformados en la era de la posverdad», *op. cit.*, p. 9.

<https://www.tbsnews.net/features/panorama/killing-women-fun-how-some-facebook-gamers-are-inciting-violence-against-women>

BLANCO RUIZ, María Ángeles, «Implicaciones del uso de las redes sociales en el aumento de la violencia de género en adolescentes», *Comunicación y medios*, núm. 30, 2014, pp. 124 ss.

CARRERA, Pilar, «Estratagemas de la posverdad», *Revista Latina de Comunicación Social*, núm. 73, 2018, pp. 1469 ss.

CERDÁN MARTÍNEZ, Víctor y PADILLA CASTILLO, Graciela, «Historia del "fake" audiovisual: "deepfake" y la mujer en un imaginario falsificado y perverso», *Historia y comunicación social*, vol. 24, núm. 2, 2019, pp. 505 ss.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Escuela Judicial, *Plan Docente de Formación Inicial. 72.ª Promoción de la Carrera Judicial: curso 2022-2023*, pp. 1 ss. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Escuela-Judicial/Formacion-Inicial/La-fase-presencial/Plandocente-de-formacion-inicial-72--Promocion-Carrera-Judicial--curso-2022-2023>

DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Centro de Publicaciones, 2014, pp. 1 ss.

DEL FRESNO GARCÍA, Miguel, «Desórdenes informativos: sobreexpuestos e infrainformados en la era de la posverdad», *El profesional de la información (EPI)*, vol. 28, núm. 3, 2019, pp. 1 ss.

DIALLO, Amira, *A Guide for Women and Girls to Prevent and Respond to Cyberviolence*, UN Women, November 2021.

DÍEZ GUTIÉRREZ, Enrique Javier, «Video games and gender-based violence», *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, núm. 132, 2014, pp. 58 ss.

DOIAGA MONDRAGON, Nahia, DOSIL SANTAMARIA, Maria, BELASKO TXERTUDI, Maitane, & ALONSO SAEZ, Israel, «Image-based abuse: Debate and reflections on the «Iveco Case» in Spain on Twitter», *Journal of interpersonal violence*, vol. 37(9-10), pp. 7178 ss.

EXPÓSITO, Francisca y MOYA, Miguel, «Violencia de género», *Mente y cerebro*, núm. 48, 2011, pp. 20 ss.

FRANGANILLO, Jorge, «Contenido generado por inteligencia artificial: oportunidades y amenazas», *Anuario ThinkEPI* 16, 2022, pp. 1 ss.

FRANKS, Mary Anne y WALDMAN, Ari Ezra, «Sex, lies, and videotape: Deep fakes and free speech delusions», *Maryland Law Review*, vol. 78, núm. 4, 2018, pp. 892 ss.

GARCÍA ULL, Francisco José, «Deepfakes: El próximo reto en la detección de noticias falsas», *Anàlisi: Quaderns de Comunicació i Cultura*, núm. 24, 2021, pp. 103 ss.

GÓMEZ DE ÁGRED A, Ángel, FEIJÓO GONZÁLEZ, Claudio Antonio y SALAZAR GARCÍA, Idoia Ana, «Una nueva taxonomía del uso de la imagen en la conformación interesada del relato digital. Deep fakes e inteligencia artificial», *El Profesional de la información*, vol. 30, núm. 2, 2021, pp. 1 ss.

GOMES-GONÇALVES, Sónia, «Los deepfakes como una nueva forma de desinformación corporativa – una revisión de la literatura», *IROCAMM*, vol. 5, núm. 2, 2022, pp. 22-38.

GONZÁLEZ ARENCIBIA, Mario y HERNÁNDEZ VELÁZQUEZ, Miguel Ramón, «Una mirada crítica al pensamiento de la postverdad», *Serie Científica de la Universidad de las Ciencias Informáticas*, vol. 14, núm. 7, 2021, pp. 17 ss.

GOODFELLOW, Ian, et al., «Generative adversarial networks», *Communications of the ACM*, vol. 63, núm. 11, 2020, pp. 139 ss.

HANCOCK, Jeffrey T. y BAIENSON Jeremy N., «The social impact of deepfakes», *Cyberpsychology, behavior, and social networking*, vol. 24, núm. 3, 2021, pp. 149 ss.

HARWELL, Drew, «Faked Pelosi videos, slowed to make her appear drunk, spread across social media», *The Washington Post*, May 24, 2019.

<https://www.washingtonpost.com/technology/2019/05/23/faked-pelosi-videos-slowed-make-her-appear-drunk-spread-across-social-media/>

INSTITUTO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO, *La ciberviolencia contra mujeres y niñas*, 2017, pp. 1 ss.

KIETZMANN, Jan, MILLS, Adam J. y PLANGGER Kirk, «Deepfakes: perspectives on the future «reality» of advertising and branding», *International Journal of Advertising*, vol. 40, núm. 3, 2021, pp. 473 ss.

KORSHUNOV, Pavel y SÉBASTIEN Marcel, «Deepfakes: a new threat to face recognition? Assessment and detection», 2018, pp. 1 ss. arXiv preprint arXiv:1812.08685

KWOK, Andrei y KOH, Sharon, «Deepfake: a social construction of technology perspective», *Current Issues in Tourism*, vol. 24., núm. 3, 2021, pp. 1798 ss.

KWEILIN, Lucas, «Deepfakes and domestic violence: perpetrating intimate partner abuse using video technology», *Victims & Offenders*, vol. 17, núm. 5, 2022, pp. 647 ss.

LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral (especial referencia al «sexting»)», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 105, 2013, pp. 24 ss.

- «La difusión de imágenes íntimas sin consentimiento en derecho penal español», en ASOCIACIÓN ARGENTINA DE PROFESORES DE DERECHO PENAL (coord.), *Derecho Penal y Pandemia. Homenaje al Prof. Julio B. Maier*, Ediar, 2020, pp. 209 ss.

MADDOCKS, Sophie, «'A Deepfake Porn Plot Intended to Silence Me': exploring continuities between pornographic and 'political deep fakes'», *Porn Studies*, vol. 7, núm. 4, 2020, pp. 415 ss.

MIHAILOVA, Mihaela, «To Dally with Dal'í: Deepfake (Inter)faces in the Art Museum», *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies*, vol. 27, núm. 4, 2021, pp. 882 ss.

MIOSOTIS SOTO, Santana, «Justice for Women: Deep fakes and Revenge Porn», *3rd Global Conference on Women's Studies*, Rotterdam: The Netherlands, 25-27 February 2022, pp. 113 ss. Disponible en: <https://www.dpublication.com/wp-content/uploads/2022/02/27-10177.pdf>

NAVARRO, Juan, «Detenido un pedófilo que usaba inteligencia artificial para crear material de abuso sexual infantil», *El País*, Diciembre 21, 2022. <https://elpais.com/sociedad/2022-12-21/detenido-un-pederasta-que-usaba-inteligencia-artificial-para-crear-material-de-abuso-sexual-infantil.html>

NEIVA FENOLL, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

ORTUBAY FUENTES, Miren, «Cuando la Respuesta Penal a la Violencia Sexista se Vuelve contra las Mujeres: las Contradenuncias», *Oñati Socio-legal series*, vol. 5, núm. 2, 2015, pp. 645 ss.

PÉREZ MARTÍNEZ, Ana y ORTIGOSA BLANCH, Reyes, «Una aproximación al ciberbullying», en GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 13 ss.

PFEFFERKORN, Riana, «Deepfakes" in the Courtroom», *BU Pub. Int. LJ*, vol. 29, pp. 245 ss.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo», en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN Ulfrid y NIETO MARTIN, Adan (coord.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de Siglo*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 241 ss.

RAYMOND HARRIS, Keith, «Video on demand: what deepfakes do and how they harm», *Synthese*, núm. 199, 2021, pp. 13373 ss.

REMYA REVI, K., Vidya, K. R. y Wilschy, M., «Detection of Deepfake Images Created Using Generative Adversarial Networks: A Review», en PALESI, Maurizio, TRAJKOVIC, Ljiljana, JAYAKUMARI, J. y JOSE, John (ed.), *Second International Conference on Networks and Advances in Computational Technologies*, Springer, 2021, pp. 25 ss.

RODRÍGUEZ FERRÁNDIZ, Raúl, «Posverdad y fake news en comunicación política: breve genealogía», *Profesional de la información*, vol. 28, núm. 3, 2019, pp. 1 ss.

RUBIO NÚÑEZ, Rafael, «Los efectos de la posverdad en la democracia», *Revista de Derecho Político*, núm. 103, 2018, pp. 191 ss.

SENET, Rosa y BUESO, Diego, «The banality of (automated) evil: critical reflections on the concept of forbidden knowledge in machine learning research», *Recerca. Revista de Pensament i Anàlisi*, vol. 27, núm, 2, 2022, pp. 1-26.

SURDEN, Harry, «Artificial intelligence and law: An overview», *Georgia State University Law Review*, núm. 35, 2019, pp. 1305 ss.

TOLOSANA, Ruben, et al., «Deepfakes and beyond: A survey of face manipulation and fake detection», *Information Fusion*, núm. 64, 2020, pp. 131 ss.

UN BROADBAND COMMISSION FOR DIGITAL DEVELOPMENT WORKING GROUP ON BROADBAND AND GENDER, *Cyber violence against women and girls. A world-wide wake-up call*, UN Women, UNDP and ITU, 2015.

VALENZUELA GARCÍA, Noelia, «El rol de las TIC en el delito de "sexting" problemas de aplicabilidad del artículo 197.7 del Código Penal», en Aránguez Sánchez, Tasia y Olariu, Ozana (coord.), *Feminismo digital: violencia contra las mujeres y brecha sexista en Internet*, Dykinson, 2021, pp. 440 ss.

WAGNER, Travis L. y BLEWER Ashley, «The Word Real Is No Longer Real»: Deepfakes, Gender, and the Challenges of AI-Altered Video», *Open Information Science*, vol. 3, núm, 1, 2019, pp. 32 ss.

WESTERLUND, Mika, «The emergence of deepfake technology: A review», *Technology Innovation Management Review*, vol. 9, núm. 11, pp. 39 ss.

El art. 400 LEC: una norma tan bienintencionada como peligrosa

Sumario

-

El art. 400 LEC prevé sólo una norma de preclusión de alegaciones de hechos o títulos jurídicos, pero no de petitums. Tras un debate jurídico sobre el alcance de esta norma, alguna reciente sentencia del Tribunal Supremo español (STS 772/2022, de 10 de noviembre) extiende analógicamente la aplicación del art. 400 LEC a las peticiones diferentes, lo que supone una clara denegación del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante al impedirle obtener un pronunciamiento sobre el fondo respecto de una petición que nunca será judicialmente juzgada, causándole una evidente indefensión. En consecuencia, esperamos que el Tribunal Supremo reconsidere esta nueva doctrina y vuelva a los límites que sobre el alcance del art. 400 LEC había establecido con anterioridad a la STS 772/2022, de 10 de noviembre.

Abstract

-

Art. 400 of the Spanish Civil Procedure Act (LEC) provides only for a rule of preclusion of allegations of facts or legal grounds, but not of claims (petitums). After a legal debate on the scope of this rule, a recent judgment of the Spanish Supreme Court (STS 772/2022, of 10th November) has extended analogy the application of art. 400 LEC to claims (petitums), which is a clear denial of the plaintiff's right to effective judicial protection by preventing him from obtaining a ruling on the merits of a petition that will never be judicially adjudicated, causing him obvious defencelessness. Consequently, we hope that the Spanish Supreme Court will reconsider this new doctrine and return to the limits on the scope of art. 400 LEC that it had established prior to STS 772/2022, of 10th November.

Title: *Art. 400 LEC: a rule that is as well-intentioned as it is dangerous*

-

Palabras clave: art. 400 LEC, preclusión procesal, cosa juzgada, petitum
Keywords: art. 400 LEC, procedural preclusion, res judicata, petitum

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.12

2.2023

Recepción
27/01/2023

-

Aceptación
07/02/2023

-

Índice

-

1. Introducción

2. Interpretación jurisprudencial del art. 400 LEC antes de la STS 772/2022, de 10 de noviembre

2.1. Elementos básicos de aplicación del art. 400 LEC

2.2. Casuística jurisprudencial del art. 400 LEC

3. La errónea doctrina de la STS 772/2022, de 10 de noviembre (ponente Pedro José Vela Torres)

3.1. El caso

3.2. Crítica al alejamiento de esta sentencia respecto de la doctrina precedente –y correcta– del TS

4. Reflexión final

5. Tabla de contenidos jurisprudenciales

6. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

Desde la promulgación de la LEC ya se destacó que el art. 400 LEC sería uno de los que plantearía mayores problemas interpretativos¹. Y así está siendo si tenemos en cuenta el considerable número de sentencias que ha originado en nuestro Tribunal Supremo (sistematizadas en la tabla de contenidos jurisprudenciales –epígrafe 5–). En esta jurisprudencia encontramos una línea interpretativa correcta, algunas resoluciones discutibles, pero en la última de ellas (STS 772/2022, Civil, de 10 de noviembre, ECLI:ES:TS:2022:4103) una doctrina desacertada y muy peligrosa en su posible aplicación práctica por los tribunales de instancia.

Como es sabido, el art. 400 LEC nació con la buena intención de que la tutela judicial sobre una determinada petición se agotase en un solo proceso, pues de este modo se ganaba en economía procesal y seguridad jurídica. Así en el párrafo VIII de la Exposición de Motivos de la LEC se afirma:

«Se parte aquí de dos criterios inspiradores: por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo. Con estos criterios, que han de armonizarse con la plenitud de las garantías procesales, la presente Ley, entre otras disposiciones, establece una regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos, ya conocida en nuestro Derecho y en otros ordenamientos jurídicos».

De acuerdo con esta voluntad legislativa el art. 400 LEC establece:

«Artículo 400. Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos.

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. [...]

*El presente trabajo se enmarca dentro Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado «Retos del Derecho Procesal» (2021SGR00991) de la AGAUR; y del Proyecto I+D «Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio» (PID2020-115304GB-C21) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación; ambos liderados por Joan PICÓ I JUNOY. El autor quiere agradecer públicamente las observaciones efectuadas por el profesor Manuel CACHÓN CADENAS que, sin duda, han enriquecido el resultado final del estudio.

¹ A modo de ejemplo, con referencia al art. 400 LEC, NIEVA FENOLL destaca que «a pesar de que tiene esa noble intención ya expuesta, crea más problemas que beneficios [...], y hasta ahí la intención del legislador es correcta. Pero al hacer referencia a los argumentos (hechos y fundamentos) alegados en sustento de la pretensión, es decir, a la “entrañable” *causa petendi*, lo que está ocurriendo en la práctica es que muchos Jueces están interpretando esa norma de manera contraria a cuando imaginó el legislador» (*La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 166-167); CORREA DELCASSO indica «que las buenas intenciones del legislador caen, nuevamente, en saco roto, cuando los tribunales interpretan lo que entienden quiso decir éste último [el art. 400 LEC]» («Alcance de la disposición contenida en el art. 400.2 LEC», *Justicia: Revista de derecho procesal*, 2007, vol. 3-4, p. 86); y DAMIÁN MORENO insiste en la idea de que el nuevo art. 400 LEC, al intentar delimitar el alcance de la cosa juzgada, «introdujo, seguramente sin quererlo, un elemento enormemente perturbador desde el punto de vista de la inteligencia de esta disposición» («El deber de fundar la demanda en los diferentes hechos o en los distintos fundamentos o títulos jurídicos que resulten conocidos o que puedan invocarse al tiempo de interponerla: el artículo 400 LEC», en GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR/CALDERÓN CUADRADO, *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca: liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 499).

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste».

La propia redacción del precepto recoge conceptos doctrinalmente complejos, y especialmente los de «lo que se pida» y «distintos fundamentos o títulos jurídicos», que merecen de una correcta jurisprudencia interpretativa. En este punto, resultan fundamentales las SSTs, Civil, 772/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4103); 757/2022, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4095); 649/2022, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3504); 331/2022, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1715); 423/2021, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2500); 313/2020, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1990); 5/2020, de 8 de enero (ECLI:ES:TS:2020:11); 628/2018, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3734); 417/2018, de 3 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2564); 664/2017, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4442); 515/2016, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3634); 214/2015, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1533); 671/2014, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4840); 768/2013, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5820); 629/2013, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5188); 189/2011, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2227); 164/2011, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1240); 771/2006, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2006:6358); y las SSTC 106/2013, de 6 de mayo (BOE núm. 133 de 04 de junio de 2013); 10/2012, de 30 de enero (BOE núm. 47 de 24 de febrero de 2012); 71/2010, de 18 de octubre (BOE núm. 279 de 18 de noviembre de 2010); y 5/2009, de 12 de enero (BOE núm. 38 de 13 de febrero de 2009).

2. Interpretación jurisprudencial del art. 400 LEC antes de la STS 772/2022, de 10 de noviembre

2.1. Elementos básicos de aplicación del art. 400 LEC

Con carácter general, de la literalidad del art. 400 LEC, la jurisprudencia ha identificado correctamente sus cuatro elementos básicos para que entre en escena que, de acuerdo a las SSTs, Civil, 772/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4103); 649/2022, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3504); 331/2022, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1715); 313/2020, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1990); 664/2017, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4442); 671/2014, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4840); y 189/2011, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2227), son los siguientes:

Primero: debe haber dos demandas;

Segundo: debe haber diferentes causas de pedir alegadas en las dos demandas, bien en sus elementos fácticos –«diferentes hechos»–, como normativos –«distintos fundamentos o títulos jurídicos»–;

Tercero: la causa de pedir (en cualquiera de los aspectos de su doble vertiente –fáctica o normativa–) de la segunda demanda debe haberse podido alegar en la primera demanda («resulten conocidos o puedan invocarse»); y

Cuarto: debe haberse pedido lo mismo en las dos demandas.

De concurrir todos estos elementos la aplicación del art. 400 LEC deviene incluso de oficio, como destaca la STS 417/2018, Civil, de 3 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2564); y la SAP Madrid, sec. 14ª, 257/2017, de 19 de julio (ECLI:ES:APM:2017:11933).

2.2.Casuística jurisprudencial del art. 400 LEC

Partiendo de estos cuatro elementos configuradores del art. 400 LEC, en la jurisprudencia encontramos una rica casuística de supuestos que paso a plantear seguidamente.

Primer supuesto: *una petición con diversos hechos*: ¿La preclusión del 400 LEC obliga a alegarlos todos en el primer proceso? Obviamente sí, pues esta situación entra de lleno en el ámbito normativo del art. 400 LEC, como indican las SSTs, Civil, 628/2018, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3734); 417/2018, de 3 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2564); 214/2015, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1533); 671/2014, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4840); 768/2013, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5820); 9/2012, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:807); 189/2011, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2227); o la 164/2011, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1240).

Segundo supuesto: *una petición con diversos fundamentos o títulos jurídicos (acciones)*: ¿La preclusión del art. 400 LEC obliga a alegarlos todos en el primer proceso? Cuando nos encontramos ante un «concurso de acciones», esto es, una demanda que puede fundamentarse en distintos títulos jurídicos, el art. 400 LEC también obliga a alegarlos en la primera demanda y ejercitar todas las acciones, impidiendo que puedan reservarse para un segundo proceso, como destacan las SSTs, Civil, 5/2020, de 8 de enero (ECLI:ES:TS:2020:11); y 189/2011, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2227); y la SAP Madrid, sec. 28ª, 252/2017, de 18 de mayo (ECLI:ES:APM:2017:7211). Como excepción a esta regla general encontramos el caso en el que legalmente no sea posible la acumulación de acciones en el primer proceso (esto es, precisamente, lo que sucede en la STS 423/2021, Civil, de 22 de junio, ECLI:ES:TS:2021:2500), en el que en el primer proceso se ejercitó la acción de reclamación dineraria contra un administrador

por responsabilidad social ante los juzgados de lo mercantil y, en el segundo, se le reclamó lo mismo pero en concepto de enriquecimiento injusto ante el juez de primera instancia²³.

Tercer supuesto: *dos peticiones diferentes con hechos diferentes*: ¿La preclusión del 400 LEC obliga a formularlas todas en el primer proceso? Como es obvio la respuesta debe ser negativa por cuanto faltan el segundo y cuarto elemento configurador del art. 400 LEC. Y así lo ha entendido la STC 5/2009, de 12 de enero (BOE núm. 38 de 13 de febrero de 2009); las SSTS, Civil, 664/2017, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4442); 671/2014, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4840); y 189/2011, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2227); y la SAP Madrid, sec. 11^a, 90/2018, de 21 de marzo (ECLI:ES:APM:2018:3958).

Cuarto supuesto: *dos peticiones diferentes sobre hechos comunes*: ¿Deben acumularse en el primer proceso debido al art. 400 LEC? En este caso, la respuesta debe ser también negativa por cuanto está ausente el cuarto elemento identificador del art. 400 LEC, como lo han advertido las SSTS, Civil, 664/2017, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4442); 515/2016, de 21 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3634); 671/2014, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4840); y 812/2012, de 9 de enero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:277); las SSAP Madrid, sec. 28^a, 461/2022, de 17 de junio (ECLI:ES:APM:2022:9283); y sec. 13^a, 74/2008, de 15 de febrero (ECLI:ES:APM:2008:2926); y la SAP Barcelona, sec. 15^a, 2/2018, de 2 de enero (ECLI:ES:APB:2018:11)⁴.

² Como indica esta sentencia: «En este segundo pleito (...) (l)os hechos en que se basa la reclamación son los mismos [del primer proceso], las disposiciones injustificadas de dinero de la sociedad que había realizado Carmelo mientras era consejero delegado de la sociedad (...). Lo que cambia es la fundamentación jurídica, pues la razón o justificación de la reclamación aceptada por el juzgado es el enriquecimiento injusto. Conforme a lo que declaramos en la sentencia 5/2020, de 8 de enero, la variación del título o causa de pedir no debería impedir que operara el efecto de la preclusión de alegaciones del art. 400.2 LEC, y que como consecuencia de ello, en virtud de lo previsto en el art. 222 LEC, procediera apreciar la eficacia de cosa juzgada material en sentido negativo, si no fuera porque cuando se interpuso la demanda del primer pleito existía un impedimento legal para acumular las acciones ejercitadas en el segundo pleito. El art. 400.2 LEC supedita el efecto consiguiente de la preclusión de alegaciones de que, "a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior", a que "hubiesen podido alegarse en éste". En este caso, cuando se ejercitó la acción social de responsabilidad ante los juzgados de lo mercantil que tienen atribuida la competencia objetiva para conocer de estos asuntos por el art. 86 ter.2.1º LOPJ, la sociedad demandante no podía acumular las acciones ejercitadas en el segundo pleito, entre ellas la de enriquecimiento injusto que fue la que acabó por ser estimada, porque la competencia para conocer de estas acciones no correspondía al juzgado de lo mercantil, sino al de primera instancia (...). Esto es, la sociedad necesariamente debía ejercitar estas otras acciones en una demanda distinta y ante un juzgado de primera instancia, sin que pueda apreciarse ahora el efecto de cosa juzgada de la sentencia firme desestimatoria de la acción social de responsabilidad ejercitada en el primer pleito, respeto de las acciones ejercitadas en este segundo pleito, pues no existe propiamente preclusión de alegaciones».

³ Sin embargo, como se indica en el anexo jurisprudencial, en la doctrina judicial tanto de la AP de Madrid como la de Barcelona, encontramos resoluciones que permiten un segundo proceso para debatir la nulidad de un contrato en función de un motivo distinto del que fundamentó un primer proceso en el que se debatió la misma nulidad contractual (como ejemplo, puede consultarse la SAP Barcelona, sec. 15^a, 1862/2021, de 27 de septiembre, ECLI:ES:APB:2021:10739).

⁴ No obstante, algunas resoluciones entienden que cuando lo pedido en el segundo proceso se encuentra implícito, es inherente o conexo u homogéneo o se deriva del primero sí debería aplicarse el art. 400 LEC: así, por ejemplo, lo entiende la SAP Madrid, sec. 25^a, 215/2021, de 31 de mayo (ECLI:ES:APM:2021:6942), cuando en un primer proceso se insta la resolución de un contrato por incumplimiento, y en el segundo la devolución de lo entregado en función del contrato resuelto en el primer proceso; o la SAP Madrid, sec. 20^a, 171/2021, de 22 de abril (ECLI:ES:APM:2021:4126), cuando en el primer proceso se formula una petición declarativa de infracción del derecho al honor y otra de condena a hacer (cancelar la inscripción en determinados ficheros) y en el segundo se solicita una condena pecuniaria por los daños morales.

Quinto supuesto: *declaración de nulidad de un acto o negocio jurídico y posterior reclamación de lo indebidamente pagado en función de lo declarado nulo*. ¿Es de aplicación el art. 400 LEC para cuando se ejercita la acción de nulidad de un contrato (primer proceso) y seguidamente se pretende la condena dineraria a devolver las cantidades indebidamente pagadas derivadas de la citada nulidad (segundo proceso)? En este caso encontramos una disparidad de soluciones en la doctrina judicial de las audiencias provinciales. Así:

- a) entienden que no entra en escena el art. 400 LEC las SSAP Barcelona (siempre de su sec. 15^a, especializada en derecho mercantil) 2246/2021, de 5 de noviembre (ECLI:ES:APB:2021:12478); 226/2020, de 4 de febrero (ECLI:ES:APB:2020:556); 2413/2019, de 23 de diciembre (ECLI:ES:APB:2019:14706); 474/2018, de 29 de junio (ECLI:ES:APB:2018:6579); y la 285/2017, de 29 de junio (ECLI:ES:APB:2017:5398); y las SSAP Madrid, sec. 14^a, 216/2021, de 7 de junio (ECLI:ES:APM:2021:7471); y 348/2018, de 19 de noviembre (ECLI:ES:APM:2018:15574); sec. 28^a (especializada en derecho mercantil), 2179/2020, de 30 de octubre (ECLI:ES:APM:2020:15359); y sec. 12^a, 294/2020, de 14 de octubre (ECLI:ES:APM:2020:10898);
- b) consideran que sí debe aplicarse el art. 400 LEC las SSAP Madrid, sec. 28^a (especializada en derecho mercantil), 902/2020, de 27 de mayo (ECLI:ES:APM:2020:4300); sec. 18^a, 318/2020, de 22 de octubre (ECLI:ES:APM:2020:11470), y 192/2017, de 3 de mayo (ECLI:ES:APM:2017:7756); y sec. 13^a, 243/2017, de 26 de mayo (ECLI:ES:APM:2017:6940).

En mi opinión, la respuesta debería ser negativa por cuanto falta el cuarto elemento configurador del art. 400 LEC, esto es, la identidad de peticiones en ambos procesos (en la primera demanda se ejercitó una acción constitutiva y en la segunda una acción de condena dineraria)⁵.

Sexto supuesto: *reclamación de una suma dineraria como principal y posterior reclamación judicial de sus intereses*. ¿Puede en un primer proceso pedirse el principal de una deuda y en un segundo proceso los intereses de dicha deuda? En este caso la respuesta es negativa por cuanto estamos ante un mismo tipo de petición de tutela judicial (de condena dineraria) por los mismos hechos (aunque en el primer proceso en concepto de principal y en el segundo como intereses), por lo que se dan todos los elementos esenciales de aplicación del art. 400 LEC. Así lo han considerado las SSTs, Civil, 313/2020, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1990), implícitamente; 629/2013, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5188); y la 164/2011, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1240).

Séptimo supuesto: *los procesos sumarios* ¿es de aplicación el art. 400 LEC en los procesos que concluyen con sentencias sin eficacia de cosa juzgada? La respuesta debe ser afirmativa por cuanto dicha norma no hace distinción respecto del concreto tipo de proceso (sumario o no), como advierten las SSAP de Madrid, sec. 13^a, 349/2017, de 8 de septiembre (ECLI:ES:APM:2017:11130); y de Barcelona, 204/2014, sec. 13^a, de 30 de abril (ECLI:ES:APB:2014:4930).

⁵ Además del art. 400 LEC, la doctrina judicial destaca otros argumentos a favor de esta postura en materia de consumidores como la vigencia del principio de efectividad del art. 6 de la Directiva 93/13/CEE y la efectividad del derecho a la tutela judicial (*ad exemplum*, la SAP Madrid, sec. 14^a, 216/2021, de 7 de junio, ECLI:ES:APM:2021:7471).

Octavo supuesto: *la demanda reconvenicional* ¿lo previsto en el art. 400 LEC también afecta al demandado que efectúa una demanda reconvenicional? La respuesta debe ser afirmativa por cuanto el demandado reconvenicional no deja de ser un actor que interpone una demanda contra el demandante inicial (art. 406.1 LEC) y así lo ha entendido la STC 106/2013, de 6 de mayo (BOE núm. 133 de 04 de junio de 2013); la STS 393/2012, Civil, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4945); la SAP Barcelona, sec. 4ª, 670/2021, de 14 de diciembre (ECLI:ES:APB:2021:14778); y las SSAP Madrid, sec. 9ª, 143/2017, de 29 de marzo (ECLI:ES:APM:2017:5549); y sec. 25ª, 383/2016, de 25 de octubre (ECLI:ES:APM:2016:13580).

Noveno supuesto: *aplicación al demandado no reconviniente* ¿entra en escena el art. 400 LEC para el demandado que no formula una reconvenición –o plantea una excepción material– y luego pretende solicitar su *petitum* en un proceso declarativo posterior con idéntico contenido alegatorio? Este es el caso, por ejemplo, de reclamarse en la demanda el cumplimiento de un contrato y la posibilidad del demandado de reconvenir o excepcionar la nulidad del mismo. La respuesta debe ser negativa ya que faltan el primer y el cuarto elemento configurador del art. 400 LEC: en primer lugar, no ha habido dos demandas por la misma persona (en el primer proceso el demandado no ejercita acción alguna); y en segundo lugar, lo que se pide es distinto en ambos procesos (en el ejemplo citado, en el primero se ejercita una acción de condena y en el segundo una acción constitutiva). En esta línea de ideas se pronuncia la STC 106/2013, de 6 de mayo (BOE núm. 133 de 04 de junio de 2013); la STS 142/2021, Civil, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:977); y las SSAP Barcelona, sec. 11ª, 546/2022, 28 de octubre (ECLI:ES:APB:2022:11327); y sec. 4ª, 670/2021, de 14 de diciembre (ECLI:ES:APB:2021:14778); y 1163/2019, de 13 de diciembre (ECLI:ES:APB:2019:14830); y de Madrid, sec. 11ª, 240/2017, de 21 de junio (ECLI:ES:APM:2017:8331)⁶.

Décimo supuesto: *el proceso de ejecución y el declarativo posterior* ¿es de aplicación el art. 400 LEC en el declarativo posterior respecto de causas de oposición no alegadas (o alegables) en el previo proceso de ejecución? Como es bien sabido, todos los motivos de oposición a la ejecución deben formularse en este proceso, por lo que no puede esperarse a iniciar un declarativo para pretender que judicialmente se resuelva sobre una cuestión que podía haber sido debatida y decidida en un proceso anterior (ejecutivo). Así lo ha establecido reiteradamente la jurisprudencia (*ad exemplum*, SSTs, Civil, 757/2022, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4095); 649/2022, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3504); 576/2018, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3553); 526/2017, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3373); 462/2014, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4617); o 123/2012, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:1312).

Sin embargo, debemos destacar que es incorrecto recurrir aquí al art. 400 LEC por cuanto falta el primero de los requisitos de su aplicación, a saber, que existan dos demandas: en este caso, en el primer proceso, la oposición a la ejecución no se formula a través de una demanda, sino de un escrito de oposición al despacho de la ejecución. Ello no significa que se llegue a la misma la solución a través del art. 564 LEC, que sólo permite acudir a un proceso declarativo posterior respecto de «hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución»⁷.

⁶ En esta última sentencia se destaca que si bien las excepciones materiales (nulidad) no formuladas por el demandado no están afectadas por el art. 400 LEC, si les afecta el efecto de cosa juzgada «implícita» si estamos ante una cuestión prejudicial o lógica no deducida.

⁷ De igual modo, CACHÓN CADENAS, respecto de este supuesto, destaca que la «referencia al art. 400 es poco afortunada (...) [y] la alusión al art. 400 que efectúan aquellas sentencias es innecesario, dado que el art. 564, interpretado a sensu contrario, permite llegar a la misma solución alcanzada por el Tribunal Supremo»

3. La errónea doctrina de la STS 772/2022, de 10 de noviembre (ponente Pedro José Vela Torres)

3.1. El caso

El supuesto de hecho de la STS, Civil, 772/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4103), es bien simple: en un primer proceso, se ejercitó una acción meramente declarativa dirigida a que se reconociera que el banco había incumplido sus obligaciones de informar y asesorar sobre los riesgos derivados de la celebración de unos determinados contratos bancarios –que resultó estimada– y, en un segundo proceso, se interpuso una acción de condena dineraria por los daños y perjuicios derivados del citado incumplimiento contractual. Esta demanda prosperó tanto en primera como en segunda instancia, pero el Tribunal Supremo, estimando el recurso extraordinario por infracción procesal, la desestima en aplicación del art. 400 LEC.

Para fundamentar esta decisión, en primer lugar, menciona tres SSTS (la 812/2012, Civil, de 9 de enero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:277); la 189/2011, Civil, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2227); y la 768/2013, Civil, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5820), pero lo cierto es que ninguna de ellas tiene nada que ver con la cuestión conflictiva que se debate en el presente caso, pues se limitan a formulaciones genéricas del ámbito de aplicación del art. 400 LEC.

En segundo lugar, como argumento de autoridad, utiliza la STS 331/2022, Civil (Pleno), de 27 de abril, ponente Ilmo. Sr. Francisco Marín Castán (ECLI:ES:TS:2022:1715), en la que sí se planteó un supuesto similar al aquí analizado, esto es, la relación –a efectos de aplicar el art. 400 LEC– entre dos procesos en los que en el primero se formula una petición declarativa y en el segundo una de condena dineraria, pero curiosamente entiende que no debe entrar en escena dicha norma (estimando por ello el recurso extraordinario por infracción procesal por errónea aplicación del art. 400 LEC por parte de la Audiencia Provincial⁸) por cuanto había un interés legítimo del demandante en obtener un pronunciamiento meramente declarativo⁹ y lo reclamado en ambos procesos fue diferente (en el primero, que se declarase la responsabilidad del banco, y en el segundo, que se condenase al banco al pago de determinadas cantidades económicas en función de lo establecido en la sentencia firme del primer litigio). Es cierto que después efectúa unas consideraciones, a modo de *obiter dictum*, indicando que en función de los arts. 219, 222 y 400 LEC «no es admisible una multiplicación injustificada de litigios sobre cuestiones que puedan solventarse en uno solo ni promover dos pleitos cuando el interés del demandante pueda satisfacerse por completo en uno solo».

(«Oposición a la ejecución y cosa juzgada, con especial referencia a las cláusulas abusivas», en CACHÓN CADENAS/PÉREZ DAUDÍ (dirs.), *Proceso y consumo*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 251-252; e ídem, «La cosa juzgada derivada del incidente de oposición a la ejecución: el pasado se hace presente», en JIMÉNEZ CONDE, Fernando/BELLIDO PENADÉS, Rafael (dirs.), *Justicia: ¿garantías “versus” eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 255).

⁸ Y llega a la misma solución que había dado en primera instancia un juez en prácticas –como indica la propia STS–.

⁹ Este es el requisito fundamental que exige el TS para la admisibilidad de las acciones meramente declarativas previstas en el art. 5 LEC (vid. especialmente, las SSTS, Civil, 255/2022, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1320); 254/2022, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1319); y la 131/2019, de 5 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:708).

Y, en tercer lugar, la sentencia aquí analizada generaliza el citado *obiter dictum* de la STS 331/2022, Civil (Pleno), de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1715)¹⁰, para concluir que la preclusión del art. 400 LEC se justificaba en la medida en que en nuestro sistema procesal civil es inadmisibile una pluralidad de litigios sobre cuestiones que puedan resolverse en uno solo. Para llegar a esta conclusión, la STS, Civil, 772/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4103) aplica indebidamente el art. 219 LEC. En esta norma se prohíbe ejercitar una acción mero declarativa del derecho a percibir una cantidad de dinero para, posteriormente, iniciar un segundo proceso de condena a pagar la cantidad económica que se derive del primer juicio, pero en el caso concreto que se está enjuiciando en esta sentencia, el primer proceso no versó sobre una acción mero declarativa del derecho a percibir una cantidad de dinero sino a que se declarase que el Banco había incumplido sus obligaciones. La sentencia afirma con rotundidad «que debemos tener en cuenta que en nuestro ordenamiento procesal civil existe una prohibición expresa de diferir a un segundo procedimiento la reclamación de unas cantidades tras la interposición de un primer proceso de carácter meramente declarativo», pero ello es impreciso porque dicha prohibición sólo afecta al supuesto en que la acción mero declarativa del primer proceso "reclame en juicio el pago de dinero"¹¹, supuesto que, como se ha indicado, no concurre en el presente caso¹².

Como podemos ver, en este caso, el demandante se limitó en el primer proceso a ejercitar una acción mero declarativa para que se declarase que el Banco había incumplido sus obligaciones - tal como le permite el art. 5 LEC-, que no puede eliminarse con una simple -y además errónea- presunción (que expresamente se formula en la sentencia) de que dada la fecha de la primera demanda el actor ya podía solicitar en ella ambas peticiones (la mero declarativa y la de condena)¹³. La jurisprudencia de la fecha de la interposición de la demanda entendía que debía acreditarse que el banco incumplió su deber de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a los productos financieros objeto del proceso (*swaps*), por lo que antes de reclamar grandes cantidades de dinero derivadas de estos productos (en el caso eran más de 700.000 euros), y ante el temor de saber si se cumpliría o no dicha acreditación de información, es normal que el actor prefiriese limitarse inicialmente a ejercitar una petición mero declarativa. Además, no debemos olvidar que la jurisprudencia siempre puede cambiar y, de hecho, tanto en materia de *swaps* como en la declaración judicial de nulidad de cláusulas abusivas en la contratación hipotecaria la jurisprudencia fue modificándose respecto del contenido y alcance de dicha

¹⁰ Y, de hecho, literalmente, afirma: «De la mencionada sentencia 331/2022, de 27 de abril, se desprende, como idea general, que la preclusión se justifica en la medida en que "no es admisible una multiplicación injustificada de litigios sobre cuestiones que puedan solventarse en uno solo". De hecho, afirma que, conforme a los arts. 400, 222 y 219 LEC, en la relación entre una demanda previa de declaración de responsabilidad contractual y una demanda posterior de condena al pago de la indemnización resultante de dicha responsabilidad, «tendría sentido apreciar la preclusión, pues no es admisible [...] promover dos pleitos cuando el interés del demandante pueda satisfacerse por completo en uno solo».

¹¹ Cita literal del art. 219.1 LEC.

¹² El estudio del art. 219 LEC excedería los objetivos de este trabajo, por lo que, para ello, nos remitimos a CALDERÓN CUADRADO, M^a.P., *Tutela civil declarativa (de la acción a la sentencia de pura declaración)*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 384-394; y ABRISQUETA COSTA, P. *La sentencia con reserva de liquidación*, Marcial Pons, 2016, pp. 103-111.

¹³ Así, el punto segundo del fundamento de derecho cuarto de la sentencia afirma que «(...) en la fecha en que se interpuso la primera demanda existía ya una consolidada jurisprudencia sobre los contratos de *swap* que dotaba a las partes y a los tribunales de instrumentos interpretativos suficientes para no hacer necesaria la interposición de una primera demanda meramente declarativa para duplicar posteriormente la reclamación con una redundante reclamación indemnizatoria que debía haberse sustanciado perfectamente en la primera demanda».

contratación, así como de los efectos de su anulación¹⁴. Por ello, en el caso aquí analizado, lo lógico y prudente era solicitar que se declarase el incumplimiento de la obligación de informar y asesorar sobre los riesgos derivados de los *swaps* celebrados para, posteriormente, cuantificar y reclamar los posibles daños económicos causados.

3.2. Crítica al alejamiento de esta sentencia respecto de la doctrina precedente –y correcta– del TS

Como hemos evidenciado en el punto anterior, la jurisprudencia establecida en la sentencia 331/2022, Civil (Pleno), de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1715) fija con precisión los dos requisitos para que pueda formularse válidamente una petición inicial mero declarativa y otra posterior de condena -sin aplicarse el art. 400 LEC-: (a) que haya «interés legítimo» en la primera petición; y (b) que en ambos procesos se pidan cosas distintas. En la sentencia aquí estudiada (a) había «interés legítimo» del actor de limitarse a formular inicialmente la citada petición mero declarativa (por los motivos ya descritos), y (b) en los dos procesos se solicitaron cosas distintas, por lo que se aleja de dicha jurisprudencia, sentando la idea errónea de que la preclusión del art. 400 LEC se justifica en la medida en que «no es admisible una multiplicación injustificada de litigios sobre cuestiones que puedan solventarse en uno solo», por lo que no se puede «promover dos pleitos cuando el interés del demandante pueda satisfacerse por completo en uno solo».

Sin embargo, lo cierto es que la justificación real del art. 400 LEC se encuentra en la Exposición de Motivos de dicha Ley, que no dice lo que se indica en esta sentencia. En concreto, si bien se utiliza el término «cuestión», lo hace en singular y como sinónimo de «asunto litigioso», para destacar que cuando lo que se pida pueda fundarse en diversos fundamentos o títulos jurídicos, necesariamente deberán alegarse en dicha petición si quiere evitarse una posterior eficacia de cosa juzgada de la sentencia del proceso en que el que se resuelva dicha petición. Pero ello nada tiene que ver con la necesidad de que varias peticiones (o «cuestiones» –en plural, como se indica en la sentencia–) deban resolverse en un solo proceso bajo pena de preclusión. El actor, en el ejercicio de su derecho a acceder a los tribunales (art. 24.1 CE), y en virtud del principio dispositivo –rector del proceso civil– es libre de reclamar o no judicialmente lo que estime que le corresponde, y ni el legislador (ni mucho menos la jurisprudencia) debe obligarle a reclamar lo que no desee.

La ley sí puede, como hace el art. 400 LEC, exigir que en la concreta petición judicial que haga el actor, formule todas sus alegaciones defensivas (fundamentos o títulos jurídicos) para evitar el

¹⁴ El ejemplo paradigmático lo constituye la condena a la devolución de lo indebidamente pagado en virtud de cláusulas suelo en contratos hipotecarios: como es sabido, la STS, 241/2013, Civil, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:1916) determinó que sólo podía reclamarse a la entidad bancaria lo indebidamente entregado a partir de dicha fecha (9 de mayo de 2013). Ello motivó diversas cuestiones prejudiciales de tribunales españoles al TJUE, quien en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 determinó que ello contravenía la normativa europea de protección a los consumidores, lo que obligó al TS a cambiar su jurisprudencia. Así, finalmente, a partir de su sentencia de 15 de febrero de 2017, se obligó a la devolución de todas las cantidades percibidas por la entidad bancaria en aplicación indebida de la cláusula suelo desde la fecha del préstamo hipotecario. Ante esta situación, y la imposibilidad de pedir la revisión de la primera sentencia que condenó al pago a partir del 9 de mayo de 2013, muchos consumidores decidieron interponer una segunda demanda para reclamar lo indebidamente pagado desde la fecha de sus contratos hipotecarios hasta el 9 de mayo de 2013, lo que ha sido rechazado en aplicación del art. 400 LEC por las SSAP Madrid, sec. 11ª, 19/2022, de 14 de enero (ECLI:ES:APM:2022:681); y sec. 28ª, 498/2021, de 5 de marzo (ECLI:ES:APM:2021:4618). En este caso, los justiciables que siguiendo la jurisprudencia de la STS de 9 de mayo de 2013 limitaron su petición a reclamar lo indebidamente pagado solo desde dicha fecha perdieron la posibilidad de reclamar lo entregado con anterioridad.

uso abusivo del proceso en sucesivos pleitos sobre la misma petición. Pero esta norma, en ningún momento, exige al actor a formular todas sus peticiones en una sola demanda, limitando así su libertad constitucional de acción. De lo contrario, caeríamos en el autoritarismo normativo denunciado por RAMOS MÉNDEZ¹⁵.

Por ello, como indica SERRA DOMÍNGUEZ, el art. 400 LEC no resuelve los efectos de cosa juzgada «respecto de las pretensiones (esto es, *petitums*) no deducidas pero deducibles»¹⁶; y como señala CACHÓN CADENAS, el demandante sí puede «formular en un proceso una determinada petición, y después formular en un proceso posterior una petición distinta, aunque se base total o parcialmente en hechos o títulos jurídicos que el demandante alegó en el primer proceso o que habría podido alegar en ese proceso anterior»¹⁷. En la misma línea, TAPIA FERNÁNDEZ, en sus diferentes estudios sobre el objeto del proceso, ha razonado debidamente que la aplicación del art. 400 LEC debe limitarse a «las distintas *causae petendi* en que se funda el *petitum* en su demanda (en el demandado en su reconvenición: art. 406.4 LEC). A ello sólo (y, nada menos) se ciñe la norma que comentamos; norma que, por ser restrictiva de derechos, ha de ser interpretada en su literalidad, sin que deba ser aplicada analógicamente a supuestos diversos (...) y lo que literalmente dice (bueno es repetirlo una vez más) es que la preclusión alcanza a los fundamentos de hecho y de derecho en que se basa la petición de tutela, no a los “pedimentos” que hubieran podido alegarse»¹⁸; DE LA OLIVA SANTOS indica que el «art. 400.1 LEC tiene por aducidos todos los fundamentos de lo pretendido (del *petitum*, para ser exactos), pero no tiene por pretendido o pedido lo que no se pretenda o pida»¹⁹; VALLINES GARCÍA sostiene que «el artículo 400.1 no opera sobre acciones que persiguen fines distintos. El ejercicio de una acción no produce de *lega data* la preclusión de otras acciones en las que “lo que se pida” sea algo diferente, *incluso cuando las causas de pedir sean idénticas*»²⁰, por lo que «resulta lícito y razonable que el justiciable prevea que las peticiones distintas no resultan afectadas por la preclusión del art. 400 LEC»²¹; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, insiste en que «la preclusión alcanza solamente a causas de pedir deducibles pero no deducidas, pero no a *petita* deducibles pero no deducidos»²²; BANACLOCHE PALAO, tras constatar cómo algunos tribunales vienen extendiendo indebidamente la aplicación del art. 400 LEC a las acciones con *petita* complementarios o accesorios respecto de otras ya ejercitadas, afirma que esta «posición restrictiva del derecho del justiciable carece de apoyo legal expreso (...)

¹⁵ RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la LEC*, J.M^a Bosch editor, Barcelona, 2000, p. 305; ídem, *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, T.II, Atelier, Barcelona, 2008, p. 1187.

¹⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Ley 1/2000, sobre Enjuiciamiento Civil*, J.M^a Bosch editor, Barcelona, 2000, p. 29.

¹⁷ CACHÓN CADENAS, M., *Introducción al enjuiciamiento civil*, Atelier, 2021, Barcelona, p. 188.

¹⁸ TAPIA FERNÁNDEZ, I., El objeto del proceso civil y su fijación en las alegaciones, sentencia y cosa juzgada, Wolters Kluwer, 2019, pp. 218-219. En la misma línea, vid. sus estudios El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada, La Ley, Madrid, 2000, p. 156; y La cosa juzgada. Estudio de jurisprudencia civil, Dykinson, Madrid, 2010, p. 119.

¹⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2005, p. 79.

²⁰ VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 223-224.

²¹ VALLINES GARCÍA, E., «Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de enjuiciamiento civil», en DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio/VEGAS TORRES, Jaime (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad: liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 3193.

²² DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Comentario al art. 400», en BANACLOCHE PALAO, Julio/DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio/DE LA OLIVA SANTOS, Andrés/VEGAS TORRES, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001, p. 670.

[por lo que] no debería continuar aplicándose por nuestros tribunales»²³; y GUIXÉ NOGUÉS concluye «I. El art. 400 LEC sólo se refiere a la preclusión de alegaciones de hechos o títulos jurídicos, no a la preclusión de pretensiones. A nuestro juicio, no cabe aplicar analógicamente dicha regla a supuestos distintos ya que una interpretación extensiva limita el derecho de acceso a la jurisdicción. II. La Ley no impide que el actor deje para un proceso posterior una petición deducible en el primero aunque sea conexas ya que, la acumulación de acciones, es facultativa»²⁴.

En esta misma línea se pronuncian las SSTC 71/2010, de 18 de octubre (BOE núm. 279 de 18 de noviembre de 2010); y 106/2013, de 6 de mayo (BOE núm. 133 de 04 de junio de 2013), ambas estimatorias del recurso de amparo solicitado por errónea aplicación del art. 400 LEC. La primera indica que cuando las peticiones de ambos procesos no «guardan identidad sustancial», no existe «previsión legal que imponga el ejercicio obligatorio de ambas acciones en concurso». Y la segunda, respecto de la declaración judicial de instancia que aplicó el art. 400 LEC al demandado no reconviniente, destaca que «No podemos olvidar que nuestra legislación procesal al regular la reconvencción en el art. 406 LEC, dispone que el demandado “podrá” por medio de reconvencción formular las pretensiones que crea le competen respecto del demandante; es decir, la decisión de reconvenir o de no hacerlo se regula como un derecho, no como un deber, del que el demandado goza en un pleito frente al demandante. Entender, como han hecho los órganos judiciales, que a la luz del art. 400 LEC, la reconvencción es necesaria para evitar la preclusión de las pretensiones que el demandado pudiera tener frente al demandante, supone una interpretación contraria el tenor del art. 406 LEC y lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia, en la medida que restringe desproporcionadamente el derecho del demandado que optó por no reconvenir, produciendo unos efectos perjudiciales en su esfera jurídica».

4. Reflexión final

La nueva doctrina de la STS, Civil, 772/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4103) amplía peligrosamente los márgenes de aplicación del art. 400 LEC más allá de los cuatro elementos configuradores establecidos por el propio TS. No solo desconoce la opinión científica procesal más autorizada que ha estudiado dicha norma, sino que es incorrecta, pues atenta su propia literalidad –y la finalidad para la cual se estableció, de acuerdo a lo indicado en su Exposición de Motivos–.

La problemática del ejercicio de una petición mero declarativa y otra de condena en dos procesos sucesivos no debe resolverse a través del art. 400 LEC sino del art. 219 LEC, como hace correctamente la STS 331/2022, Civil (Pleno), de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1715), teniendo en cuenta que para el caso aquí comentado (el de la STS, Civil, 772/2022, de 10 de noviembre [ECLI:ES:TS:2022:4103]) no resultaba de aplicación dicha norma (art. 219 LEC) porque el actor ejerció una acción meramente declarativa dirigida a que se reconociera que el banco había incumplido sus obligaciones, es decir, no era una acción meramente declarativa del derecho a

²³ BANACLOCHE PALAO, J., El ámbito de aplicación de la regla de la preclusión del art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *Revista de Derecho Procesal*, 2009, pp. 79 y 84.

²⁴ GUIXÉ NOGUÉS, E., «La extensión de los efectos de cosa juzgada a las pretensiones deducibles en pleito anterior y el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE», en PICÓ I JUNOY, Joan (dir.), *Principios y garantías procesales: Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^{ra} Victoria Berzosa Francos*, J.M^a Bosch editor, Barcelona, 2013, p. 258.

percibir una cantidad²⁵. Si bien es cierto que la primera sentencia se refiere al art. 400 LEC lo hace como mero *obiter dictum*, por lo que al generalizarse su aplicación en la segunda sentencia del Alto Tribunal se extiende peligrosamente su ámbito de vigencia al eliminarse el cuarto de los citados requisitos jurisprudenciales del art. 400 LEC (el referente a pedirse lo mismo en las dos demandas)²⁶.

Pero lo más grave es que esta errónea interpretación extensiva del art. 400 LEC provoca una clara denegación del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante al impedirle obtener un pronunciamiento sobre el fondo respecto de una petición que nunca será judicialmente juzgada, por lo que le causa una evidente indefensión. Por todo ello, esperemos que el TS reconsidere esta nueva doctrina y vuelva a los límites que sobre el alcance del art. 400 LEC había establecido con anterioridad a la STS, Civil, 772/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4103).

5. Tabla de contenidos jurisprudenciales

Sentencia	Primer proceso (1P)	Segundo proceso (2P)	Aplicación art. 400 LEC
TS, 772/2022, 10.11 ECLI:ES:TS:2022:4103	Acción declarativa de incumplimiento contractual	Acción de condena dineraria a devolver las cantidades entregadas	Sí (estima el recurso)
TS, 757/2022, 07.11 ECLI:ES:TS:2022:4095	Proceso ejecutivo ex art. 3 de la Ley 57/1968	Acción de resolución contractual con devolución dineraria que no pudo ejercitarse como motivo de oposición en el 1P	Sí (estima el recurso)
TS, 649/2022, 06.10 ECLI:ES:TS:2022:3504	Proceso de ejecución de título extrajudicial	Acción constitutiva de nulidad que pudo ejercitarse como motivo de oposición en el 1P	Sí (desestima el recurso)
TS (Pleno), 331/2022, 27.04 ECLI:ES:TS:2022:1715	Acción declarativa de responsabilidad legal de un banco	Acción de condena dineraria a devolver las cantidades entregadas	No (estima el recurso)
TS, 423/2021, 22.06 ECLI:ES:TS:2021:2500	Reclamación dineraria al administrador por responsabilidad social (ante juzgado mercantil).	Reclamación dineraria al mismo administrador por enriquecimiento injusto (ante juzgado de primera instancia).	En teoría sí ²⁷ pero en este caso no ²⁸

²⁵ Y éste es el único supuesto de hecho de aplicación del art. 219.1 LEC. No es posible efectuar una lectura extensiva o analógica de la misma a otros supuestos distintos no previstos en esta norma (esto es, las referentes a que se declare el derecho a percibir una cantidad de dinero) porque el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva impone interpretar la legalidad de la manera que permita la máxima eficacia a dicho derecho. El principio pro-actone, que el Tribunal Constitucional lo ampara dentro del art. 24.1 CE, exige que deba acogerse la lectura de la ley más favorable al acceso a la tutela judicial, lo que, en nuestro caso, supone limitar el alcance del art. 219.1 LEC al supuesto expresamente previsto en él y no aplicarlo a otros supuestos de acciones meramente declarativas.

²⁶ Y que responde a la estricta literalidad proclamada ya en el inicio del propio art. 400 LEC cuando establece: «Cuando lo que se pida en la demanda [...]».

²⁷ Como se hace en la STS 5/2020, Civil, de 8 de enero (ECLI:ES:TS:2020:11).

²⁸ Por incompatibilidad competencial entre las dos acciones.

			(desestima el recurso)
TS, 142/2021, 15.03 ECLI:ES:TS:2021:977	No formulación de reconvención ni excepcionales materiales en la contestación a la demanda	Reclamación de lo que se podía haber reconvenido o excepcionado en el 1P	No (estima el recurso)
TS, 142/2021, 15.03 (ECLI:ES:TS:2021:977)	No formulación de reconvención ni excepcionales materiales en la contestación a la demanda	Reclamación de lo que se podía haber reconvenido o excepcionado en el 1P	No (estima el recurso)
TS, 313/2020, 17.06 ECLI:ES:TS:2020:1990	Reclamación por daños patrimoniales a un procurador por negligencia profesional, que se desiste	Reclamación de los daños morales producidos por dicha negligencia	No (estima el recurso al aplicarse incorrectamente en la instancia el art. 400 LEC)
TS 5/2020, 08.01 (ECLI:ES:TS:2020:11)	Reclamación dineraria al administrador social por deudas (art. 367 LSC)	Reclamación dineraria al administrador social por daños (art. 241 LSC)	Sí (desestima el recurso)
TS 628/2018, 13.11 ECLI:ES:TS:2018:3734	Resolución de un contrato de CV, aparentemente porque no se entregó el bien en la fecha pactada, aunque en realidad se instó la demanda porque el actor no logró una rebaja del precio (hubo una sentencia desestimatoria)	Cumplimiento de dicho contrato y el demandado (actor del 1P) formula reconvención instando la resolución del contrato de CV por nulidad de varias cláusulas que justificarían pedir la resolución del contrato	Sí (desestima el recurso)
TS 417/2018, 03.07 ECLI:ES:TS:2018:2564	Reclamación dineraria por lucro cesante debido al desistimiento unilateral de un contrato por el demandado (se deniega por no concretar las bases de determinación ni concurrir el 219 –no hubo reserva de acción–)	Reclamación dineraria del beneficio industrial dejado de percibir derivado del citado desistimiento unilateral y que se cuantifica (1.500.000 €) con una pericial	Sí (desestima el recurso)
TS 664/2017, 13.12 ECLI:ES:TS:2017:4442	Nulidad de un contrato de compraventa	Resolución de dicho contrato por incumplimiento del vendedor	No (estima el recurso)
TS 515/2016, 21.06 ECLI:ES:TS:2016:3634	Condena a entregar unos solares y naves industriales + su posesión	Reclamación dineraria (pago de alquileres de locales de negocio)	No (desestima el recurso)
TS 214/2015, 23.04 ECLI:ES:TS:2015:1533	Acción declarativa de disfrute de una vivienda por usufructo vitalicio	Acción declarativa de disfrute de la misma vivienda por comodato	Sí (desestima el recurso)

TS 671/2014, 19.11 ECLI:ES:TS:2014:4840	Acción de reclamación de cantidad contra un banco derivada de la existencia de la emisión de una tarjeta de crédito, con falta de recepción por la demandante y su uso indebido por un 3º tercero	Acción contra el mismo banco en protección del derecho fundamental al honor por la inclusión de los datos del actor en sendos ficheros de morosos en la que pide que se declare que el banco ha vulnerado su derecho al honor, y se le condene a indemnizarle	No (desestima el recurso)
TS 768/2013, 05.12 ECLI:ES:TS:2013:5820	Nulidad de un contrato (por una causa)	Nulidad del mismo contrato (por otra causa)	Sí (desestima el recurso)
TS 629/2013, 28.10 ECLI:ES:TS:2013:5188		En el 2P no puede solicitarse <i>petitums</i> complementarios o accesorios de un 1P	Sí (estima el recurso)
TS, 164/2011, 21.03 ECLI:ES:TS:2011:1240	Reclamación dineraria (daños, pérdida de beneficios y gastos extraordinarios)	Reclamación de la actualización de dichas cantidades a la fecha de ejecución	Sí (desestima el recurso)
TS, 189/2011, 30.03 ECLI:ES:TS:2011:2227	Reclamación dineraria por infracción del derecho a la intimidad de la Ley 1/1982	Reclamación dineraria por infracción de la Ley 15/1999, de Protección de Datos	Sí (desestima el recurso)
TS 771/2006, 21.07 ECLI:ES:TS:2006:6358	Reclamación dineraria a los comuneros de pagar las cuotas o derramas	Nulidad de las Juntas e ineficacia de sus acuerdos	No ²⁹ (desestima el recurso)
TC, 106/2013, 06.05 BOE núm. 133 de 04 de junio de 2013	No formulación de reconvencción ni excepcionales materiales en la contestación a la demanda	Reclamación de lo que se podía haber reconvenido o excepcionado en el 1P	No (estima el amparo)
TC, 10/2012, 30.01 BOE núm. 47 de 24 de febrero de 2012	Oposición cambiaria por inexistencia de la obligación y falta absoluta de causa, que se desestima sin perjuicio de acudir a un posterior declarativo	Se insta la nulidad del primer proceso en función de la anterior oposición, pero se desestima al indicarse que debía haberse resuelto en el 1P	No (estima el amparo)
TC, 71/2010, 18.10 BOE núm. 279 de 18 de noviembre de 2010	Reclamación dineraria por responsabilidad extracontractual	Reclamación de los intereses moratorios ex art. 20 LCS (imprejuzgados en el 1P)	No (estima el amparo)
TC, 5/2009, 12.01 BOE núm. 38 de 13 de febrero de 2009	Acción reivindicatoria frente a demandados por invasión de la finca A.	Acción reivindicatoria frente a los mismos demandados por invasión de la finca B	No (estima el amparo)
AP, Madrid, sec. 28ª, 461/2022, 17.06 ECLI:ES:APM:2022:9283	Nulidad de un determinado pacto contractual	Ineficacia de otro pacto del mismo contrato que es independiente, separado y	No

²⁹ No es un tema del art. 400 LEC sino de cosa juzgada «implícita» que así se estima y aplica (las excepciones materiales –nulidad– no formuladas por el demandado no están afectadas por el art. 400 LEC, aunque sí por el efecto de cosa juzgada «implícita» si estamos ante una cuestión prejudicial o lógica no deducida).

		distinto del pacto de la primera demanda	
AP, Madrid, sec. 8ª, 125/2022, 16.03 ECLI:ES:APM:2022:4746	Proceso de ejecución de título extrajudicial	Declarativo posterior sobre validez del título ejecutivo que intentó resolverse como motivo de oposición siendo rechazada su admisión	No
AP, Madrid, sec. 11ª, 19/2022, 14.01 ECLI:ES:APM:2022:681	Nulidad de cláusula suelo y restitución de lo indebidamente pagado a partir del 9 de mayo de 2013	Restitución de lo indebidamente pagado desde la fecha del préstamo hipotecario hasta el 9 de mayo de 2013	Sí
AP, Madrid, sec. 20ª, 408/2021, 05.11 ECLI:ES:APM:2021:13686	Reclamación por daño moral	Reclamación por dicho daño moral por hechos distintos, pero ya existentes en el 1P	Sí
AP, Madrid, sec. 14ª, 216/2021, 07.06 ECLI:ES:APM:2021:7471	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Madrid, sec. 25ª, 215/2021, 31.05 ECLI:ES:APM:2021:6942	Resolución de un contrato por incumplimiento	Devolución de lo entregado en función del contrato resuelto en el 1P	Sí
AP, Madrid, sec. 20ª, 171/2021, 22.04 ECLI:ES:APM:2021:4126	Petición declarativa de infracción del derecho al honor y de condena a hacer (cancelar la inscripción en determinados ficheros)	Condena pecuniaria por daños morales	Sí
AP, Madrid, sec. 28ª, 498/2021, 05.03 ECLI:ES:APM:2021:4618	Nulidad de cláusula suelo y restitución de lo indebidamente pagado a partir del 9 de mayo de 2013	Restitución de lo indebidamente pagado desde la fecha del préstamo hipotecario hasta el 9 de mayo de 2013.	Sí
AP, Madrid, sec. 28ª, 42/2021, 21.01 ECLI:ES:APM:2021:2730	Nulidad de cláusula suelo y restitución de lo indebidamente pagado a partir del 9 de mayo de 2013	Restitución de lo indebidamente pagado desde la fecha del préstamo hipotecario hasta el 9 de mayo de 2013	Sí
AP, Madrid, sec. 28ª, 2179/2020, 30.10 ECLI:ES:APM:2020:15359	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Madrid, sec. 18ª, 318/2020, 22.10 ECLI:ES:APM:2020:11470	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	Sí
AP, Madrid, sec. 12ª, 294/2020, 14.10 ECLI:ES:APM:2020:10898	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Madrid, sec. 10ª, 194/2020, 01.06 ECLI:ES:APM:2020:5980	Nulidad de una hipoteca	Devolución de la cantidad entregada por el prestatario al prestamista (y para cuyo pago se constituyó la hipoteca)	Sí

AP, Madrid, sec. 28 ^a , 902/2020, 27.05 ECLI:ES:APM:2020:4300	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	Sí
AP, Madrid, sec. 14 ^a , 348/2018, 19.11 ECLI:ES:APM:2018:15574	Nulidad de un contrato de permuta financiera	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Madrid, sec. 11 ^a , 90/2018, 21.03 ECLI:ES:APM:2018:3958	Monitorio de reclamación de cantidad por gastos pagados por el propietario	Ordinario de reclamación dineraria por falta de pago de la renta	No
AP, Madrid, sec. 28 ^a , 252/2017, 18.05 ECLI:ES:APM:2017:7211	Reclamación dineraria al administrador social por deudas (art. 367 LSC)	Reclamación dineraria al administrador social por daños (art. 241 LSC)	Sí
AP, Madrid, sec. 13 ^a , 243/2017, 26.05 ECLI:ES:APM:2017:6940/ sec. 18 ^a , 192/2017, 03.05 ECLI:ES:APM:2017:7756	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	Sí
AP, Madrid, sec. 11 ^a , 240/2017, 21.06 ECLI:ES:APM:2017:8331	No formulación de reconvencción ni excepcionales materiales en la contestación a la demanda	Reclamación de lo que se podía haber reconvenido o excepcionado en el 1P	No
AP, Madrid, sec. 13 ^a , 74/2008, 15.02 ECLI:ES:APM:2008:2926	Acción declarativa de delimitación de lindes de una finca	Acción reivindicatoria de dicha finca	No
AP, Barcelona, sec. 11 ^a , 546/2022, 28.10 ECLI:ES:APB:2022:1132	No formulación de reconvencción en la contestación a la demanda	Reclamación de lo que se podía haber reconvenido en el 1P	No
AP, Barcelona, sec. 4 ^a , 670/2021, 14.12 ECLI:ES:APB:2021:14778	No formulación de reconvencción en la contestación a la demanda	Reclamación de lo que se podía haber reconvenido en el 1P	No
SAP Barcelona, sec. 13 ^a , 678/2021, de 26 de noviembre ECLI:ES:APB:2021:13662	Monitorio de reclamación de rentas de un arrendamiento	Ordinario de reclamación dineraria por dichas rentas	Sí
AP, Barcelona, sec. 15 ^a , 2246/2021, 05.11 ECLI:ES:APB:2021:12478	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Barcelona, sec. 15 ^a , 1862/2021, 27.09 ECLI:ES:APB:2021:10739	Nulidad de un contrato por un determinado vicio	Nulidad del mismo contrato, pero por una causa distinta	No
AP, Barcelona, sec. 15 ^a , 883/2021, 10.05 ECLI:ES:APB:2021:4480	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Barcelona, sec. 17 ^a , 104/2021, 04.03 ECLI:ES:APB:2021:2555	Condena pecuniaria por enriquecimiento injusto	Condena a cumplir un contrato (alternativa y subsidiariamente su nulidad radical)	No

AP, Barcelona, sec. 19 ^a , 22/2021, 21.01 ECLI:ES:APB:2021:496	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Barcelona, sec. 15 ^a , 2409/2020, 13.11 ECLI:ES:APB:2020:11716	Proceso de ejecución de título extrajudicial (hipoteca)	Declarativo posterior sobre validez de una cláusula de la hipoteca que no tiene ninguna incidencia en el primer proceso de ejecución hipotecaria	No
AP, Barcelona, sec. 15 ^a , 226/2020, 04.02 ECLI:ES:APB:2020:556	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No
AP, Barcelona, sec. 15 ^a , 2/2018, 02.01 ECLI:ES:APB:2018:11		El art. 400 LEC no impone la obligación de acumular acciones cuando se pide cosa distinta de la solicitada en un 1P, por mucho que se hubieran podido acumular	
AP, Barcelona, sec. 15 ^a , 285/2017, 19.06 ECLI:ES:APB:2017:5398	Nulidad de una cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario	Reclamación dineraria por pago de lo indebido	No

6. Bibliografía

ABRISQUETA COSTA, Pedro, *La sentencia con reserva de liquidación*, Marcial Pons, 2016, pp. 103-111.

BANACLOCHE PALAO, Julio, «El ámbito de aplicación de la regla de la preclusión del art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista de Derecho Procesal*, 2009, pp. 72-84.

CACHÓN CADENAS, Manuel, «Oposición a la ejecución y cosa juzgada, con especial referencia a las cláusulas abusivas», en CACHÓN CADENAS, Manuel/PÉREZ DAUDÍ, Vicente (dirs.), *Proceso y consumo*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 241-259.

- *Introducción al enjuiciamiento civil*, Atelier, 2021, Barcelona, pp. 187-188.
- «La cosa juzgada derivada del incidente de oposición a la ejecución: el pasado se hace presente», en JIMÉNEZ CONDE, Fernando/BELLIDO PENADÉS, Rafael (dirs.), *Justicia: ¿garantías “versus” eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 233-263.

CALDERÓN CUADRADO, M^a Pía, *Tutela civil declarativa (de la acción a la sentencia de pura declaración)*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 384-394.

CORREA DELCASSO, Juan Pablo, «Alcance de la disposición contenida en el art. 400.2 LEC», *Justicia: Revista de derecho procesal*, 2007, vol. 3-4, pp. 85-86.

DAMIÁN MORENO, Juan, «El deber de fundar la demanda en los diferentes hechos o en los distintos fundamentos o títulos jurídicos que resulten conocidos o que puedan invocarse al tiempo de interponerla: el artículo 400 LEC», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis/BARONA VILAR, Silvia/CALDERÓN CUADRADO, María Pía (coords.), *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca: liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch,

Valencia, 2012, pp. 499-512 (y en DÍEZ-PICAZO, Luis (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. 1, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1003-1018).

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 76-80.

- *Sobre la cosa juzgada*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, «Comentario al art. 400», en BANACLOCHE PALAO, Julio/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio/DE LA OLIVA SANTOS, Andrés/VEGAS TORRES, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001, p. 670.

GUIXÉ NOGUÉS, Elena, «La extensión de los efectos de cosa juzgada a las pretensiones deducibles en pleito anterior y el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE», en PICÓ I JUNOY, Joan (dir.), *Principios y garantías procesales: Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos*, J.M^a Bosch editor, Barcelona, 2013, pp. 245-260.

NIEVA FENOLL, Jordi, *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 164-171.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, T. II, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 1187-1189.

- *Guía para una transición ordenada a la LEC*, J.M^a Bosch editor, Barcelona, 2000, pp. 305-306.

SALAS CARCELLER, Antonio, «La preclusión procesal del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo n^o 664/2017, de 13 diciembre, Rec. 1859/2015», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2018, pp. 23-28.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *La Ley 1/2000, sobre Enjuiciamiento Civil*, J.M^a Bosch editor, Barcelona, 2000, p. 29.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *El objeto del proceso civil y su fijación en las alegaciones, sentencia y cosa juzgada*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 218-219.

- *La cosa juzgada. Estudio de jurisprudencia civil*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 123-156.
- *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 156-160.

VALLINES GARCÍA, Enrique, «Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de enjuiciamiento civil», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio/VEGAS TORRES, Jaime (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad: liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 3171-3196.

- *La preclusión en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 223-224.

Análisis del riesgo y COVID-19: la respuesta española ante la pandemia a la luz del modelo de la Unión Europea

Sumario

La pandemia ha puesto a prueba todo sistema institucional de análisis del riesgo y ha reactivado el debate ya antiguo sobre el papel de los expertos en él. Este artículo estudia este debate desde una perspectiva institucional y se centra en la Unión Europea y España. Se analiza el modelo de análisis del riesgo adoptado por la Unión y el diseño institucional consecuentemente desplegado. Más concretamente, el artículo estudia la propuesta institucional que ha adoptado la Unión ante amenazas sanitarias y para la salud humana. A continuación, el artículo analiza la gestión de la pandemia por parte de España y pone de manifiesto las deficiencias al respecto. La ausencia de una agencia que proteja el conocimiento científico-técnico, especialmente en la fase de evaluación del riesgo, se ha demostrado ser una desventaja en la gestión de la crisis en España, puesto que ha situado a los expertos en una situación de crisis reputacional. La contraposición del modelo de la Unión con la experiencia española permite apuntar que existe un modelo, el Estado regulador en sentido débil, que se encuentra mejor preparado para crisis sanitarias como la de la COVID-19.

Abstract

The pandemic has reactivated the already old debate about the role of experts in the institutional framework of risk analysis. The pandemic has tested every institutional system of risk analysis. This article studies this debate from an institutional perspective focused on the European Union and Spain. The risk analysis model adopted by the Union and the institutional design that it has adopted are scrutinized. More specifically, the article studies the institutional proposal adopted by the Union against health threats and for human health. Next, the article analyses the management of the pandemic by Spain and highlights the deficiencies in this regard. The absence of an agency that protects technical-scientific knowledge, especially in the risk assessment phase, has proven to be a disadvantage in the management of the crisis in Spain, since it has placed the experts in a situation of reputational crisis. The juxtaposition of the Union model with the Spanish experience allows us to point out that there is a model, the regulatory State in a weak sense, which is better prepared for health crises such as that of COVID-19.

Title: Risk Analysis and COVID-19: The Spanish Response in Light of the Model of the European Union

Palabras clave: Crisis sanitaria, COVID-19, análisis del riesgo, Estado regulador, agencias, expertos.

Keywords: Public Health Crisis, COVID-19, Risk Analysis, Regulatory State, Agencies, Experts.

DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.13

2.2023

Recepción
22/12/2022

-

Aceptación
6/4/2023

-

Índice

-

1. Introducción

2. El modelo de referencia europeo en análisis del riesgo y su concreción institucional

- 2.1. Análisis del riesgo en la Unión Europea: ¿Estado social o Estado regulador?
- 2.2. Las variaciones del Estado regulador en la Unión Europea
 - a. El Estado regulador en sentido fuerte: las áreas económicas por excelencia
 - b. El Estado regulador en sentido débil: la gestión del riesgo en el ámbito de la salud humana

3. España y la gestión del riesgo durante la pandemia

- 3.1. La dupla Gobierno-Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (CCAES)
- 3.2. La propuesta de creación de la Agencia Estatal de Salud Pública (AESAP)
- 3.3. La respuesta en Cataluña: la Agencia de Salud Pública de Cataluña (ASPCAT)

4. Conclusiones

5. Bibliografía

-

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

1. Introducción

La crisis provocada por la COVID-19 ha vuelto a situar en el debate público la relación entre políticos y expertos. Los gobiernos en todo el mundo se han visto forzados a tomar decisiones complejas que atañen la salud pública, la movilidad de los ciudadanos, el acceso a la educación, el uso del espacio público, el cierre de establecimientos comerciales y la limitación extraordinaria de actividades profesionales¹. La toma de decisiones en tantos frentes ha comportado importantes consecuencias sociales y económicas, más allá del estricto ámbito de la salud pública. La gestión de la pandemia ha levantado múltiples debates, entre ellos, cabe destacar dos cuestiones estrechamente conectadas. La primera, hace referencia al proceso de toma de decisiones o, en otras palabras, quién toma las decisiones y a través de qué procedimiento. La discusión sobre los distintos papeles de los políticos y los expertos en la toma de decisiones, aunque es un debate recurrente entre nosotros, ha sido central en la respuesta a la pandemia². La segunda cuestión tiene en cuenta la responsabilidad por las decisiones tomadas. Una de las lecciones de la pandemia y su gestión ha sido que se necesita mayor claridad en la asignación de responsabilidades entre los que toman las decisiones, es decir, entre los políticos y los expertos³.

Este artículo estudia estas dos cuestiones entrelazadas desde una perspectiva de análisis institucional. Toma en cuenta el análisis de estructuras institucionales que favorezcan las relaciones entre políticos y expertos y que, a su vez, mejoren la responsabilidad por las decisiones tomadas por ellos. La pandemia ejemplifica la dificultad en gestionar el riesgo en términos de salud humana y la responsabilidad en las decisiones que se toman en este ámbito. La gestión de la salud humana va mucho más allá de la salud pública y requiere conocimiento científico y técnico de muchos tipos, entre ellos el conocimiento de las ciencias sociales. La pandemia nos ha mostrado que es urgente establecer una arquitectura institucional que permita integrar múltiples conocimientos científicos y técnicos para gestionar riesgos complejos.

En todo caso, la pandemia es un ejemplo más del tradicional debate entre el estado democrático y el tecnocrático⁴. Se trata de determinar quién toma las decisiones y quién se hace responsable de las mismas. Los representantes electos tienen la legitimidad democrática para tomar

¹ Las medidas que se han adoptado han variado en intensidad, pero se han repetido a lo largo del mundo. Entre ellas, se incluyen: confinamientos (domiciliarios, municipales, regionales, nacionales e internacionales), cierre de espacios públicos (parques y áreas de uso común), cierre de escuelas y universidades, restricciones en actividades comerciales (restauración, centros comerciales, centros de ocio) y en actividades profesionales y empresariales de todo tipo (limitando la actividad a aquellos sectores imprescindibles para la actividad económica). Para un panorama general de la respuesta mundial a la pandemia, consúltese la sección especial de A.A.V.V., *Verfassungsblog on Matters Constitutional: «Covid 19 and States of Emergency, 2020»*, (<https://verfassungsblog.de/states-of-emergency>).

² FLINDERS/DIMOVA, «Bringing in the experts: blame deflection and the Covid-19 crisis», *British and Irish Politics and Policy, Covid-19*, 2020 (<https://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/bringing-in-the-experts-blame-deflection-and-the-covid-19-crisis/>). Para una mayor profundización, más allá de la crisis de la pandemia, sobre la interrelación entre la administración pública, las autoridades administrativas independientes, los políticos y los expertos, consúltese VERMEULE, *The Constitution of Risk*, 2014, pp. 163-186. En España, para una visión general de la interrelación entre ciencia y derecho en materia de riesgos para la salud, puede consultarse ESTEVE PARDO, «Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión», *Documentación Administrativa*, núm. 265-266, 2003, pp. 137-149.

³ FLINDERS, «Coronavirus blame games – who really benefits?», *The Conversation*, 2020 (<https://theconversation.com/coronavirus-blame-games-who-really-benefits-135470>).

⁴ SHAPIRO, *Who Guards the Guardians. Judicial Control of Administration*, 1988, pp. 58-62.

decisiones, pero, al mismo tiempo, se apoyan en mayor o menor medida, en expertos. La complejidad sin precedentes que ha comportado la gestión de la pandemia puede explicar el resurgir de este debate, puesto que este ha comportado la toma en consideración de muchos factores -científicos, sociales y económicos-, la implicación de diversos conocimientos técnicos y al final, las decisiones han tenido múltiples impactos en la vida de nuestras sociedades. El estado del bienestar o social y la estructura europea institucional que fue erigida entre los años 50 y 70 enfatizaron el papel de la política, mientras que el Estado regulador, que empezó a apostar por autoridades administrativas independientes a partir de los 80, giró su mirada hacia los expertos⁵. A partir de los años 80 han convivido ambos modelos en el continente europeo y esta convivencia ha sido un signo distintivo de nuestro entramado institucional. La pandemia nos ofrece una oportunidad para comparar estos dos modelos institucionales y analizar su efectividad.

El artículo se centra en el debate sobre la arquitectura institucional de la Unión Europea. La propia Unión Europea como organización de integración supranacional y sus Estados Miembros representan un interesante laboratorio de estudio para los modelos del Estado social y regulador⁶. La primera parte del artículo se centra en el modelo europeo de análisis del riesgo que se ha ido construyendo en Europa a lo largo de las últimas décadas. Este modelo ha sido construido de común acuerdo entre las instituciones de la Unión y los Estados Miembros y esta aproximación consensual ha sido determinante en la regulación del riesgo. En la primera parte se presenta el modelo de referencia en Europa en cuanto análisis del riesgo para, después, analizar las respuestas institucionales que ha dado la Unión Europea para interiorizar, de la mejor manera, el mencionado modelo. El artículo argumenta que la apuesta de la Unión ha sido en favor del Estado regulador, pero con variaciones y mayor o menor sensibilidad hacia el modelo social en función del contexto y del ámbito del riesgo. Finalmente, se estudia la respuesta institucional de la Unión en el análisis de riesgos para la salud humana, un área determinante para la respuesta a la crisis de la pandemia.

⁵ MAJONE, «The Rise of statutory regulation in Europe», en MAJONE (ed.), *Regulating Europe*, Routledge, Londres, 1996, pp. 49-59.

⁶ MAGNETTE, «The Politics of Regulation in the European Union», en GERADIN/MUÑOZ/PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham and Northampton, 2005, pp. 3-23; CHRISTENSEN/LAEGRID, «Agencification and regulatory reforms», en CHRISTENSEN/LAEGRID (eds.), *Autonomy and Regulation. Coping with Agencies in the Modern State*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham and Northampton, 2006, pp. 11-12.

⁷ SOLANES MULLOR, *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español*, 2016, pp. 179-305.

La segunda parte del artículo se centra en la respuesta española a la gestión de la pandemia. España, como miembro de la Unión Europea, tiene como referencia el modelo europeo de análisis del riesgo y, también, ha implementado, no con dificultades, el modelo de Estado regulador⁷. Pese a ello, el artículo presenta un análisis crítico sobre la arquitectura institucional de España que se ha enfrentado a la gestión de la pandemia. El artículo estudia la respuesta a nivel estatal -relación Gobierno y Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (CCAES)- que se alejó del modelo europeo de referencia en análisis del riesgo para la salud humana, la respuesta autonómica de Cataluña que aparentemente fue distinta y con una inclinación mayor hacia estructuras institucionales del Estado regulador -con el resurgimiento de la Agencia de Salud Pública de Cataluña (ASPCAT)- y, finalmente, la propuesta de mejora de la gestión a nivel estatal, que se inclina por superar las dificultades de la dupla Gobierno-CCAES y apuesta por un modelo más acorde con el Estado regulador, con la propuesta de creación de la Agencia Estatal de Salud Pública (AESAP). Pese a los esfuerzos para alinearse con el modelo de referencia europeo, el artículo concluye que España se encuentra lejos de ese objetivo.

2. El modelo de referencia europeo en análisis del riesgo y su concreción institucional

2.1. Análisis del riesgo en la Unión Europea: ¿Estado social o Estado regulador?

El marco internacional para el análisis del riesgo divide su regulación en tres momentos distintos: la evaluación del riesgo, su gestión y su comunicación⁸. Este marco conceptual emerge en los años 80 y permite diferenciar el papel de los expertos y de los políticos puesto que permite clarificar lo que aportan cada uno de ellos en los distintos momentos que el riesgo entraña. Este marco conceptual tiene como punto de partida el reconocimiento que tanto el conocimiento

⁷ SOLANES MULLOR, *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español*, 2016, pp. 179-305.

⁸ La distinción fue elaborada por primera vez en 1983 por el US National Research Council (NRC): NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process*, 1983. Este estudio y otras publicaciones del NRC han influenciado la forma en la que se analiza el riesgo por parte de numerosas agencias norteamericanas.

científico-técnico como la legitimidad política en la toma de decisiones son necesarios y que es relevante distinguir ambas dimensiones. En este marco conceptual, los expertos están a cargo de la evaluación del riesgo -identifican y califican el riesgo- mientras que los que toman las decisiones -políticos- definen e implementan las medidas necesarias para gestionar el riesgo, teniendo en cuenta el conocimiento científico-técnico específico del área del riesgo en cuestión, pero también incorporando otros factores y valores en la toma de la decisión en la gestión del riesgo⁹. Este modelo no es ajeno a la dificultad de separar con claridad evaluación de gestión¹⁰, y admite que muchas veces la línea es borrosa, pero intenta mantener la separación a efectos de clarificar los papeles de todos los actores y, por tanto, facilitar la asignación posterior de responsabilidades.

Las ventajas de este modelo son claras. En primer lugar, combina conocimiento científico-técnico y política, considerando que ambas perspectivas son necesarias. El conocimiento científico-técnico es clave en el primer momento para identificar y valorar la magnitud del riesgo. El proceso político es determinante en el segundo momento ya que permite integrar la evaluación técnica inicial con otros factores que deben tenerse en cuenta en la decisión final (gestión del riesgo). Las implicaciones económicas y sociales del riesgo pueden integrarse en el análisis y lo harán políticos que poseen legitimidad democrática. En segundo lugar, una vez la decisión es tomada y tenemos que evaluar sus resultados y consecuencias, la separación entre evaluación y gestión facilita la asignación de responsabilidades entre los distintos actores que han participado en la toma de decisiones.

Tanto el Estado social como el Estado regulador son modelos receptivos a este marco conceptual de análisis del riesgo. Pese a ello, como consecuencia de los diferentes fundamentos y estructuras institucionales, los dos modelos regulan el riesgo de manera diferenciada. El Estado social desarrollado en Europa durante los años 50 y 70 pone el acento en el proceso político para la toma de decisiones y en la responsabilidad democrática, todo ello refuerza el intervencionismo del Estado en la esfera pública¹¹. En este sentido, el Estado social despliega una fuerte presencia reguladora en la economía y los mercados a través de la iniciativa pública empresarial y la

⁹ ALEMANNI, «Science & EU Risk Regulation: The Role of Experts in Decision-Making and Judicial Review», *Connex Report Series*, núm. 6, 2008, p. 43.

¹⁰ NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Understanding Risk: Informing Decisions in a Democratic Society*, 1996.

¹¹ MAJONE, en MAJONE (ed.), *Regulating Europe*, 1996, pp. 54-55.

regulación de la actividad económica mediante la típica estructura jerarquizada de la administración pública -una administración pública profesional jerarquizada liderada por ministros elegidos por los gobiernos y parlamentos¹². Por el contrario, el Estado regulador confía mucho más en los expertos. Los fundamentos del Estado regulador se encuentran en las políticas del *New Deal* en los Estados Unidos de los años 20 y 30. El acento en el conocimiento científico-técnico sitúa el mercado privado en el centro y relega a un segundo plano el proceso político y la responsabilidad democrática¹³. El Estado regulador apuesta por las autoridades administrativas independientes como solución institucional para regular el sector privado¹⁴. Estas instituciones se aíslan de los poderes políticos, otorgando independencia a los gestores que se integran en ella, unos gestores que son escogidos según su conocimiento científico-técnico¹⁵. El Estado regulador se aparta notablemente del modelo jerarquizado de administración pública liderado por políticos. Por el contrario, prefiere instituciones que sean menos intrusivas en la esfera privada, apuesta por la profesionalización y por el conocimiento científico-técnico¹⁶.

La evaluación y gestión del riesgo se interiorizan de manera distinta en función del modelo de Estado. El Estado social limita la influencia directa de los expertos en el proceso de toma de decisiones: los expertos tienen un rol secundario porque aquello que es más relevante es la legitimidad y responsabilidad democráticas. Cuando los expertos son tenidos en cuenta, asumen funciones consultivas o se incardinan dentro de las instituciones democráticas (como consejeros de los parlamentos, gobiernos o de la administración pública). Esto no significa que los expertos no estén integrados en el Estado social, pero es cierto que el Estado social no incorpora instituciones como las autoridades administrativas independientes que protegen y aíslan a los expertos de la influencia política. Por el contrario, el Estado regulador sí que apuesta por este tipo de institución y esto facilita la separación entre evaluación y gestión del riesgo. La clara separación entre los dos momentos es posible gracias a esta estructura institucional que es la autoridad administrativa independiente y permite un acomodo natural del marco conceptual del análisis del riesgo.

Al fin y al cabo, la relación entre política y conocimiento científico-técnico es cuestión de equilibrio y grado. El Estado social tiende a favorecer el proceso político y la responsabilidad democrática mientras que el Estado regulador enfatiza el conocimiento científico-técnico y acoge otras nociones de responsabilidad, como por ejemplo la responsabilidad procedimental y la exigencia de transparencia¹⁷. En todo caso, el Estado regulador tiene diferentes manifestaciones que dejan más o menos espacio a los políticos y expertos. Algunas autoridades administrativas independientes pueden ser poderosas, capaces de tomar decisiones que integren evaluación y gestión del riesgo bajo el control de los expertos, otras son solamente de carácter consultivo, en este caso las instituciones políticas son los principales actores y las autoridades administrativas independientes y los expertos juegan un papel más de tipo consultivo. Las

¹² MAJONE, «Regulation and its modes», en MAJONE (ed.), *Regulating Europe*, 1996, p. 11.

¹³ MAJONE, «Theories of regulation», en MAJONE (ed.), *Regulating Europe*, 1996, p. 28.

¹⁴ SOLANES MULLOR, *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español*, pp. 88-95.

¹⁵ GROENLEER, *The Autonomy of European Union Agencies. A Comparative Study of Institutional Development*, 2009, pp. 125-128.

¹⁶ POLLIT/BATHGATE/CAULFIELD/SMULLEN/TALBOT, «Agency Fever? Analysis of an International Policy Fashion», *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, núm. 3-3, 2001, pp. 276-279.

¹⁷ MAJONE, «Regulatory legitimacy», en MAJONE (ed.), *Regulating Europe*, pp. 291-296.

autoridades administrativas independientes varían notablemente en cuanto a poderes, pero, ya sean decisorias o consultivas, siempre aíslan el conocimiento científico-técnico de la política. Este dato es esencial para entender cómo cada modelo de Estado asigna la responsabilidad en el marco del análisis del riesgo. El Estado social tiende a dar poder a los políticos tanto en la evaluación como en la gestión del riesgo -con los expertos en los márgenes y como apoyo- mientras que el Estado regulador tiende a fortalecer a los expertos tanto en la evaluación como en la gestión del riesgo, en menor o mayor medida en función de los poderes que se asigne a la autoridad administrativa independiente, agencia o ente regulador. En otras palabras, la modulación de la separación entre los distintos momentos del riesgo y el papel de políticos y expertos depende del modelo de Estado y de la arquitectura institucional que se adopte.

El modelo de análisis del riesgo de la Unión Europea ha ido asimilando el marco conceptual internacional durante años¹⁸. Este camino, sin embargo, ha estado influenciado por la evolución de los distintos modelos de Estado. Al comienzo, antes de la aparición en Europa del Estado regulador en los 80, el diseño institucional de la Unión Europea reflejaba el de los Estados Miembros, es decir, las agencias tenían muy poca presencia en el panorama institucional. Las instituciones políticas de la Unión -el Parlamento Europeo y la Comisión- eran determinantes en la regulación del riesgo. Mientras el Estado social era predominante en Europa, la Unión Europea se basó principalmente en el proceso político y la responsabilidad democrática. La inclusión del conocimiento científico-técnico en el proceso de toma de decisiones de la Unión fue lenta. Las primeras manifestaciones del cambio ocurrieron al final de los 80 y comienzos de los 90 a través de decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito de mercado interno de bienes¹⁹. Durante los años 90, la presencia de expertos en el análisis del riesgo ganó normatividad a nivel de los Tratados²⁰. La integración del conocimiento científico-técnico a nivel de la Unión fue acompañada por la creación de agencias, tanto a nivel de la Unión como a nivel nacional. Durante los años 90 y 2000, las autoridades administrativas independientes o agencias eclosionan en Europa²¹, convirtiendo el Estado regulador en una realidad y acogiendo muchos de los postulados del *New Deal* norteamericano²².

En este contexto, el análisis del riesgo cambió en Europa de un modelo político a uno mucho más orientado al conocimiento científico-técnico. Este cambio tuvo una dimensión europea, puesto que el cambio de paradigma, aunque con diferencias en intensidad y grado, afectó a todos los Estados europeos²³. Asimismo, este cambio ocurrió tanto a nivel de la Unión como a nivel estatal. En los años 90 y 2000, la Unión apostó por las agencias como una nueva forma de gobernanza

¹⁸ ALEMANNI, *Connex Report Series*, núm. 6, 2008, pp. 38-43.

¹⁹ Véanse las siguientes decisiones: Sentencia de 12 de marzo de 1987, *Beer Purity (Comisión c. Alemania)*, C-178/84, EU:C:1987:126; Sentencia de 13 de diciembre de 1990, *Bellon*, C-42/90, EU:C:1990:475; Sentencia de 4 de junio de 1992, *Debus*, C-13/91 y 113/91, EU:C:1992:247.

²⁰ ALEMANNI, *Connex Report Series*, núm. 6, 2007, pp. 38-43.

²¹ GERADIN/PETIT, «The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals of Reform», *Jean Monnet Working Paper* 01/04, New York University School of Law, 2004, pp. 37-38.

²² MAJONE, en MAJONE (ed.), *Regulating Europe*, 1996, pp. 49-54.

²³ GILARDI, «Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis», *Journal of European Public Policy*, núm. 9-6, 2002, p. 873; COEN/THATCHER, «The New Governance of Markets and Non-Majoritarian Regulators», *Governance: An International Journal of Policy Administration and Institutions*, núm. 18-3, 2005, p. 330; COEN/THATCHER, «Network Governance and Multi-Level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies», *International Public Policy*, núm. 28-1, 2008, p. 49.

que ahora ya es parte consolidada de su panorama institucional²⁴. Los Estados Miembros, al mismo tiempo, también crearon agencias nacionales que ahora son habituales en varios sectores económicos²⁵. La implementación del Estado regulador en Europa, así como la interconexión de los niveles de la Unión y de los Estados en cuanto a esa implementación, es un fenómeno muy relevante ya que la Unión ha apostado no solamente por agencias para sus asuntos internos, sino también ha legislado para imponer agencias nacionales de regulación del riesgo²⁶. Como resultado, hoy en día tanto la Unión como los Estados Miembros han adoptado un modelo común de análisis del riesgo y hay una convergencia institucional a favor del Estado regulador como mejor modelo para asumir la regulación del riesgo.

2.2. Las variaciones del Estado regulador en la Unión Europea

a. *El Estado regulador en sentido fuerte: las áreas económicas por excelencia*

La arquitectura institucional del Estado regulador, tal y como se ha comentado anteriormente, no es uniforme en todos los ámbitos sujetos a regulación. El marco común de análisis del riesgo se articula a través de diferentes soluciones institucionales en las cuales el equilibrio entre políticos y expertos varía. Denomino Estado regulador en sentido fuerte cuando se articulan agencias con poderes de decisión y Estado regulador en sentido débil cuando las agencias son solamente consultivas. El análisis del riesgo se lleva a cabo bajo las dos variantes, pero el equilibrio entre políticos y expertos no es el mismo.

En el Estado regulador en sentido fuerte, las agencias son centrales en el ejercicio del poder público. En ciertos sectores, las agencias toman decisiones y, por tanto, lideran y están presentes en todas las fases de análisis del riesgo. En estos ámbitos, las instituciones de carácter político son secundarias. Algunos ejemplos serían la política monetaria y la regulación financiera -bancos centrales, comisiones de valores- y la energía, las telecomunicaciones o los transportes. En todos estos sectores el Estado regulador se encuentra en su máxima expresión por la combinación de diversos factores. El primero es la gran confianza en la iniciativa privada y el mercado. Como la actividad económica está fuertemente privatizada en estas áreas, las funciones del Estado se reducen a gestionar las externalidades y el mal funcionamiento del mercado, asegurando la protección de la libre competencia y de los consumidores²⁷. En segundo lugar, la función correctora de los poderes públicos se concibe como técnica y, de este modo, se requiere conocimientos científico-técnicos de todo tipo, especialmente relativos a la ciencia económica. La regulación de los mercados para corregir sus fallos se conceptualiza como políticamente neutra, adaptándose una suerte de eficiencia de Pareto, es decir, se entiende que todas y todos se benefician del correcto funcionamiento de los mercados, sin que haya políticas de

²⁴ Para un panorama de las actuales agencias europeas, véase la página web oficial de la Unión Europea: https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies_en.

²⁵ GERADIN/PETIT, «The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals of Reform», *Jean Monnet Working Paper 01/04*, New York University School of Law, 2004, pp. 8-10; THATCHER, «The creation of European regulatory agencies and its limits: a comparative analysis of European delegation», *Journal of European Public Policy*, núm. 18-6, 2011, p. 798.

²⁶ THATCHER, «Regulation after delegation: independent regulatory agencies in Europe», *Journal of European Public Policy*, núm. 9-6, 2002, pp. 955-956; SOLANES MULLOR, «Institutional Balance, EU and National Agencification Processes: The Need for Dialogue», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 68, 2018, pp. 86-88.

²⁷ MAJONE, en MAJONE (ed.), *Regulating Europe*, 1996, pp. 28-29.

redistribución de la riqueza que requieran legitimidad democrática²⁸. En tercer lugar, más allá de la ciencia económica, se requieren otro tipo de conocimientos científico-técnicos -por ejemplo, ingeniería en los sectores energéticos y de las telecomunicaciones- así que el conocimiento científico-técnico se sobrevalora por encima de la legitimidad política/democrática²⁹.

El Estado regulador que empodera las agencias como actores principales responde a estas características. Las agencias son capaces de planificar e implementar proyectos a largo plazo -sin problemas de credibilidad- porque son inmunes a los ciclos electorales³⁰. El liderazgo de las instituciones políticas se ancla en las elecciones mientras que los actores privados exigen operar en sectores estables para poder tomar decisiones informadas y a largo plazo³¹. Asimismo, la configuración institucional de la agencia protege el conocimiento científico-técnico y asegura la profesionalización de la administración³². Los responsables de la agencia pueden ser nombrados por las instituciones políticas, pero su legislación que la crea y regula normalmente requiere que los candidatos tengan calificaciones científico-técnicas y experiencia previa en el ámbito de actuación de la agencia, y muchas veces tienen un mandato asegurado y protegido a largo plazo³³. El personal de la agencia es contratado también sobre la base de su conocimiento científico-técnico en el ámbito de actuación de la agencia³⁴. En el Estado regulador en sentido fuerte, los expertos están protegidos gracias al paraguas institucional de una agencia que los aísla de la influencia política. Finalmente, las agencias en este contexto poseen potestades públicas robustas, en muchos casos incluso los tres típicos poderes estatales³⁵. Así, tienen poderes normativos que se expresan a través de normas, regulaciones o determinación de estándares técnicos; ejercen la función ejecutiva cuando imponen sanciones o adoptan actos administrativos de ejecución; y atesoran poderes judiciales o cuasi-judiciales, sobre todo cuando ejercen la función arbitral de resolución de conflictos entre los agentes privados del mercado regulado.

²⁸ El mercado privado es el organizador óptimo de recursos y los poderes públicos solamente deben velar por su funcionamiento. El Estado regulador, corrigiendo el mercado, no toma decisiones de redistribución de la riqueza, decisiones que son típicas en el Estado social (estado del bienestar), como por ejemplo una política tributaria progresiva. Así, la legitimidad democrática es menos necesaria en el Estado regulador porque la función correctora no implica redistribución y, por tanto, no hay perdedores en el juego. Véase MAJONE, en MAJONE (ed.), *Regulating Europe*, 1996, pp. 294-296.

²⁹ En todo caso, los defensores del Estado regulador abogan por la despolitización de las decisiones económicas y con esta expresión entienden que en esas áreas la ciencia económica es determinante. Véase MAJONE, «Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards», *European Law Journal*, núm. 4-1, 1998, p. 28.

³⁰ MAJONE, «Non-Majoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance. A Political Transaction-Cost Approach», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, núm. 157-1, 2001, pp. 61-63.

³¹ THATCHER, «Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation», *West European Politics*, núm. 25-1, 2002, pp. 130-131; WONKA/RITTBERGER, «Credibility, Complexity and Uncertainty: Explaining the Institutional Independence of 29 EU Agencies», *West European Politics*, núm. 33-4, 2010, pp. 734-736.

³² LEVI-FAUR, «Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space», *Journal of European Public Policy*, núm. 18-6, 2011, pp. 811-812.

³³ Groenleer, *The Autonomy of European Union Agencies. A Comparative Study of Institutional Development*, 2009, pp. 122-124.

³⁴ *Ibid.* pp. 125-128.

³⁵ DEHOUSSE, «Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance», *Jean Monnet Working Paper 2/02*, New York University School of Law, 2002, pp. 2-3; KELEMAN, «The Politics of 'Eurocratic' Structure and the New European Agencies», *West European Politics*, núm. 25-4, 2002, p. 94.

El protagonismo de las agencias es visible tanto a nivel de la Unión como a nivel nacional. En el ámbito de la política monetaria y la regulación financiera, el Banco Central Europeo (BCE) puede ser considerado como la más poderosa agencia europea, su independencia está directamente consagrada en los tratados³⁶. Sin embargo, otras agencias europeas se han creado recientemente en el sector de la regulación financiera³⁷. A nivel nacional, los bancos centrales han sido muy relevantes y continúan siéndolo, incluso en los Estados parte de la Eurozona³⁸. El papel de las agencias reguladoras de los mercados de valores también debe destacarse³⁹. En los sectores de la energía y de las telecomunicaciones, por su parte, la Unión Europea impuso a los Estados Miembros la obligación de crear y articular agencias nacionales fuertes, especialmente para asegurar la libre competencia⁴⁰. Actualmente, la Unión continúa exigiendo este tipo de agencias nacionales en los mercados de la energía y las telecomunicaciones, pero también ha abierto el camino a la creación de agencias europeas⁴¹. En resumen, tal y como se ha comentado anteriormente, la interconexión entre el nivel de la Unión y el nacional en la implementación del Estado regulador en Europa ha sido una constante en las últimas tres décadas.

El foco en las agencias en el Estado regulador en sentido fuerte inclina la balanza a favor de los expertos en el debate entre política y conocimiento científico-técnico. En estos sectores, la toma de decisiones de las instituciones políticas se ve reducida. Las instituciones políticas normalmente solamente nombran los responsables de las agencias y determinan su mandato y funciones a través de normas legislativas. Aunque las instituciones políticas son las responsables últimas por el correcto funcionamiento de las agencias, el día a día de la regulación de estos sectores se ejerce de manera independiente por la agencia. Esto tiene importantes implicaciones para el análisis del riesgo. La regulación del riesgo en estos sectores se divide en diferentes fases -evaluación, gestión y comunicación- pero todas ellas se llevan a cabo dentro de la agencia y por expertos⁴². En este sentido, muchas agencias reguladoras tienen diferentes unidades o secciones

³⁶ La regulación del BCE se encuentra en una tríada de tratados: Artículo 13 del Tratado de la Unión Europea (TUE), Artículos 282-284 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en el Protocolo núm. 4 sobre el Estatuto del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo.

³⁷ Véase la Autoridad Bancaria Europea (ABE) y la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM).

³⁸ Los bancos centrales nacionales de los Estados Miembros que pertenecen a la Eurozona están ahora integrados en el denominado Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) y ejercen funciones relevantes de supervisión bajo el liderazgo del Banco Central Europeo. Véase SOLANES MULLOR, «What Goes UP Must Go UP: Raising Judicial Scrutiny over the European Central Bank Through Judicial Dialogue», en BELOV (ed.), *Judicial Dialogue*, Eleven International Publishing, La Haya y Chicago, 2019, pp. 155-162.

³⁹ A nivel nacional, solamente las agencias reguladoras de los mercados financieros eran habituales en los 90. Véase Thatcher, *Journal of European Public Policy*, núm. 9-6, 2002, pp. p. 954.

⁴⁰ La obligación de articular una agencia nacional en el sector de la energía fue formulada por primera vez en 2009 (Apartado 34 y Artículo 35(4)(b)(ii) Directiva 2009/72 y Apartado 30 y Artículo 39(4)(b)(ii) Directiva 2009/73. Esta obligación fue impuesta también en el sector de las telecomunicaciones en 2009 (Artículos 3 bis y Artículos 6-12 Directiva 2002/21, introducidos por la Directiva 2009/140). Antes de 2009, la legislación de la Unión dejó libertad de elección a los Estados Miembros para organizar los reguladores en los sectores de la energía y las telecomunicaciones. Algunos Estados tenían agencias reguladoras débiles o directamente ejercía la administración pública jerarquizada la función de ente regulador. Véase SOLANES MULLOR, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 68, 2018, pp. 97-98.

⁴¹ Véase la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER), creada por el Reglamento (CE) No 713/2009) y el Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE), creado por el Reglamento (UE) No 2018/1971.

⁴² Véase *supra* nota 8.

para las diferentes fases del análisis del riesgo⁴³. Las instituciones políticas, en áreas en las que el Estado regulador en sentido fuerte opera, delegan la regulación del riesgo a los expertos (agencias). Por esta razón, la agencia puede ser responsabilizada por los fallos en cualquier fase de análisis del riesgo.

Sin lugar a duda, el Estado regulador en sentido fuerte ha sido objeto de crítica. Por un lado, los defensores de este se preocupan por una posible “captura” de las agencias por parte de los agentes privados del mercado regulado⁴⁴, por el coste y la ineficiencia de la regulación⁴⁵ y por la dispersión o la falta de coordinación entre agencias⁴⁶. Especialmente en países en los que las agencias no han formado parte de la cultura política y jurídica, estas se enfrentan con dificultades en su acomodo⁴⁷. La mayor crítica, sin embargo, viene desde fuera de los defensores del Estado regulador que lo califican como deficitario en términos democráticos. La crítica normalmente se centra en uno de los argumentos clave de las agencias: la alegada neutralidad de la actividad de la agencia (y, por tanto, en la confianza en el conocimiento científico-técnico) que se basa en la presunción de que no hay ganadores ni perdedores en la gestión económica de las áreas asignadas a las agencias. En otras palabras, la regulación del riesgo no debe ser considerada neutral, juicios de valor y decisiones políticas siempre se tomarán, especialmente en la fase de gestión del riesgo⁴⁸. Por esta razón, el Estado regulador en sentido fuerte se confina a áreas donde hay suficiente consenso en el que la presencia de juicios de valor es mínima.

b. El Estado regulador en sentido débil: la gestión del riesgo en el ámbito de la salud humana

Existen, sin embargo, otros ámbitos en los que la regulación del riesgo en el seno de la Unión Europea ha tomado un camino institucional distinto en el que las agencias no son protagonistas. En ellos, la necesidad de conocimiento científico-técnico se reconoce en el seno de la Unión, pero los expertos no se erigen en agentes decisorios. La larga lista en las que el marco regulador del riesgo de la Unión es aplicable incluye la seguridad alimentaria, los límites de emisión de gases de los vehículos, la calidad del agua, la protección del consumidor, la prevención y seguridad en el ámbito laboral, y el uso de químicos, biocidas, organismos modificados genéticamente (OMGs), pesticidas y aditivos alimentarios⁴⁹. En todos estos ámbitos, el derecho de la Unión está

⁴³ *Ibid.* Véase, a efectos de ejemplificar una típica división de una agencia, la unidad de ‘análisis e investigación’ de los bancos centrales, encargada de evaluar el riesgo, y la ‘junta directiva’ de los bancos centrales encargada de tomar las decisiones (gestión del riesgo).

⁴⁴ STIGLER, «The Theory of economic regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, núm. 1-2, 1971, pp. 3-21.

⁴⁵ SUNSTEIN, *Free Markets and Social Justice*, 1997, pp. 322-326.

⁴⁶ SUNSTEIN, *After the Rights Revolution*, 1990, pp. 93-94.

⁴⁷ SOLANES MULLOR, *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español*, pp. 317-320.

⁴⁸ FOLLESDAL/HIX, «Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik», *Journal of Common Market Studies*, núm. 44-3, 2006, pp. 542-544; EVERSON/VOS, «European Risk Governance in a Global Context», *Connex Report Series*, núm. 6, 2008, pp. 10-16; DE SOMER, «International and European Impulse with regard the Creation of Autonomous Public Bodies: An Emerging Trend», *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, núm. 3-1, 2014, pp. 85-86.

⁴⁹ ALEMANNI, *Connex Report Series*, núm. 6, 2008, p. 38.

muy presente, puesto que la Unión y los Estados Miembros comparten la competencia en la regulación del riesgo.

El equilibrio entre política y expertos, sin embargo, cambia en comparación con el Estado regulador en sentido fuerte. Este se adopta cuando la confianza en la economía y el mercado se encuentra en su punto álgido. La creencia en la neutralidad de la intervención pública en estas áreas es intensa; esto es, se concibe la intervención de las agencias como una maximizadora de beneficios, sin perdedores. Estas creencias encuentran respaldo en una confianza en el conocimiento científico-técnico⁵⁰. Otras áreas, sin embargo, no se centran tanto en los mercados y, por tanto, el interés público y otros valores son más visibles en el proceso de toma de decisiones. Además, la incertidumbre del conocimiento científico-técnico en estas otras áreas representa un argumento adicional para adoptar una posición más prudente⁵¹. Por ejemplo, en seguridad alimentaria, el derecho de la Unión claramente separa la evaluación del riesgo, que se asigna a los expertos (la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, EFSA), de su gestión (delegada y en manos de la Comisión). Concretamente, la Comisión tiene el mandato de incorporar en la gestión del riesgo y las medidas que tome “otros factores que sean relevantes para la materia en consideración”⁵². En esta y áreas similares, la Unión ha sido descrita como un sistema en el que “el conocimiento científico es relevante, pero no exclusivo”⁵³.

Esta aproximación ha sido determinante en el diseño institucional para el análisis del riesgo. Antes de 1980, el modelo de Estado social era predominante, y las instituciones políticas de la Unión y los Estados Miembros eran los protagonistas en la regulación del riesgo en estas áreas. Especialmente en el nivel de la Unión, los procesos de toma de decisiones establecidos por los Tratados dejaban las decisiones en manos de las instituciones políticas de la Unión, esto es, al Consejo, Parlamento y Comisión. Los expertos asumían un papel consultivo. Este papel adoptaba diferentes manifestaciones, incluyendo la figura del consultor externo a través de informes o una mayor institucionalización en forma de expertos internos en la Comisión o grupos de expertos como el Centro Común de Investigación (CCI) y el Panel de Evaluación de Opciones Científicas y Tecnológicas (STOA)⁵⁴.

El camino hacia el Estado regulador en los 90 llevó a la integración del conocimiento científico-técnico en todas estas áreas y se llevaron a cabo intentos para armonizar y reforzar el papel de los expertos en el diseño institucional de la Unión⁵⁵. Las agencias, como el modelo institucional más adecuado para el Estado regulador, supuso una nueva forma de gobernanza a explorar a nivel de la Unión⁵⁶. Sin embargo, la creación de agencias reguladoras con amplios poderes no era una opción, porque todos estos sectores estaban menos orientados hacia el mercado, los juicios de

⁵⁰ Véase *supra* nota 28.

⁵¹ Véase la Comunicación de la Comisión sobre el principio de precaución COM (2000) 1 final, 2 febrero de 2000, p. 2.

⁵² Artículos 7 y 19 del Reglamento (CE) No 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente.

⁵³ SKOGSTAD, «The WTO and Food Safety Regulatory Policy Innovation in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, núm. 39-3, 2001, p. 490.

⁵⁴ ALEMANNI, *Connex Report Series*, núm. 6, 2008, pp. 41-42.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Véase la Comunicación de la Comisión Europea, *Gobernanza Europea: Libro Blanco*, COM(2001) 428 final, 25 de julio de 2001.

valor no económicos eran relevantes y la incertidumbre científica estaba muy presente. En todas estas áreas se constituyeron agencias europeas, pero mayoritariamente de naturaleza consultiva sin poder decisorio⁵⁷. El Estado regulador se articuló de manera débil por la necesidad de mantener el proceso político de toma de decisiones en el centro de la regulación del riesgo. Pese a ello, la introducción de las agencias europeas cambió el panorama institucional en la Unión. A pesar de su naturaleza consultiva, ayudaron a separar a los expertos -en las agencias- de los políticos -en la Comisión, Parlamento y Estados Miembros- y en esa línea aumentaron la visibilidad y transparencia en el análisis del riesgo, especialmente en términos del papel de los expertos y su responsabilidad.

El Estado regulador en sentido débil es un compromiso entre democracia y tecnocracia. Las instituciones políticas de la Unión eran muy conscientes de ello y decidieron implementar el Estado regulador en sentido fuerte con agencias decisorias solamente en unas áreas muy concretas. En otras, donde los juicios de valor y la incertidumbre científica eran más prevalentes, incluso los defensores del modelo de Estado regulador en los 90 y 2000, como la Comisión misma, favorecieron la creación de agencias consultivas en lugar de decisorias⁵⁸. Las instituciones de la Unión decidieron mantener el poder de decisión en manos de la política en estas áreas, pero en todo caso, con la creación de agencias consultivas, separaron expertos de política. Aunque fueron limitadas a un papel consultivo, la creación de muchas agencias europeas en los 90 y 2000 permitieron a los expertos tener una mayor independencia⁵⁹. En este contexto, el equilibrio entre expertos y política en el proceso de toma de decisiones se inclinó a favor de las instituciones políticas, que son las encargadas de la dirección, mientras que las agencias proveen el conocimiento científico-técnico y, más importante, protegen la integridad de los expertos aislándolos institucionalmente de la influencia política.

La regulación del riesgo en el ámbito de la salud pública por parte de la Unión es un claro ejemplo de implementación del Estado regulador en sentido débil. Seguridad alimentaria, regulación de productos químicos, medioambiente y calidad del agua están configuradas en este contexto institucional. Aunque todas estas áreas tienen un marco institucional similar, limitaré mi análisis al riesgo para la salud pública en materia de prevención y control de enfermedades humanas transfronterizas. Se trata del tipo de riesgo que ha comportado la crisis de la COVID-19, es decir, los Estados europeos se han enfrentado a una pandemia transfronteriza y, por tanto, el marco regulador de los riesgos para la salud humana por epidemias transfronterizas ha sido puesto a prueba. Sin duda la crisis de la COVID-19 ha presentado múltiples dimensiones, entre ellas, una

⁵⁷ Muchas de las agencias son consultivas, como por ejemplo la Agencia Europea del Medio Ambiente (AEMA), la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA). Algunas tienen poderes ejecutivos limitados (capacidad para otorgar autorizaciones administrativas) como la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA) o la Agencia Europea de Medicamentos (EMA). Las agencias europeas en todos estos ámbitos no tienen potestades públicas o, como mucho, poderes ejecutivos limitados. Véase SOLANES MULLOR, *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español*, pp. 152-160.

⁵⁸ Comunicación de la Comisión Europea, Gobernanza Europea: Libro Blanco, COM(2001) 428 final, 25 de julio de 2001 pp. 27-28; Comunicación de la Comisión sobre la Gobernanza Europea: Legislar mejor, COM (2002) 275 final, 5 de junio de 2002, p. 5; Comunicación de la Comisión Europea sobre el funcionamiento de las Agencias Europeas, COM (2002) 718 final, 11 de diciembre de 2002, pp. 12-13; Comunicación de la Comisión sobre las Agencias Europeas: orientaciones para el futuro, COM (2008) 135 final, 11 de marzo de 2008, p. 5.

⁵⁹ TRONDAL/JEPPESEN, «Images of Agency Governance in the European Union», *West European Politics*, núm. 31-3, 2008, p. 419.

crisis económica, pero el factor o riesgo determinante ha sido la gestión de la amenaza a la salud pública de carácter transfronterizo.

En este contexto, es importante recordar que la Unión adopta un modelo de Estado regulador en sentido débil para la regulación del riesgo en cuanto a amenazas transfronterizas para la salud pública. El diseño institucional es complejo y el equilibrio entre política y expertos se inclina hacia lo político⁶⁰. Así, el diseño institucional comprende tres actores: el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (ECDC), la Comisión Europea y los Estados Miembros. Esta tríada se encuentra a cargo del análisis del riesgo que suponen las amenazas transfronterizas para la salud pública y, entre ellos, solamente el ECDC es una agencia primariamente basada en el conocimiento científico-técnico⁶¹.

El ECDC se encuentra a cargo de la evaluación del riesgo, pero nada más: la Comisión y los Estados Miembros asumen la gestión del riesgo⁶². El ECDC ha recogido datos sobre la crisis de la COVID-19 y ha valorado el riesgo a través de sus informes⁶³. El ECDC también coordina una red de vigilancia epidemiológica, que complementa a las creadas a nivel nacional⁶⁴. Esta red permite comparar y compartir datos epidemiológicos. La propuesta parece encaminarse a dotar a los aparatos de vigilancia nacional de una coordinación, en manos del ECDC, de carácter supranacional. Sin embargo, desde la Unión no se establecen criterios de cómo deben ser las autoridades nacionales competentes que tomen decisiones, sobre todo, aquellas autoridades que conformen las redes nacionales de vigilancia epidemiológicas y, por tanto, los Estados Miembros pueden articular instituciones políticas o agencias nacionales para participar en la red supranacional de vigilancia⁶⁵. En este sentido, el ECDC se encuentra a cargo de coordinar una gran variedad, a nivel institucional, de autoridades nacionales, muchas de las cuales no son agencias.

Dejando de lado el papel del ECDC, los Estados Miembros son llamados a tomar las decisiones y, al final, se encuentran a cargo de la gestión de las amenazas transfronterizas a la salud pública⁶⁶. La Comisión asume un papel coordinador, pero la pandemia ha demostrado que ese papel no se ha traducido en poder de decisión⁶⁷. De hecho, la mayoría de las decisiones en la gestión de la

⁶⁰ Actualmente, el diseño institucional lo establece la Decisión No 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud y por el que se deroga la Decisión No 2119/98/CE.

⁶¹ El ECDC fue creado por el Reglamento (CE) No 851/2004, de 21 de abril de 2004. El órgano ejecutivo se compone por un miembro nombrado por cada Estado Miembro, dos miembros nombrados por el Parlamento Europeo y tres miembros nombrados por la Comisión (Artículo 14.1). Los miembros del órgano “deben ser nombrados de tal manera que se aseguren los más altos estándares de competencia y de conocimiento técnico” (Artículo 14.2).

⁶² Las funciones del ECDC en materia de análisis y valoración del riesgo se encuentran en el Artículo 10 de la Decisión No 1082/2013/UE. Las funciones de los Estados Miembros y de la Comisión en la fase de gestión del riesgo se regulan en el Artículo 11 de la Decisión No 1082/2013/UE.

⁶³ Véanse los informes del ECDC sobre la valoración del riesgo de la pandemia en: <https://www.ecdc.europa.eu/en/current-risk-assessment-novel-coronavirus-situation>.

⁶⁴ Artículo 6 Decisión No 1082/2013/EU.

⁶⁵ *Ibid.* Artículo 15.

⁶⁶ *Ibid.* Artículo 11.

⁶⁷ Véase la función de la Comisión explicada por ella misma en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_307. Debe resaltarse que la Comisión será asistida por un comité sobre graves amenazas transfronterizas para la salud pública. Se trata de un comité

pandemia han sido puramente nacionales y la acción de la Comisión ha sido tibia⁶⁸. Juntamente con la Comisión, el denominado Comité de Seguridad Sanitaria tiene como misión coordinar la respuesta de los Estados Miembros a cualquier amenaza transfronteriza para la salud pública⁶⁹. En pocas palabras, a pesar de la función coordinadora de la Unión, la gestión del riesgo se deja en manos de los Estados Miembros sin imponer ningún requisito desde la Unión a las autoridades nacionales, que no tienen por qué articularse como agencias. El ECDC, encargado de la evaluación del riesgo, es el único actor que imperativamente adopta la forma de agencia. El diseño institucional de la Unión para la regulación del riesgo transfronterizo para la salud pública refleja un modelo de Estado regulador en sentido débil que combina expertos en la fase de evaluación del riesgo -a través del ECDC y su red- y política en la fase de gestión -donde los Estados Miembros y la Comisión tienen la capacidad de decisión.

Sin duda la Unión Europea ha detectado las principales deficiencias del existente sistema de análisis del riesgo ante amenazas transfronterizas a la salud pública. La Comisión lanzó una revisión del modelo en junio de 2021, después de analizar cómo se respondió ante la crisis sanitaria de la COVID-19⁷⁰. Entre otras deficiencias, la Comisión entrevistó la coordinación desde la Unión de la actuación de los Estados Miembros como el elemento clave a mejorar, así como la necesidad de establecer mejores estructuras organizativas para asegurar una buena evaluación del riesgo y un sistema que genere datos comparables y completos a nivel de la Unión. Una de las propuestas clave de la Comisión para mejorar el sistema de gobernanza fue la creación de la Autoridad Europea de Preparación y Respuesta ante Emergencias Sanitarias (HERA). Esta se puso en marcha en septiembre de 2021, pero no en forma de autoridad independiente, sino como parte interna de la estructura de la Comisión⁷¹. La HERA, como parte integrante de la Comisión, pretende ser la gran apuesta para mejorar la cooperación ante crisis sanitarias a nivel de la Unión y apoyar, en este sentido, al ECDC y a los Estados Miembros.

Más allá del debate sobre la efectividad, buen diseño y operatividad de esta triada reguladora ante la pandemia, el diseño institucional ha funcionado tal y como se esperaba en relación con las funciones asignadas a cada actor⁷². El ECDC ha ejercido su función de evaluación del riesgo a través de sus informes, la Comisión se ha esforzado en coordinar y asistir a los Estados Miembros

científico en línea con el Artículo 3(2) del Reglamento (UE) No 182/2011. Véase el Artículo 18 Decisión No 1082/2013/UE.

⁶⁸ TOYGÜR, «The EU, coronavirus and crisis management: is 'solidarity' real or just a prop? », *Expert Comment* 8/2020, *Royal Institute Elcano*, 2020: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_en/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/commentary-toygur-eu-coronavirus-and-crisis-management-is-solidarity-real-or-just-a-prop.

⁶⁹ El Comité de Seguridad Sanitaria se compone de representantes de todos los Estados Miembros y es presidido por un representante de la Comisión. Véase el Artículo 17 de la Decisión No 1082/2013/UE.

⁷⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, Al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 15 de junio de 2021, sobre las primeras experiencias de la pandemia de COVID-19 (COM (2021) 380 final).

⁷¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 16 de septiembre de 2021, introduciendo HERA, la Autoridad Europea de Preparación y Respuesta ante Emergencias Sanitarias (COM(2021) 576 final).

⁷² Véase, en relación con la respuesta de la Unión a la pandemia, RENDA/CASTRO, «Towards Stronger EU Governance of Health Threats after the Covid-19 Pandemic», *European Journal of Risk Regulation*, núm. 11-2, 2020, pp. 273-282; PACCES/WEIMER, «From Diversity to Coordination: A European Approach to Covid-19», *European Journal of Risk Regulation*, núm. 11-2, 2020, pp. 283-296; ALEMANNI, «The European Response to Covid-19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination?», *European Journal of Risk Regulation*, núm. 11-2, 2020, pp. 307-316.

y estos han tomado las decisiones en el terreno. Hay margen para debatir sobre el papel adecuado a asignar a cada actor -como, por ejemplo, si la Comisión debiera haber sido más activa en su función coordinadora. Otro necesario debate es la visibilidad del ECDC, que continúa siendo muy desconocido para los ciudadanos europeos. Es relevante también preguntarse si los Estados Miembros no deberían haber actuado con una visión más colectiva ante una amenaza transfronteriza, pero pese a todo expertos y políticos en el diseño institucional de la Unión se han mantenido separados.

3. España y la gestión del riesgo durante la pandemia

3.1. La dupla Gobierno-Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (CCAES)

En España, el diseño institucional del análisis del riesgo para la salud pública no está alineado con el marco regulador de la Unión. No se separan las tres fases del análisis del riesgo y, especialmente, no se integra adecuadamente el conocimiento científico-técnico. Teniendo en cuenta la posición de la Unión en el análisis del riesgo en materia de salud pública, se podría esperar que España adoptara también el modelo de Estado regulador en sentido débil⁷³; esto es, un modelo con preponderancia política que integra el conocimiento científico-técnico a través de agencias. En otras palabras, la posición de la Unión en materia de riesgos para la salud pública da pie a un diseño institucional que deja en manos de las instituciones políticas la gestión del riesgo, pero la evaluación en manos de expertos y agencias. En el caso español, sin embargo, las fronteras entre evaluación y gestión se difuminan, y el papel de los expertos es confuso.

En esta línea, España ha mantenido una posición ante el análisis del riesgo para la salud pública muy próxima al modelo de Estado social, solamente en pocos y excepcionales casos se ha previsto agencias a nivel autonómico⁷⁴. Existen en España dos aparatos institucionales en materia de salud pública. Por un lado, un conjunto de instituciones se encarga de la gestión ordinaria del sistema público de salud⁷⁵. Por el otro, existe un aparato institucional específico para las crisis sanitarias, esto es, para afrontar las amenazas a la salud pública⁷⁶. Los dos sistemas institucionales responden a la lógica de asignar poder de decisión a las instituciones políticas y relegan a los expertos a un papel consultivo -pero sin la protección que una agencia puede proveer.

⁷³ Solamente en el ámbito de la seguridad alimentaria, España ha adoptado el modelo de Estado regulador en sentido débil con la creación de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN), creada por la Ley 11/2011, de 5 de julio. Se trata de una agencia consultiva sin poderes decisivos.

⁷⁴ Concretamente, solamente dos comunidades autónomas han establecido agencias en el ámbito de la salud pública: Cataluña (Agencia Catalana de Salud Pública) y Castilla y León (Agencia para la protección de la Salud y la Seguridad Alimentaria). Estas agencias tienen personalidad jurídica propia, pero no tienen las características de agencia, especialmente sus órganos de dirección se componen por miembros de la administración pública y sus directores pueden ser cesados a discreción por las instituciones políticas.

⁷⁵ Véase la Ley 16/2003, de 28 de mayo, sobre cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Esta establece el Sistema sanitario básico para todo el territorio y, por tanto, las comunidades autónomas pueden establecer sistemas propios a partir de ella.

⁷⁶ Véase la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de Salud Pública.

El primer diseño institucional -el ordinario- mayoritariamente es competencia de las comunidades autónomas que gestionan sus respectivos sistemas de salud⁷⁷. La mayoría de los sistemas de salud autonómicos han optado por la típica administración burocratizada y jerarquizada, con departamentos de dirección política. Solamente Cataluña y Castilla y León han establecido una suerte de agencias en el ámbito sanitario⁷⁸. Cuando son necesarias medidas de coordinación a nivel estatal, el Ministerio de Sanidad ejerce el liderazgo⁷⁹. Otra vez una estructura administrativa política, que responde esta vez al ejecutivo central, es la protagonista. El Ministerio de Sanidad, al ejercer las acciones de coordinación, es asistido por la denominada Comisión Interterritorial de Sanidad, integrada por el Ministro de Sanidad como presidente y todos los consejeros autonómicos a cargo de los departamentos de salud a nivel autonómico⁸⁰. La gestión ordinaria, por tanto, está en manos de las instituciones políticas, tanto a nivel central como autonómico. Esto no implica que los expertos no sean relevantes dentro de las estructuras políticas. Así, estos departamentos políticos incluyen personal técnico.⁸¹ Además, la Comisión Interterritorial de Sanidad tiene la capacidad de crear comisiones y grupos de expertos para la toma de decisiones⁸². Sin embargo, la separación entre las distintas fases del análisis del riesgo es difícil: los expertos se encuentran en segunda línea.

En relación con la pandemia, el diseño institucional que es relevante es el que está destinado a afrontar amenazas contra la salud pública. En este ámbito, España se aproxima tímidamente al modelo de Estado regulador en sentido débil articulado en la Unión, pero, pese a ello, el país se encuentra alejado de los postulados de la Unión. Este diseño institucional establece un órgano administrativo, el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (CCAES), que se encuentra a cargo de valorar las amenazas a la salud pública⁸³. Una vez que la amenaza es detectada, el CCAES evaluará el riesgo a través de sus expertos y el apoyo de las comunidades autónomas⁸⁴. En este sentido, la evaluación del riesgo se realiza por una red coordinada por el CCAES que integra expertos, tanto del CCAES como de las comunidades autónomas. El CCAES también representa la “autoridad nacional competente” que se integra en la red de vigilancia epidemiológica liderada por el ECDC⁸⁵. A continuación, el CCAES comunica la evaluación del riesgo y propone medidas al Ministerio de Sanidad y a la Comisión de Salud Pública de la Comisión Interterritorial de Sanidad, que se encargarán de la gestión del riesgo y, por tanto, de

⁷⁷ El Estado tiene la competencia para establecer las “bases generales para la coordinación de la salud” (Artículo 149.1.16 de la Constitución española). Así, el Estado aprueba un mínimo común legislativo y son las comunidades autónomas, en sus respectivos Estatutos de Autonomía y su legislación propia, las que desarrollan ese mínimo y organizan y operan en la práctica sus propios sistemas sanitarios.

⁷⁸ Véase *supra* nota 74.

⁷⁹ Artículos 65 and 65 bis. Ley 16/2003.

⁸⁰ *Ibid.* Artículos 69 – 75.

⁸¹ El conocimiento técnico se prevé a través de la articulación de concursos públicos que incorporan la necesidad de probar los conocimientos que se poseen en el ámbito de la salud pública para seleccionar al personal de los departamentos de salud.

⁸² Artículo 74 Ley 16/2003.

⁸³ Véase el Artículo 4 de la Orden SCO/564/2004, de 27 de febrero, por la que se establece el sistema de coordinación de alertas y emergencias de Sanidad y Consumo.

⁸⁴ Sistema de Alerta Precoz y Respuesta Rápida (SIAPR), aprobado por la Comisión de Salud Pública (6 de febrero de 2013) y por el Consejo Interterritorial de Salud Pública (21 de marzo de 2013), pp. 7 y 10.

⁸⁵ Véase Orden SCO/3870/2006, de 15 de diciembre.

tomar las decisiones pertinentes⁸⁶. El diseño institucional consiste, por tanto, en una suerte de co-gobernanza entre el Gobierno central, que es predominante, y las comunidades autónomas.

El CCAES, sin embargo, no es una agencia. Su estatus jurídico es precario. Su regulación no tiene el rango de norma con rango de ley; esto es, fue creado y regulado por una orden ministerial. Esta no es una cuestión baladí, normalmente las agencias son creadas y reguladas por una norma con rango de ley; esto es, su legitimidad se asegura a través de una decisión del poder legislativo. Además, dentro de la estructura del Ministerio de Sanidad, el CCAES representa una “unidad” emplazada dentro del Gabinete del Ministro⁸⁷. Actualmente, el CCAES se adscribe y por tanto responde al Director General de Sanidad Pública⁸⁸. Finalmente, el CCAES tiene un director, cuatro jefes sectoriales y solamente cuatro técnicos/expertos⁸⁹. El equipo de trabajo por tanto es muy reducido, solamente cuatro técnicos para asistir a cinco directivos.

Las deficiencias del CCAES son claras. En primer lugar, no tiene independencia. El CCAES no se encuentra institucionalmente blindado ante las presiones de la política como lo está una agencia; esto es, depende directamente de nombramientos del Ministerio de Sanidad. Las posiciones del director y del personal no se encuentran protegidas como en una agencia. La falta de un mandato asegurado del director y la posibilidad de cesarlo a discreción son claras muestras de la falta de independencia. El puesto de director del CCAES es concebido como una designación política. En segundo lugar, la existencia misma del CCAES peligra porque puede ser eliminado a través de una mera orden ministerial. En este sentido, el CCAES no tiene la protección de una norma con rango de ley y, por tanto, el ejecutivo tiene discreción para eliminar o modificar su estatus jurídico. Sin duda, el CCAES puede pedir el apoyo de otros expertos o instituciones, por ejemplo el Centro Nacional Epidemiológico del Instituto de Salud Carlos III, pero claramente no posee un personal robusto y amplio propio⁹⁰.

En resumen, el diseño institucional español no sigue los pasos del aparato institucional de la Unión en materia de riesgo para la salud pública. En escenario de normalidad, la regulación del riesgo se delega completamente a instituciones políticas, mientras que, en caso de amenazas a la salud pública, el aparato institucional introduce como elemento diferenciador el CCAES. Este representa ser un factor determinante en la evaluación del riesgo, pero no posee los atributos institucionales de una agencia. En teoría, el CCAES asume el liderazgo en la evaluación del riesgo y las instituciones políticas -Gobierno central y comunidades autónomas- ostentan el poder decisorio. Sin embargo, al no estar protegidos los expertos en la estructura del CCAES, es difícil considerar a este un ente autónomo e independiente respecto del Ministerio de Sanidad. Desde

⁸⁶ Sistema de Alerta Precoz y Respuesta Rápida (SIAPR), aprobado por la Comisión de Salud Pública (6 de febrero de 2013) y por el Consejo Interterritorial de Salud Pública (21 de marzo de 2013), pp. 8 y 10.

⁸⁷ Véase el Artículo 4.2 Orden SCO/564/2004, de 27 de febrero, por la que se establece el sistema de coordinación de alertas y emergencias de Sanidad y Consumo.

⁸⁸ Artículo 7.7 del Real Decreto 1047/2018, de 24 de agosto, sobre la estructura del Ministerio de Salud, Consumo y Bienestar Social.

⁸⁹ Véanse los datos aportados por el propio Ministerio de Sanidad el 4 de junio de 2020, p. 21 (https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/PublicidadActiva/OrganizacionYEmpleo/Relaciones-Puestos-Trabajo/RPT-MSND.html).

⁹⁰ Para más información sobre el papel y las funciones del Centro Nacional de Epidemiología del Instituto de Salud Carlos III, véanse los artículos 48-52 de la Ley 16/2003.

un punto de vista institucional, el CCAES es un órgano experto, pero se encuentra subordinado al poder político.

La pandemia ha puesto a prueba este diseño institucional claramente orientado hacia la política. España ha padecido una amenaza a la salud pública muy grave que ha resultado en miles de muertes y enfermedades graves⁹¹. Más allá de la crisis sanitaria, España ha sufrido también una crisis económica que ha desembocado en la pérdida de lugares de trabajo y el cierre de empresas debido a las restricciones impuestas por las autoridades para solventar la crisis sanitaria⁹². A las crisis sanitaria y económica se le suman otros retos, como por ejemplo una crisis educativa con el cierre de escuelas y universidades, o el mantenimiento de las relaciones sociales con la prohibición de reuniones con familiares y amistades. España se ha visto forzada, como muchos países, a aplicar medidas restrictivas muy intensas para gestionar la pandemia. El sistema de regulación del riesgo en casos de emergencia sanitaria ha sido sometido a una fuerte prueba de estrés y su orientación hacia la política ha marcado la gestión de la pandemia.

Incluso esta inclinación hacia lo político se ha acentuado durante la crisis. La decisión central para justificar y tomar las decisiones necesarias -el paraguas constitucional que ha permitido la toma de decisiones excepcionales- ha sido el Estado de alarma⁹³. Esta medida constitucional es decretada por el Gobierno por un periodo de quince días y es necesaria la autorización del parlamento para su prórroga⁹⁴. Así, las instituciones políticas están a cargo de activar y prorrogar, en su caso, la medida constitucional que ha permitido desplegar las medidas restrictivas excepcionales durante la pandemia⁹⁵. No hay duda de que la activación de esta medida constitucional debe estar en manos de las instituciones políticas. Sin embargo, el Estado de alarma ha alterado el sistema de análisis del riesgo en materia de salud pública. Bajo esta medida constitucional, todas las medidas de gestión de la crisis fueron asignadas al Gobierno central⁹⁶. La co-gobernanza del riesgo sanitario entre el gobierno central y las comunidades

⁹¹ Para consultar los datos oficiales sobre la pandemia en España, véase la página web oficial del Ministerio de Sanidad: <https://www.mscbs.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/home.htm>.

⁹² Durante el primer trimestre de 2020, el PIB cayó un 5.2%. La pérdida de empleo fue elevada y más de medio millón de personas perdieron su puesto de trabajo o fueron afectados de algún modo (con suspensiones temporales o inactividad forzada). Véase el Informe Anual del Banco de España de 2019, p. 23: https://www.bde.es/bde/en/secciones/informes/Publicaciones_an/Informe_anual/. En el Segundo trimestre de 2020, el PIB cayó el 18.5%, la peor contracción histórica trimestral. Véanse los informes del Instituto Nacional de Estadística: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/en/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736164439&menu=ultiDatos&iidp=1254735576581.

⁹³ Artículo 116 de la Constitución Española. Para una valoración general de los múltiples retos que el Estado de alarma ha comportado en España, véase RUIZ-RICO RUIZ, «Las dimensiones constitucionales de la crisis sanitaria en España. Dudas e incertidumbres presentes y futuras», *DPCE Online*, núm. 43-2, 2020, pp. 1512-1519; PIERGIGLI, «L'emergenze Covid-19 in Spagna e la dichiarazione dell'estado de alarma. Ripercussioni sul sistema istituzionale e sul regime dei diritti», *DPCE Online*, núm. 43-2, 2020, pp. 1533-1563; BALDONI/GHERARDI, «Due modelli costituzionali per governare l'emergenza. Italia e Spagna alla prova del Coronavirus», *DPCE Online*, núm. 43-2, 2020, pp. 1591-1612.

⁹⁴ El Estado de alarma es declarado por el gobierno a través de un decreto que tiene validez para quince días. El Congreso de los Diputados debe ser informado y debe ser reunido inmediatamente para ello. Sin su autorización el periodo inicial de quince días no puede ser prorrogado.

⁹⁵ El Gobierno español declaró el Estado de alarma el 14 de marzo de 2020 por un periodo de quince días (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo). A continuación, el parlamento prorrogó el Estado de alarma seis veces, finalizando el mismo el 21 de junio de 2020.

⁹⁶ Artículo 4 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

autónomas -con el Ministro de Sanidad y el CCAES como protagonistas por un lado y el Consejo Interterritorial de Salud por el otro- viraron hacia el centro. Este equilibrio fue restaurado después de la finalización del Estado de alarma y a medida que se abría el escenario post pandemia⁹⁷.

En este contexto, el Gobierno central se ha erigido en el claro protagonista en la gestión de la pandemia. El CCAES, ubicado en el seno del Ministerio de Sanidad, ha aportado conocimiento científico-técnico en la toma de decisiones. Sin embargo, la confusión entre el CCAES y el Gobierno, especialmente con el Ministerio de Sanidad, ha sido una constante. El CCAES se ha encargado, juntamente con el Gobierno, de comunicar la evolución de la pandemia y las medidas tomadas. El CCAES y su director, sin embargo, no han tenido en ningún momento un espacio de comunicación propio. Todas las conferencias de prensa y las comunicaciones oficiales han sido llevadas a cabo conjuntamente con unidades del Gobierno, especialmente del Ministerio de Sanidad, y en la sede del propio Ministerio⁹⁸. Al mismo tiempo, el CCAES ha desplegado su acción comunicativa online a través de la página web del Ministerio de Sanidad⁹⁹. Finalmente, la función propia de evaluación del riesgo del CCAES se ha difuminado porque no se ha plasmado en informes científico-técnicos como en el caso del ECDC¹⁰⁰. Por el contrario, la política comunicativa del CCAES se ha basado en declaraciones públicas, notas de prensa y videoconferencias, siempre todo ello con el Gobierno central.

Estos factores han conducido a la confusión entre el CCAES y el Gobierno central. El CCAES no ha podido establecer un perfil propio o articular su propia identidad. Así, se han confundido la evaluación y la gestión del riesgo. Ha sido difícil distinguir entre la labor de evaluación del riesgo llevada a cabo por el CCAES y la gestión de la crisis por parte del Gobierno central. Al fin y al cabo, el CCAES y el Gobierno central compartieron los mismos espacios comunicativos, las mismas videoconferencias, notas de prensa, comunicaciones oficiales, y página web. Expertos y políticos se confundieron, y la línea entre evaluación y gestión del riesgo también. Sin embargo, el énfasis del Gobierno central en la necesidad de integrar a los expertos en la toma de decisiones ha sido una constante. En ese sentido, como medida para mejorar su legitimidad, el Gobierno central siempre ha puesto el acento en que las medidas tomadas estaban avaladas por los expertos¹⁰¹. En esa línea, la presencia del CCAES y de su director en la mayoría de las comunicaciones oficiales querían apuntalar la base técnica de las decisiones del Gobierno.

La confusión entre CCAES y Gobierno, y en último lugar entre expertos y políticos, originó una lucha para hacerse con el conocimiento científico-técnico. Peor aún, los expertos perdieron

⁹⁷ La finalización del Estado de alarma comportó el retorno a la normalidad institucional y, por tanto, a la normal distribución de competencias entre el nivel central de gobierno y los niveles autonómicos de gobierno.

⁹⁸ Todos los comunicados oficiales y conferencias de prensa se pueden consultar en la página web del Ministerio de Sanidad: <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/videosPrensa.htm>.

⁹⁹ Véase la página web dedicada a la pandemia, ubicada en la página maestra del Ministerio de Sanidad: <https://www.mscbs.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/home.htm>.

¹⁰⁰ El CCAES aprobó informes sobre valoración de riesgos en varios casos hasta 2019 (véase <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/analisisituacion/infoSitua.htm>). Sin embargo, para la pandemia, el CCAES apostó por comunicados oficiales, las notas de prensa y las videoconferencias, no por aprobar informes de valoración del riesgo.

¹⁰¹ Véase el comunicado oficial aprobado por el Presidente del Gobierno Pedro Sánchez: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2020/09052020_fase1.aspx.

credibilidad durante la pandemia. La oposición política criticó duramente las medidas gubernamentales, incluyendo la forma en el que el CCAES fue creado, y pidió que las decisiones fueran basadas en la ciencia¹⁰². La oposición política pidió en reiteradas ocasiones el cese o la dimisión del director del CCAES, figura que asociaron con el Gobierno en la gestión de la pandemia¹⁰³. En medio de esta confusión, el Gobierno creyó que el CCAES era insuficiente para integrar el conocimiento científico-técnico en la gestión de la pandemia y anunció la creación de un comité de expertos¹⁰⁴. El papel que jugó este comité no quedó nunca claro e incluso se dudó que fuera consultado alguna vez o que realmente asesorara alguna de las medidas gubernamentales¹⁰⁵. Uno de los miembros del comité públicamente denunció que no fue consultado antes de la decisión de terminar con el confinamiento domiciliario¹⁰⁶.

Las críticas contra el Gobierno central por no tomar decisiones basadas en el conocimiento técnico también vinieron desde los Gobiernos autonómicos. Las comunidades autónomas fueron relegadas a un segundo término en los primeros momentos de la gestión de la pandemia y adoptaron una posición crítica con el Gobierno central¹⁰⁷. Lo más interesante es que la mayoría de las críticas que se elevaron desde el nivel autonómico se centraron en la falta de apoyo técnico y científico de las medidas tomadas por parte del Gobierno central¹⁰⁸. El CCAES fue insuficiente para legitimar las decisiones del Gobierno, precisamente porque este fue conceptualizado como parte del Gobierno central desde la perspectiva de las comunidades autónomas. Algunas de ellas acabaron contratando sus propios expertos que acabaron por polarizar el debate entre los expertos¹⁰⁹. Al final, el espectáculo de expertos debatiendo en la prensa fue una constante, generando la sensación de que faltaba integrar adecuadamente el conocimiento científico-técnico tanto a nivel central como autonómico. Esta impresión de falta de consistencia técnica o

¹⁰² Véase https://www.antena3.com/noticias/espana/la-oposicion-critica-la-falta-de-claridad-del-plan-del-gobierno-para-la-desescalada-por-el-coronavirus_202004285ea89081ae15870001574536.html.

¹⁰³ Véase <https://www.esdiario.com/447540172/Vox-rompe-un-tabu-y-pide-la-dimision-de-Fernando-Simon-por-no-dar-una.html>.

¹⁰⁴ Véase el comunicado oficial del Gobierno español: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2020/210320comite.aspx>.

¹⁰⁵ El Gobierno español ha reconocido que este comité nunca existió fuera de la estructura del CCAES. Véase: <https://www.rtve.es/noticias/20200730/sanidad-reconoce-no-hubo-comite-expertos-para-desescalada-margen-del-equipo-fernando-simon/2034841.shtml>.

¹⁰⁶ Véase <https://www.publico.es/politica/miembro-del-comite-expertos-dice-gobierno-no-consulta-vuelta.html>.

¹⁰⁷ Véase, especialmente, las críticas del Gobierno autonómico catalán: <https://www.ultimahora.es/noticias/nacional/2020/03/21/1150437/torra-internacionaliza-criticas-gobierno-por-covid-19.html>.

¹⁰⁸ Véanse, desde Cataluña, las siguientes críticas: <https://www.lavanguardia.com/politica/20200414/48501010791/budo-escriva-gobierno-govern-confinamiento-total-expertos.html>. In relation to the Autonomous Community of Madrid, the regional government contested the measures taken by the central government not allowing to advance to another phase of the deescalated lockdown based on the lack of technical expertise of those measures. See: <https://www.lainformacion.com/espana/madrid/ayuso-madrid-desescalada-fase-politica-requisitos-informes-psoe-pp-coronavirus/6567780/>.

¹⁰⁹ Por ejemplo, el Gobierno autonómico catalán nombró a un grupo informal, no remunerado, de expertos.

Véase: https://cronicaglobal.elespanol.com/politica/oriol-mitja-asesor-cataluna_335469_102.html.

científica conllevó peticiones de algunos expertos para que se llevara a cabo una investigación independiente sobre la gestión gubernamental de la crisis¹¹⁰.

La arquitectura institucional española orientada hacia la política ha dificultado la separación entre las distintas fases del análisis del riesgo y ha cuestionado el papel de los expertos. La ventaja de tener a políticos liderando la gestión del riesgo en el ámbito de la salud pública, como ha sido el caso de la pandemia en el que los riesgos son múltiples y hubo la necesidad de adoptar juicios de valor más allá de la ciencia médica, es clara. Ha habido poca crítica a la necesidad de tener políticos que tomen decisiones políticas y juicios de valor. Sin embargo, sí que se ha pedido mayor claridad del papel de la ciencia y la técnica en el conjunto del análisis del riesgo o, mejor dicho, se han formulado críticas sobre el papel de los expertos en la gestión de la pandemia. El sistema institucional orientado hacia la política no ha sido útil ante estas críticas. El CCAES no se ha erigido en una agencia y sus expertos se han concebido como parte del Gobierno. La confusión entre CCAES y Gobierno ha afectado la credibilidad de los expertos en el proceso de toma de decisiones. La debilidad del CCAES, la creación de dudosos comités de expertos y el nombramiento informal de expertos como consultores ha contribuido a la confusión y el desprestigio de los expertos en la gestión de la pandemia.

El modelo de Estado regulador en sentido débil, adoptado a nivel de la Unión para la regulación del riesgo ante amenazas transfronterizas a la salud pública, puede ayudar a repensar el modelo español. La creación de una agencia de salud pública, cuya independencia y autonomía protejan a los expertos de la política, parece un buen camino para clarificar el papel de los expertos en crisis como las de la pandemia. A favor de su creación se han alzado numerosas voces¹¹¹. Sin embargo, la primera respuesta del Gobierno central ha sido crear una Secretaría de Estado, una estructura administrativa de tipo político dentro del Ministerio de Sanidad¹¹². Mientras tanto, el CCAES, a pesar de integrar conocimiento científico-técnico, ha sido superado y su diseño institucional no permite separarlo del Gobierno. La pandemia ha revelado las deficiencias del sistema institucional español, especialmente en cuanto a la separación de las fases de análisis del riesgo, y el principal déficit que se ha detectado ha sido, precisamente, la falta de una estructura, una agencia, que separe expertos de políticos.

3.2. La propuesta de creación de la Agencia Estatal de Salud Pública (AESAP)

Las críticas que se han vertido durante la gestión de la pandemia contra la dupla Gobierno y CCAES han fructificado finalmente en la propuesta del Gobierno para crear una agencia en materia de salud pública: la Agencia Estatal de Salud Pública (AESAP)¹¹³. El Preámbulo del Proyecto de Ley recoge de manera clara la filosofía del Estado regulador y apuesta por una

¹¹⁰ Véase: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)31713-X/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31713-X/fulltext).

¹¹¹ Véase: <https://elpais.com/sociedad/2020-05-16/los-17-sistemas-sanitarios-necesitan-un-mecanismo-que-los-unifique.html>. En esta línea, ha habido defensores en la esfera política de crear este tipo de agencia. Véase: <http://isanidad.com/167073/psoe-y-ciudadanos-acuerdan-crear-una-agencia-nacional-de-salud-publica-una-peticion-inicial-del-pp/>.

¹¹² Véase el Real Decreto 722/2020, de 31 de julio. Antes de la pandemia, el Ministerio de Sanidad no tenía una Secretaría de Estado, solamente tenía Direcciones Generales sin el rango de Secretaría de Estado, como por ejemplo el Director General de Salud pública.

¹¹³ Actualmente se encuentra en trámite de Proyecto de Ley. Puede consultarse el texto en el siguiente enlace: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-145-1.PDF.

agencia que asuma las funciones de vigilancia y control de los riesgos para la salud pública. La experiencia en la gestión de la pandemia y las dificultades que acontecieron, en cuanto a la valoración del riesgo y la respuesta en la gestión, se encuentran en el Preámbulo y esto desemboca, en palabras del Proyecto, en la necesidad de crear una agencia con “la máxima independencia técnica, autonomía y flexibilidad en la gestión”.

La propuesta de la AESAP es mucho más coherente que la ASPCAT creada en 2019 en Cataluña y que veremos en el siguiente apartado. Se opta por una naturaleza jurídica que, si bien no se asemeja a la de las autoridades administrativas independientes del artículo 109 de la Ley 40/2015, sí que la aleja de la retórica clásica de los organismos autónomos administrativos. Se opta por la naturaleza de agencia estatal del artículo 108 bis de la Ley 40/2015, una naturaleza que le otorga un estatus de independencia robusto: personalidad jurídica propia, autonomía patrimonial, de contratación, presupuestaria y de gestión¹¹⁴. Todo ello viene acompañado con la creación de la AESAP por una norma con rango de ley, una norma que define con claridad sus funciones y potestades, entre ellas la asunción del sistema de prevención y vigilancia de riesgos contra la salud pública¹¹⁵.

A ello se le suma la conexión que hace el Preámbulo con el sistema de evaluación y gestión del riesgo de la Unión. En todo momento se quiere vincular la AESAP como la autoridad de cooperación española con el sistema de la Unión y en ese sentido se remite al diagnóstico de la Comisión que es necesario un sistema de proporción de datos y evaluación comparable en todos los Estados Miembros. La AESAP sustituirá el CCAES como agente de enlace en los mecanismos de coordinación de la Unión y esto, sin duda, muestra la predisposición del Proyecto de homologar la AESAP con el modelo de Estado regulador en sentido débil de la Unión. En definitiva, el Preámbulo asume con rotundidad el modelo de análisis de riesgo definido en la Unión y se separa, por tanto, la evaluación de la gestión del riesgo. En palabras del Preámbulo: “La AESAP debe acometer los dos primeros, procediendo a identificar y evaluar los riesgos, vigilar su distribución y la influencia en la salud, en coordinación con otras administraciones competentes, así como comunicar la información y evidencia disponibles, constituyéndose de esta manera en una fuente independiente y transparente de evaluación, recomendación, información y comunicación del riesgo, con el fin de aumentar la confianza de la ciudadanía. La gestión del riesgo, sin embargo, corresponde a las autoridades sanitarias, que deben fundamentar su toma de decisiones en las evaluaciones realizadas por las agencias independientes”. Una definición canónica del modelo de análisis del riesgo del Estado regulador en sentido débil.

Todo el andamiaje del Proyecto, sin embargo, se rompe de manera estrepitosa al remitir la estructura orgánica y de dirección de la AESAP a una norma con rango reglamentario¹¹⁶. En efecto, será el Estatuto de la AESAP, aprobado por el Gobierno mediante real decreto a propuesta conjunta de los Ministerios de Hacienda y Función Pública y de Sanidad, quien apruebe a través de real decreto los órganos, centros y servicios de la Administración General del Estado que se integren en la AESAP. Parece que la AESAP se concibe como un “contenedor” que recogerá varias unidades administrativas de la Administración General del Estado en materia de salud pública, se entiende, entre ellas, el propio CCAES. Pero incomprensiblemente la norma con rango de ley

¹¹⁴ Artículos 1 a 5 Proyecto de Ley por el que se crea la Agencia Estatal de Salud Pública y se modifica la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

¹¹⁵ *Ibid.* Artículo 2.

¹¹⁶ *Ibid.* Disposición final primera.

que crea la AESAP no establece una mínima estructura directiva u órganos de gobierno, ni su existencia ni su sistema de elección o nombramiento. Todo queda al albur de la potestad reglamentaria del Gobierno.

Se trata, sin duda, de una propuesta muy deficitaria en términos del modelo de Estado regulador. La retórica del Preámbulo, incluso la naturaleza en forma de agencia estatal que se opta, son acordes con un modelo de Estado regulador en sentido débil. Sin embargo, el Proyecto opta por dejar al albur del ejecutivo toda la estructura orgánica de la agencia, es decir, no se asegura por ley ni tan siquiera el esqueleto orgánico de la agencia. Difícilmente se puede asegurar cierta estabilidad, y mucho menos dotar de un blindaje robusto, al devenir de la agencia y especialmente, si es que se opta por ello, proteger el conocimiento científico-técnico que debe incluir la agencia. Todo se deja en manos del estatuto aprobado por real decreto, que, en todo caso, podría establecer un régimen orgánico claro, preciso y protector del conocimiento científico-técnico. Sin duda esto es posible, pero la discrecionalidad en manos del Gobierno es, de por sí, contraria a la idea de una agencia reguladora robusta y que se quiere separar del poder ejecutivo.

Se intuye esta naturaleza de “contenedor” de la AESAP por la decisión de dotar de mucha discrecionalidad al poder ejecutivo. Parece que se está optando por una reconfiguración del Ministerio de Sanidad, que incluye al CCAES, pero realmente se está transmitiendo una imagen de confusión de la AESAP con el ejecutivo y, sobre todo, se devalúa la configuración de la propuesta como una genuina apuesta por crear, tal y como quiere vestir el Preámbulo, una agencia reguladora independiente del riesgo en materia de salud pública. Parece que tal y como está prevista la creación de la AESAP por el Proyecto, esta nace muy ligada al poder ejecutivo y alejada de un modelo de auténtica independencia y autonomía que exige una agencia reguladora. Todas las buenas intenciones del Preámbulo, que apuesta por separar a la AESAP del poder político en cuanto a la fase de evaluación del riesgo, no se reflejan en una agencia cuyo esqueleto orgánico ni tan siquiera se define en la norma con rango de ley que la crea.

3.3. La respuesta en Cataluña: la Agencia de Salud Pública de Cataluña (ASPCAT)

Aparentemente, la respuesta en Cataluña podría haber sido distinta, es decir, podría haberse asemejado más a un modelo de Estado regulador en sentido débil. Aunque solamente en apariencia, Cataluña ha intentado utilizar un lenguaje más próximo al modelo regulador europeo, pero pese a ello ha confundido los términos y el camino andado ha conllevado un resultado alejado de un modelo de agencia reguladora para el riesgo en materia de salud pública. Se trata, pese a ello, de un intento loable para distanciarse del modelo más político que conforman la dupla Gobierno y CCAES a nivel estatal.

Y podría haber sido distinta la respuesta porque Cataluña había ensayado en el pasado un modelo, aunque tímido, de análisis del riesgo en materia de salud pública basado en la regulación a través de una suerte de agencia. En efecto, la Agencia de Salud Pública de Cataluña (ASPCAT) se creó en 2009 como una entidad de derecho público autónoma, sujeta al derecho privado, del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña¹¹⁷. No se trataba de una agencia reguladora como tal, pero sí que se vio por primera vez la necesidad de crear un organismo autónomo especializado en materia sanitaria, separado de las instituciones políticas de decisión, con los

¹¹⁷ Artículo 15 de la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública.

objetivos de agilizar y flexibilizar la gestión en el ámbito sanitario¹¹⁸. Pese a ello, esta primera ASPCAT, pese a tener reconocida personalidad jurídica propia y autonomía, no poseía un estatus de independencia robusto: su dirección estaba en manos de un Consejo de Administración con mayoría de cargos políticos en su seno y el director era nombrado y cesado libremente por el Gobierno¹¹⁹. Este ensayo terminó en 2013, año en el que la ASPCAT fue disuelta y la gestión de la salud pública volvió en su integridad a manos del Departamento de Salud¹²⁰. Pese a algún intento de revivir la ASPCAT¹²¹, hasta la pandemia no se recuperó el modelo de agencia en Cataluña en materia de salud pública.

Esta experiencia en materia de agencias sirvió durante la crisis de la COVID-19 para recuperar el lenguaje del Estado regulador. La crisis sanitaria reavivó de nuevo la necesidad, en palabras de la ley que crea de nuevo la ASPCAT, de crear una “organización instrumental diferenciada de la Administración de la Generalitat para dotar de eficacia, agilidad y flexibilidad a los retos actuales y futuros de la salud pública”¹²². Si bien el preámbulo de la ley de creación de la ASPCAT es parco y no permite entrever una justificación de la creación de una agencia sobre la base del modelo de Estado regulador, se intuyen las intenciones del legislador en cuanto a una apuesta por un modelo de regulación del riesgo separado de la Administración tradicional. Pese a esta loable intención, como se ha apuntado, el diseño de la nueva ASPCAT no responde al modelo de Estado regulador, ni en el sentido fuerte ni en el débil.

Sin duda, la ASPCAT contiene algunos elementos que la aproximan, a diferencia de la dupla Gobierno/CCAES a nivel estatal, al modelo de Estado regulador en sentido débil. La creación por ley es en sí misma muy importante, puesto que dota de protección a la ASPCAT frente al poder normativo del poder ejecutivo. Así su estatuto normativo está determinado directamente por una norma con rango de ley y esto otorga estabilidad y protección ante el ejecutivo. También es la norma con rango de ley la que define de manera exhaustiva sus funciones, estableciendo un mandato a nivel legislativo claro con objetivos y funciones¹²³. Entre ellas, se le otorga la función de prevenir, analizar y gestionar las situaciones de crisis y emergencias en materia de salud, por tanto, asume la gestión de crisis sanitarias¹²⁴. Es la ley la que le reconoce personalidad jurídica propia, autonomía patrimonial, de contratación y presupuestaria¹²⁵. Todo ello son atributos propios de una agencia reguladora y, muy relevante dada la experiencia a nivel estatal con el CCAES, son atributos definidos por una norma con rango de ley.

¹¹⁸ *Ibid.* Preámbulo.

¹¹⁹ *Ibid.* Artículos 20 y 23.

¹²⁰ Artículo 5 del Decreto Ley 5/2013, de 22 de octubre, de medidas de racionalización y simplificación de la estructura del sector público de la Generalitat de Cataluña. La eliminación de la ASPCAT se confirmó después (Artículo 163 de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público).

¹²¹ Véase la nota de prensa del Gobierno de la Generalitat de Cataluña del 24 de octubre de 2017: <https://salutpublica.gencat.cat/ca/detalls/Article/El-Govern-aprova-la-recuperacio-de-lAgencia-de-Salut-Publica-de-Catalunya>.

¹²² Preámbulo de la Ley 5/2019, de 31 de julio, de la Agencia de Salud Pública de Cataluña y de modificación de la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública.

¹²³ *Ibid.* Artículo 3.

¹²⁴ *Ibid.* Artículo 3 l).

¹²⁵ *Ibid.* Artículo 1.

Pese a este avance claro en comparación con la experiencia a nivel estatal, la ASPCAT se queda lejos de configurarse como una auténtica agencia reguladora. En primer lugar, pese a tener personalidad jurídica propia y autonomía, se define como un organismo autónomo administrativo. Se trata de un avance respecto la original ASPCAT, que se reconocía como entidad de derecho público sujeta a derecho privado, pero no se llega a reconocerla como una autoridad administrativa independiente al albur del artículo 109 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Ya tenemos para las agencias reguladoras, con un estatus de independencia superior a las entidades del sector público instrumental -donde se incluyen los organismos autónomos-, un reconocimiento específico en la legislación estatal. Si bien es cierto que en Cataluña no tenemos una regulación similar a la del sector público estatal y que el artículo 109 no es de carácter básico y por tanto no aplicable a Cataluña¹²⁶, no deja de ser significativo que no se adopte el camino de definir la ASPCAT como algo diferente, separado del sector público instrumental clásico de la Generalitat. Se opta por un organismo autónomo clásico, y no, como ya tiene el sector público catalán, entidades que se denominan como independientes o de régimen singular¹²⁷.

En segundo lugar, la configuración de la dirección de la ASPCAT no consigue separar de la política al ente. Por un lado, el Consejo Rector está formado en su gran mayoría por representantes del Departamento de Salud¹²⁸. Por el otro, el director es nombrado por el Gobierno, a propuesta del Consejero de salud y escuchado el Consejo Rector¹²⁹. No se prevé ninguna protección para el mandato del director, cuyo cese se configura como libre y discrecional. Tampoco se exige experiencia previa ni capacitación técnica en materia de salud al candidato a director. Estas deficiencias en el nombramiento de la dirección de la ASPCAT se han acentuado con la práctica que se ha seguido desde su creación. Se ha decidido, incomprensiblemente, que el director de la ASPCAT sea al mismo tiempo el Secretario de Salud Pública del Departamento de Salud, produciéndose una confusión total entre Gobierno y ASPCAT¹³⁰. La ley permite nombrar a un director que sea ajeno a la estructura gubernamental del Gobierno catalán y únicamente impone representantes del mismo en el Consejo Rector, pero se ha decidido, hasta el día de hoy, nombrar a un miembro del Gobierno como director de la ASPCAT.

En tercer lugar, el conocimiento científico-técnico de la ASPCAT se encuentra muy atenuado. Su personal no directivo es el que lo asegura, pero a nivel directivo no se prevé ningún requisito, especialmente al director, que asegure el conocimiento científico-técnico. Es más, tal y como hemos dicho, el Consejo Rector está compuesto mayoritariamente por representantes provenientes de la política y para el nombramiento del director no se prevé ningún requisito de conocimiento técnico para su elección. Solamente se prevé el aseguramiento del conocimiento técnico en el Consejo Rector con el nombramiento de un representante de las sociedades

¹²⁶ Disposición final decimocuarta de la Ley 40/2015.

¹²⁷ Véase el mapa del sector público catalán definido por el propio Gobierno de la Generalitat: <https://administraciopublica.gencat.cat/ca/organitzacio/el-sector-public-institucional/que-es-i-com-sorganitza/>.

¹²⁸ Artículo 6 de la Ley 5/2019.

¹²⁹ *Ibid.* Artículo 10.

¹³⁰ Los dos directores de la ASPACT hasta ahora han sido el Dr. Josep Maria Argimon Pallàs y la Dra. Carmen Cabezas Peña, ambos directores y secretarios generales de salud al mismo tiempo.

científicas¹³¹. Más allá de esta parca presencia asegurada del conocimiento científico-técnico en la dirección de la ASPCAT, este queda relegado a un órgano de carácter asesor y consultivo: el Consejo Asesor de Salud Pública¹³². Pero de nuevo los miembros de este Consejo son elegidos y cesados a discreción por el Consejero del Departamento de Salud de la Generalitat.

En un balance completo, la ASPCAT no puede considerarse una agencia reguladora. La elección de la forma jurídica que adopta -organismo autónomo administrativo-, la confusión con el Departamento de Salud, muy acentuada por la práctica de nombrar como director al Secretario General de Salud de turno, una dirección muy marcada por la política y que apenas garantiza la presencia de conocimiento científico-técnico, todo ello, aleja a la ASPCAT de un modelo pleno de agencia reguladora. Si bien es verdad que se hace un esfuerzo para utilizar el lenguaje del estado regulador, y por ello se opta por denominarla agencia y se la separa de la estructura burocrática tradicional de la Administración pública, no se consiguen los objetivos pretendidos en el modelo de Estado regulador. Es especialmente incomprensible que el director sea al mismo tiempo, en la práctica de nombramientos que se ha ejercido hasta el día de hoy, un miembro del ejecutivo del Gobierno catalán. Difícilmente se puede cumplir así la separación nítida entre los evaluadores del riesgo sanitario -la agencia- y los gestores de este -el Gobierno.

4. Conclusiones

La crisis sanitaria derivada de la COVID-19 ha comportado un reto mayúsculo para cualquier sistema institucional de análisis de riesgos. El escenario de riesgo múltiple constituye un test de resistencia para cualquier proceso de toma de decisiones en todo el mundo. Los poderes públicos se han enfrentado a una crisis sanitaria con múltiples efectos -económicos, sociales y culturales- para la ciudadanía. Claramente, un mejor sistema institucional está en mejores condiciones para afrontar una respuesta adecuada a una crisis de tal magnitud. Más que nunca, se necesitan estudios con perspectiva institucional para analizar la toma de decisiones y el papel de los actores en ellas durante la crisis de la COVID-19. La mejora de los sistemas de gobernanza de crisis poliédricas como la de la COVID-19 es una tarea urgente. Este artículo es una primera aproximación que pone en comparación a la Unión y la experiencia española.

Uno de los principales debates que ha suscitado la gestión de la pandemia ha sido la relación entre política y conocimiento científico-técnico. La aproximación de la Unión constituye una interesante propuesta en esta materia. Por un lado, la Unión ha adoptado un marco institucional de análisis del riesgo que es el consensuado a nivel internacional: se separan las distintas fases de análisis del riesgo, sobre todo la evaluación de la gestión. Los expertos deben ser determinantes en todo el marco institucional, pero especialmente en la fase de evaluación del riesgo. Por otro lado, la Unión ha optado por dos versiones del Estado regulador -una en sentido fuerte y otra en sentido débil- en función del área a regular. El Estado regulador en sentido fuerte se ha escogido en áreas como la regulación financiera, la energía o las telecomunicaciones, en las cuales se han creado poderosas agencias reguladoras a cargo del análisis del riesgo. El Estado regulador en sentido débil se ha escogido en otras áreas, incluyendo la mayoría en materia de salud pública y riesgo para la salud humana, en las que se ha apostado por agencias especializadas y con conocimiento científico-técnico que asesoran a las instituciones políticas

¹³¹ Artículo 7.f) de la Ley 5/2019.

¹³² *Ibid.* Artículo 12.

que son las que toman las decisiones. La Unión combina estas dos versiones del Estado regulador en función de la naturaleza de la actividad a regular, es decir, si predomina en ella una visión más de mercado privado o intereses públicos a valorar. El nivel de certeza científica en el área en cuestión es también un factor relevante para escoger entre la versión fuerte o débil del Estado regulador.

En todo caso, el Estado regulador en sentido débil presenta muchas ventajas. Deja la toma de decisiones en manos de la política. Cuando el conocimiento científico es ambiguo, concurren múltiples intereses públicos, deben realizarse juicios de valor, la legitimidad democrática de la política es necesaria. Sin embargo, el conocimiento científico-técnico se integra a través de las agencias. El diseño institucional de estas protege a los expertos de la intrusión de la política. En el caso de las amenazas a la salud pública y humana, el modelo de la Unión responde a una versión débil del Estado regulador. Así, se asigna la evaluación del riesgo al ECDC y la gestión y comunicación a la Comisión y los Estados Miembros. Una agencia -el ECDC- protege a los expertos de la política. Pese a críticas y propuestas de mejora, durante la pandemia los actores de este modelo han actuado de acuerdo con sus papeles en el diseño institucional.

La arquitectura institucional española, sin embargo, presenta muchas deficiencias en comparación con el modelo de la Unión. El sistema institucional de análisis del riesgo en materia de amenazas a la salud pública está fuertemente orientado hacia la política y se aleja de una versión débil del Estado regulador. Ante crisis sanitarias, el diseño institucional deja el protagonismo a instituciones políticas -los Gobiernos central y autonómicos- y el conocimiento científico-técnico queda en manos de un órgano administrativo -el CCAES- que no es una agencia. El diseño institucional separa la evaluación y la gestión del riesgo, pero los expertos no están protegidos a través de una agencia autónoma e independiente. El CCAES no tiene los atributos de una agencia, como por ejemplo un mandato protegido de su dirección y se ha confundido durante la pandemia con el poder ejecutivo. La pandemia ha visibilizado esta grave deficiencia institucional y ha provocado que el conocimiento científico-técnico quede en mal lugar. El CCAES se ha confundido con el Gobierno central, se ha colocado en el centro de la discusión política y el descrédito de los expertos se ha acentuado. Durante la pandemia se ha vivido una gran crisis reputacional de los expertos que se han enfrentado entre ellos -expertos del CCAES, comités *ad hoc* de expertos, expertos informales nombrados por Gobiernos autonómicos- que han dañado la imagen del papel del experto en la toma de decisiones.

El intento de superar las deficiencias detectadas durante la pandemia se vislumbra insuficiente y, una vez más, no se toma como referencia de manera adecuada el modelo de la Unión. La propuesta de creación de una agencia estatal no responde al modelo de Estado regulador en sentido débil. La retórica y lenguaje utilizados son adecuadas, incluso la naturaleza de agencia estatal que se quiere utilizar, pero se deja en manos del poder ejecutivo la estructura orgánica en bloque, tanto su diseño como elección. Difícilmente se puede superar así la confusión de expertos y políticos que la dupla Gobierno-CCAES ha comportado en la gestión de la pandemia. Por otro lado, la experiencia catalana con la creación de una agencia a nivel autonómico adolece del mismo problema. Se trata de una agencia con forma de organismo autónomo administrativo, con una dirección con fuerte presencia política y que, incomprensiblemente, la práctica ha derivado en nombrar directores de la agencia a los titulares de la Secretaría General de Salud, es decir, a un miembro del poder ejecutivo.

La experiencia española durante la pandemia, por tanto, ha revelado la problemática de un diseño institucional muy basado en el Estado social, con un claro protagonismo de la política en

la regulación del riesgo en materia de salud pública. El modelo institucional español no estaba suficientemente preparado para integrar el conocimiento científico-técnico en el proceso de toma de decisiones. El Estado regulador en sentido débil parece un modelo adecuado que se sitúa en un punto intermedio entre el Estado social y el Estado regulador en sentido fuerte. Ofrece protección al experto a través de agencias consultivas que lo integran en el proceso de toma de decisiones sin quitar a la política la responsabilidad última de la decisión. En otras palabras, utilizando una vieja expresión de los defensores del Estado regulador, se cuenta con los expertos, pero ellos no lideran.

5. Bibliografía

A.A.V.V., *Verfassungsblog on Matters Constitutional*: «Covid 19 and States of Emergency», 2020 (<https://verfassungsblog.de/states-of-emergency>).

ALEMANNI, Alberto, «Science & EU Risk Regulation: The Role of Experts in Decision-Making and Judicial Review», *Connex Report Series*, núm. 6, 2008, pp. 37 ss.

ALEMANNI, Alberto, «The European Response to Covid-19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination? », *European Journal of Risk Regulation*, núm. 11-2, 2020, pp. 307 ss.

BALDONI, Diego/GHERARDI, Samuele, «Due modelli costituzionali per governare l'emergenza. Italia e Spagna alla prova del Coronavirus», *DPCE Online*, núm. 43-2, 2020, pp. 1591 ss.

CHRISTENSEN, Tom/LAEGRID, Per, «Agencification and regulatory reforms», en CHRISTENSEN, TOM/LAEGRID, PER (eds.), *Autonomy and Regulation. Coping with Agencies in the Modern State*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham and Northampton, 2006, pp. 1 ss.

COEN, David/THATCHER, Mark, «The New Governance of Markets and Non-Majoritarian Regulators», *Governance: An International Journal of Policy Administration and Institutions*, núm. 18-3, 2005, pp. 329 ss.

COEN, David/THATCHER, Mark, «Network Governance and Multi-Level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies», *International Public Policy*, núm. 28-1, 2008, pp. 49 ss.

DEHOUSSE, Renaud «Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance», *Jean Monnet Working Paper 2/02*, New York University School of Law, 2002, pp. 1 ss.

DE SOMER, Stéphanie, «International and European Impulse with regard the Creation of Autonomous Public Bodies: An Emerging Trend», *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, núm. 3-1, 2014, pp. 58 ss.

ESTEVE PARDO, José «Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión», *Documentación Administrativa*, nº 265-266, 2003, pp. 137-149.

EVERSON, Michelle/VOS, Ellen, «European Risk Governance in a Global Context», *Connex Report Series*, nº 6, 2008, pp. 7 ss.

FLINDERS, Matthew/DIMOVA, Gergana, «Bringing in the experts: blame deflection and the Covid-19 crisis», *British and Irish Politics and Policy*, Covid-19, 2020 (<https://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/bringing-in-the-experts-blame-deflection-and-the-covid-19-crisis/>).

FLINDERS, Matthew, «Coronavirus blame games – who really benefits? », *The Conversation*, 2020 (<https://theconversation.com/coronavirus-blame-games-who-really-benefits-135470>).

FOLLESDAL, Andreas/HIX, Simon, «Why There is a Democratic Deficit in the EU: a Response to Majone and Moravcsik», *Journal of Common Market Studies*, núm. 44-3, 2006, pp. 533 ss.

GERADIN, Damien/PETIT, Nicolas, «The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals of Reform», *Jean Monnet Working Paper* 01/04, New York University School of Law, 2004, pp. 1 ss.

GILARDI, Fabrizio, «Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis», *Journal of European Public Policy*, núm. 9-6, 2002, pp. 873.

GROENLEER, Martijn, *The Autonomy of European Union Agencies. A Comparative Study of Institutional Development*, Eburon, Delft, 2009, pp. 125-128.

KELEMAN, Daniel R., «The Politics of ‘Eurocratic’ Structure and the New European Agencies», *West European Politics*, núm. 25-4, 2002, p. 93.

LEVI-FAUR, David, «Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space», *Journal of European Public Policy*, núm. 18-6, 2011, pp. 810 ss.

MAGNETTE, Paul, «The Politics of Regulation in the European Union», en GERADIN, DAMIEN/MUÑOZ, RODOLPHE/PETIT, NICOLAS (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham and Northampton, 2005, pp. 3 ss.

MAJONE, Giandomenico, «Regulation and its modes», en MAJONE, GIANDOMENICO (ed.), *Regulating Europe*, 1996, Routledge, Londres, 1996, p. 9 ss.

MAJONE, Giandomenico, «Theories of regulation», en MAJONE, GIANDOMENICO (ed.), *Regulating Europe*, Routledge, Londres, 1996, pp. 28 ss.

MAJONE, Giandomenico, «The Rise of statutory regulation in Europe», en MAJONE, Giandomenico (ed.), *Regulating Europe*, Routledge, Londres, 1996, pp. 47 ss.

MAJONE, GIANDOMENICO, «Regulatory legitimacy», en MAJONE, GIANDOMENICO (ed.), *Regulating Europe*, Routledge, Londres, 1996, pp. 284 ss.

MAJONE, GIANDOMENICO, «Europe’s ‘Democratic Deficit’: the Question of Standards», *European Law Journal*, núm. 4-1, 1998, pp. 5 ss.

MAJONE, Giandomenico, «Non-majoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance». A Political Transaction-Cost Approach», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, núm. 157-1, 2001, pp. 57 ss.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process*, The National Academic Press, Washington, DC, 1983.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Understanding Risk: Informing Decisions in a Democratic Society*, The National Academic Press, Washington, DC, 1996.

PACCES, Alessio/WEIMER, Maria, «From Diversity to Coordination: A European Approach to Covid-19», *European Journal of Risk Regulation*, núm. 11-2, 2020, pp. 283 ss.

PIERGIGLI, Valeria, «L'emergenze Covid-19 in Spagna e la dichiarazione dell'estado de alarma. Ripercussioni sul sistema istituzionale e sul regime dei diritti», *DPCE Online*, núm. 43-2, 2020, pp. 1533 ss.

POLLIT, Christopher/BATHGATE, Karen/CAULFIELD, Janice/SMULLEN, Amanda/TALBOT, Colin, «Agency Fever? Analysis of an International Policy Fashion», *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, núm. 3-3, 2001, pp. 271 ss.

RENDA, Andrea/CASTRO, Rosa, «Towards Stronger EU Governance of Health Threats after the Covid-19 Pandemic», *European Journal of Risk Regulation*, núm. 11-2, 2020, pp. 273 ss.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, «Las dimensiones constitucionales de la crisis sanitaria en España. Dudas e incertidumbres presentes y futuras», *DPCE Online*, núm. 43-2, 2020, pp. 1511 ss.

SHAPIRO, Martin, *Who Guards the Guardians. Judicial Control of Administration*, University of Georgia Press, Atenas, 1988.

SKOGSTAD, Grace, «The WTO and Food Safety Regulatory Policy Innovation in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, núm. 39-3, 2001, p. 485.

SOLANES MULLOR, Joan, *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2016.

SOLANES MULLOR, Joan, «Institutional Balance, EU and National Agencification Processes: The Need for Dialogue», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 68, 2018, pp. 85 ss.

SOLANES MULLOR, Joan, «What Goes UP Must Go UP: Raising Judicial Scrutiny over the European Central Bank Through Judicial Dialogue», en BELOV, Martin (ed.), *Judicial Dialogue*, Eleven International Publishing, La Haya y Chicago, 2019, pp. 155 ss.

STIGLER, GEORGE J., «The Theory of economic regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, núm. 1-2, 1971, pp. 1 ss.

SUNSTEIN, Cass R., *After the Rights Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, London, 1990.

SUNSTEIN, Cass R., *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 1997.

THATCHER, Mark, «Regulation after delegation: independent regulatory agencies in Europe», *Journal of European Public Policy*, núm. 9-6, 2002, pp. 954 ss.

THATCHER, Mark, «Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation», *West European Politics*, núm. 25-1, 2002, pp. 125.

THATCHER, Mark, «The creation of European regulatory agencies and its limits: a comparative analysis of European delegation», *Journal of European Public Policy*, núm. 18-6, 2011, pp.790 ss.

TOYGÜR, Ilke, «The EU, coronavirus and crisis management: is ‘solidarity’ real or just a prop?» *Expert Comment* 8/2020, *Royal Institute Elcano*, 2020: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_en/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/commentary-toygur-eu-coronavirus-and-crisis-management-is-solidarity-real-or-just-a-prop.

TRONDAL, Jarle/JEPPESEN, Lene, «Images of Agency Governance in the European Union», *West European Politics*, núm. 31-3, 2008, p. 417 ss.

VERMEULE, Adrian, *The Constitution of Risk*, Cambridge University Press, New York, 2014.

WONKA, Arndt/RITTBERGER, Berthold «Credibility, Complexity and Uncertainty: Explaining the Institutional Independence of 29 EU Agencies», *West European Politics*, núm. 33-4, 2010, pp. 730 ss.

Habbine Estelle Kim
Archè Selarl

Sumario

El presente documento pretende ofrecer una perspectiva global de las prácticas comerciales de greenwashing, identificando en primer lugar sus principales características y formas. A continuación, se examinan algunas cuestiones prevalentes susceptibles de perjudicar el bienestar del consumidor de greenwashing, con vistas a sugerir soluciones en apoyo de una perspectiva más global de elaboración de políticas que reflejen las últimas reformas europeas en materia de sostenibilidad. Se propone una reforma holística que vaya más allá del marco y la lógica tradicionales de las normas de protección del consumidor. El documento defiende la necesidad de una mayor reflexión sobre el efecto extraterritorial de la legislación de la UE, así como la introducción de la redistribución de costes y beneficios, la transferencia de créditos de la UE y los sistemas de tolerancia en la economía circular. También propone la mejora de la autorregulación, la transparencia y la información para reforzar la responsabilidad de las empresas en el contexto de su diligencia profesional.

Abstract

The present paper seeks to provide a global perspective on commercial greenwashing practices by first identifying its principal characteristics and forms. Then, it examines some prevalent issues susceptible to harm the greening consumer welfare, with views of suggesting solutions in support of a more global policy-making perspective which the latest European reforms on sustainability reflect. A holistic reform is proposed, stepping beyond the traditional framework and rationale of consumer protection rules. The paper advocates the need for some further consideration regarding the extraterritorial effect of EU law, as well as the introduction of costs and benefits redistribution, EU credits transfer and tolerance schemes into the circular economy. It also proposes the enhancement of auto-regulation, transparency and reporting to strengthen the accountability of businesses in the context of their professional diligence.

Palabras claves: sostenibilidad, impacto global, ecologización del bienestar del consumidor, medio ambiente, acción por el clima, “greenwashing”, “green-hushing”, economía circular, autorregulación, transparencia

Keywords: sustainability, global impact, greening consumer welfare, environment, climate action, greenwashing, green-hushing, circular economy, auto-regulation, transparency

DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.14

2.2023

Recepción
31/10/2022

-

Aceptación
06/03/2023

-

Table of Contents

1. Introduction

2. Tackling Commercial Greenwashing

2.1. Elasticity between Stakeholder and Business Behaviours

2.2. Principal Characteristics and Forms

2.3. Diversity and Inclusiveness

3. Towards an Inclusive, Global Policy-making Perspective

3.1. Credits Transfer System and Tolerance Scheme

3.2. Costs and Benefits Redistribution

3.3. Auto-regulation, Transparency and Reporting

4. Conclusion

5. Bibliography

1. Introduction*

Environmental concerns pervade the world. As a natural consequence, sustainability, Corporate Social Responsibility (CSR), Responsible business conduct (RBC) and Environmental, Social and Governance (ESG) gained traction.¹ However, this is coupled with the advent of commercial greenwashing and green-hushing² practices, a multifaceted issue likely to put consumer welfare into peril. As a response, the European Union (EU) and its Member States strived to advance global efforts towards sustainability and climate action.³ Collective endeavours have been made to address, both directly and indirectly, related problematics such as waste management, industrial emissions and biodiversity amongst others.⁴ In order to also cover new areas such as clean mobility, circularity and all technologies contributing to the Green Deal, the EU strived to stray away from fractionalized and individualized takes on these matters, in favour of a more global, circular and transparent ecosystem. In this respect, the inclusive notion of circular economy comprises phases going from Research and Development (R&D), conception, production, commercialization, distribution, consumption to waste management.

The present paper seeks to identify the primary characteristics, forms and problematics relating to commercial greenwashing practices (2) prior to suggesting holistic solutions in favour of a dynamic, circular ecosystem (3).

* Habbine Estelle KIM (habbine.kim@archelegal.com), dual-qualified lawyer (Paris & New York Bars), Partner at Archè SELARL. Thanks to Dr. Mireia Artigot Golobardes, the Organising Committee and the participants of the International Conference & Workshop in 2022 on Sustainability, Digital Markets and the Digital Revolution organised by Universitat Pompeu Fabra and M. Maciej Bernard Plotka for their invaluable feedback and support.

¹ Corporate Sustainability Reporting Directive 2021/0104/EU; Watling, A. and Zhou, E. (2011) Attitudes towards Sustainability: A Quantitative Study of Sustainable Ålidhem. Bachelor's Thesis, Umea Universitet, Umea, Sweden. <http://umu.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A430152&dswid=-6754>, on how sustainability essentially refers to the recurrent factors of economic viability, social justice and environmental impacts that contribute to a durable solution ; The term "sustainability" at large refers to measures aiming to balance economic, social, and environmental considerations in a way that promotes long-term viability and well-being for people, communities, and the planet; European Commission, "Corporate social responsibility & Responsible business conduct", https://single-market-economy.ec.europa.eu/industry/sustainability/corporate-social-responsibility-responsible-business-conduct_en, "The Commission has defined CSR as the responsibility of enterprises for their impact on society (...) The OECD has defined RBC as "making a positive contribution to economic, environmental and social progress with a view to achieving sustainable development and avoiding and addressing adverse impacts related to an enterprise's direct and indirect operations, products or services"."

² Madeleine Speed, *Financial Times*, "Green hushing on the rise as companies keep climate plans from scrutiny", 18.10.2022, <https://www.ft.com/content/5fd513c3-e23f-4daa-817e-aa52cf6d18d4>

³ Articles 11 and 191-193 of the TFEU ; Article 3 of the Treaty on European Union (TEU); Articles 12, 114 and 169 of the TFEU; Articles 90-100 of the TFEU; Articles 170-172 of the TFEU ; In essence, as per Article 4 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the EU and its Member States have shared competence on the non-exhaustive areas of the environment, consumer protection, transport and trans-European networks.

⁴ In December 2019, the European Commission's "European Green Deal" policy initiatives were launched with views of achieving climate neutrality by 2050. This was followed by a circular economy action plan (CEAP) in March 2020 in parallel with the proposal for a Regulation on Ecodesign for Sustainable Products (COM/2022/140; 2022/C 182/01) and the EU strategy for Sustainable and Circular Textiles, aiming to ensure that goods on the EU market be environment-friendly, circular and energy-efficient throughout their entire lifecycle ; see also Directive 2002/49/EC ; Regulation (EU) 2019/1010; Corrigendum to Commission Directive (EU) 2015/996 ; Paris Agreement; Decision (EU) 2016/1841; Regulation (EU) 2021/1119; (EU) 2018/1999; Directive 2008/98/EC ; Directive (EU) 2018/851; Decision (EU) 2021/19; Decision (EU) 2019/1004 ; Decision (EU) 2019/1597; Decision (EU) 2019/2000; Directive (EU) 2015/1127; Decision 2000/532/EC; Directive 2010/75/EU; Directive 2011/92/EU; Directive 2010/75/EU; Directive 1999/31/EC; Directive 2014/52/EU; Directive (EU) 2018/850; Decision 2003/33/EC; Directive 2011/92/EU; Directive 2012/19/EU; Directive 2009/125/EC; Regulation (EU) 2019/290; Regulation (EU) 2017/699; Directive 2009/125/EC; Directive 2004/35/EC; Directive 2000/60/EC; Directive 2008/56/EC; Climate, Energy and Environmental State Aid Guidelines (CEEAG).

2. Tackling Commercial Greenwashing

Since 1986 when Jay Westerveld is said to have arguably coined the term “greenwashing”⁵, the latter term has evolved much - namely in the legal literature. Although commercial greenwashing may be understood via multitudinous angles of perception, it is worth understanding the proximate correlation existing between stakeholder and company behaviours (2.1). This will help visualise the principal characteristics and forms of commercial greenwashing in a more balanced way (2.2). Finally, this section examines if there exist means to ensure better integration of inclusiveness within diversity so as to render European harmonisation measures more effective (2.3).

2.1 Elasticity between Stakeholder and Business Behaviours

Stakeholders and companies dialogue, influence one another and interact through market shifts and evolutions. As such, there is a natural connection between the responsiveness of one variable (consumer behaviour, demand and expectation) and the changes to the other variable (business decisions, strategies and offer) albeit at different levels of intensity and sensitivity.⁶ This is an important practical element to consider in comprehending how European and national legislation strikes a balance between consumer rights and business law.

On the one hand, consumers are perceived as the “weaker party”⁷ vulnerable to abuse or misuse of power by their business counterparts. In this respect, the “reasonable/average consumer”⁸ standard and the “legitimate/reasonable expectation”⁹ doctrines in the legal literature set the protection level for consumers. In other words, the consumers are a passive object of protection or a standard reference point for setting the level of protection rather than a subject.¹⁰

⁵ De Freitas Netto et al. “Concepts and forms of greenwashing: a systematic review”. *Environ Sci Eur* 32, 19 (2020). <https://doi.org/10.1186/s12302-020-0300-3>

⁶ Going beyond the economic notion of elasticity based on the quantitative approach to shifts in the demand and the offer, the present section observes the underlying qualitative and behavioural factors that are also susceptible to affect consumer choice, such as personal values of the consumer, the impact of environmental representations or claims and continuous, repetitive greenwashing marketing practices.

⁷ Directive 2005/29/EU ; ECJ C-464/01, paragraph 39 (“it is already clearly apparent from the purpose of Articles 13 to 15 of the Brussels Convention, namely to properly protect the person who is presumed to be in a *weaker position* than the other party to the contract, that the benefit of those provisions cannot, as a matter of principle, be relied on by a person who concludes a contract for a purpose which is partly concerned with his trade or profession and is therefore only partly outside it. It would be otherwise only if the link between the contract and the trade or profession of the person concerned was so slight as to be marginal and, therefore, had only a negligible role in the context of the supply in respect of which the contract was concluded, considered in its entirety.”); Hesselink, M.W., “Weaker Party Protection”, *Justifying Contract in Europe: Political Philosophies of European Contract Law* (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 1.08.2021), <https://doi.org/10.1093/oso/9780192843654.003.0006>;

⁸ MAK, V., ‘Standards of Protection: In Search of the ‘Average Consumer’ of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive’, 2011, 19, *European Review of Private Law*, Issue 1, pp. 25-42, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Review+of+Private+Law/19.1/ERPL2011003>; C-70/93 (“*reasonably circumspect consumer*”); C-373/90 (“*average consumer*”); C-356/04 (“*significant number of consumers*”)

⁹ General Product Safety Directive 2001/95/EC ; Agreement of the European Parliament and Council on the adoption of the new General Product Safety Regulation (COD 2021/0171) Certain EU dispositions, especially those relating to the safety and security, refer to “legitimate expectation”. This is to ensure accountability whereby non-compliance or breach would create a situation of danger, a risk of harm, or actual danger/harm. It is closely linked to the notions of detrimental reliance and unjust enrichment in common law equity; Article L.421-3 of the French Consumer Code (“*Products and services must, under normal conditions of use or other conditions reasonably foreseeable by the professional, be as safe as can be legitimately expected and not be prejudicial to human health*”); C-239/02;

¹⁰ C-240/98 to 244/98 (joined cases), paragraph 26 (“*The aim of Article 6 of the Directive, which requires Member States to lay down that unfair terms are not binding on the consumer, would not be achieved if the consumer were himself obliged to raise the unfair nature of such terms. In disputes where the amounts involved are often limited, the lawyers’ fees may be higher than the amount at stake, which may deter the consumer from contesting the application of*

One of the reasons for such standardisation is to reduce bias, as consumer behaviour is complex. Consumer behaviour depends upon qualitative (e.g. culture, language, product attribute)¹¹ as much as quantitative (e.g. price, income) factors, each requiring subjective and objective qualia identification.¹² Another reason for the normalisation is the lack of consensus on the definition of a “consumer”.¹³ The scope and angle of interpretation may vary depending on the applicable texts, associated case laws and the factual context.¹⁴ However, this standardization method is not left without challenges. Digitalisation and new technology lead to a facilitated access to information. Confronted to over-information and misinformation vulnerabilities, information management, prioritization and source verification became essential. Potential obstacles to these are heightened reliance on promoters, influencers¹⁵ and media, not to mention the results of targeted search optimisation and promotion tailored via behaviour analytics.

an unfair term. While it is the case that, in a number of Member States, procedural rules enable individuals to defend themselves in such proceedings, there is a real risk that the consumer, particularly because of ignorance of the law, will not challenge the term pleaded against him on the grounds that it is unfair. It follows that effective protection of the consumer may be attained only if the national court acknowledges that it has power to evaluate terms of this kind of its own motion.”); C-168/05; C-40/08, paragraph 52 (“For the purpose of that assessment, in view of the nature and importance of the public interest underlying the protection which Directive 93/13 confers on consumers, Article 6 of the directive must be regarded as a provision of equal standing to national rules which rank, within the domestic legal system, as rules of public policy.”); C-243/08; C-32/12

¹¹ C-313/94 (“It is possible that because of linguistic, cultural and social differences between the Member States a trade mark which is not liable to mislead a consumer in one Member State may be liable to do so in another.”); C-220/98; T-183/02 and T184/02 (joined cases)

¹² Tye, Michael, “Qualia”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/qualia/>; Many behavioural economists have conducted empirical studies on the decision-making procedure, namely the factors impacting the progress from the conscious stage to the decision-making and action stages. Traditional models (Learning model, psychoanalytical model, sociological model, economic model) and contemporary models (Engel-Kollat-Blackwell Model, Black Box Model, Hawkins Stern Model, Howard Sheth Model, Nicosia Model, Webster and Wind Model) There are traditional and contemporary consumer behaviour models designed for mapping, strategising and decision-making purposes. They are based on an identified set of controlled variables and causation assessment framework. ; Green consumerism” refers to a particular form of social behaviour whereby consumption is propelled by a social vision, concern, awareness, objective or value, particularly relating to the environment.

¹³ Schüller, B., 2012, “The definition of consumers in EU consumer law”. In J. Devenney & M. Kenny (Eds.), *European Consumer Protection: Theory and Practice* (pp. 123-142). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9781139003452.011 ; Kingisepp, M. Väriv, A., “The Notion of Consumer in EU Consumer Acquis and the Consumer Rights Directive—a Significant Change of Paradigm?” *International and National in Law Development and Reciprocal Impact*, XVIII/2011, ISBN 978-9985-870-28-0; C-210/96 (“the national court must take into account the presumed expectations which it evokes in an average consumer who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect. However, Community law does not preclude the possibility that, where the national court has particular difficulty in assessing the misleading nature of the statement or description in question, it may have recourse, under the conditions laid down by its own national law, to a consumer research poll or an expert’s report as guidance for its judgment.”); C-101/11 P and 102/11 (joined cases)

¹⁴ Generally, the notion of a consumer is restricted to a natural person. This excludes the application of consumer protection to a legal person, even if such entity were to be in an assimilable position to that of a consumer. See Article 2(1) of the Consumer Rights Directive 2011/83/EU (“any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession”); Article 2(a) of the Unfair Commercial Practices Directive 2005/29/EC (“any natural person who, in commercial practices covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession”); French law n° 2014-344 (“Hamon” law), extended by the French Ordinance n° 2016-301, modified by French law n° 2017-203 (Article 3), Ordinance n° 2021/1247 (Article 1) and Ordinance n° 2021/1734 (Article 1), incorporates a general definition of a consumer to the liminary article of the French Consumer Code (“any physical person who acts for purposes which do not enter in the scope of his/her commercial, industrial, artisanal, liberal or agricultural activity.”); C-541/99; C-542/99; C-361/89; C-319/20 (consumer protection associations may engage representative action for consumer personal data protection violations in conformity with Article 80(2) of the General Data Protection Regulation 2016/679, Article 8 of the Charter of fundamental Rights of the EU and Article 16 of the TFEU)

¹⁵ DE COCK BUNING, Madeleine, *Life after the European Audiovisual Media Services Directive : social media influencers through the looking-glass*, in Catalina GOANTA and Sofia RANCHORDÁS (eds), *The regulation of social media influencers*, Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 47-73 - <https://hdl.handle.net/1814/70216>

On the other hand, businesses remain the “sanctionable subject”. As they are often perceived to have more bargaining power, knowledge, experience and expertise, they are deemed to be a potential source of risk to consumer welfare. In consequence, their acts, negligence or omissions, as well as the negative effects of their practices (whether potential or actual) at large, become the “object of sanction”. This is crucial to ensure that environmental and social engagements are real and truthful - not mere “aesthetics”¹⁶.

What is worth noting is that businesses are not always the unconquered Big Bad Wolf. Firstly, they are not entirely proof against growing consumer influence and power.¹⁷ Enhanced consumer education, information and awareness (e.g. OpenAI, CI.ty, comparative tools) led to consumer empowerment. Naturally, consumers became more involved as active participants in markets.¹⁸ In the presence of fierce market competition and elucidated consumer choice, businesses find themselves inevitably affected by stakeholder demands and expectations to make strategic decisions - be it voluntarily or by pressure¹⁹. For example, a growing number of businesses rely on behaviour analytic tools and consumer preferences to make personally tailored offers, leading to better performance quantified in terms of profits. If businesses change their offers or behaviours, the relevant markets are more likely to incite fair competition and innovation, consequently increasing consumer choice. Further, with the advent of prosumers (pro-consumers), communities (group of potential consumers) and the collaborative economy²⁰, the way some businesses create and access relevant markets have also shifted. This contributes to adjusting, to a certain level, the initial power imbalance between businesses and consumers.

Businesses also face increasing pressure, expectations and scrutiny by governments, national authorities and even stakeholders. For example, they are prompted to disclose information about their environmental performance and ensure transparent practices.²¹ They may also be heavily sanctioned if caught red handed. This is especially so in case of non-compliance related to environmental impact allegations or practices exercised under the Extended Producer Responsibility (EPR).²² Under French law, for instance, the EPR is considered as being fixed to the essential, principal and substantial properties of goods or services and is subject to sanctions under administrative, criminal, tort and contract laws depending on the case.²³

¹⁶ Bakerjian, L. "The aesthetic nature of corporate social responsibility and greenwashing." *Oradea Journal of Business and Economics* 7.1 (2022): 98-108.

¹⁷ Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Directives 2005/29/EC and 2011/83/EU as regards empowering consumers for the green transition through better protection against unfair practices and better information
COM/2022/143 final

¹⁸ CSERES, K. (2018). The Active Energy Consumer in EU Law. *European Journal of Risk Regulation*, 9(2), 227-244. doi:10.1017/err.2018.7

¹⁹ Gatti, L., et al. "Grey zone in-greenwash out. A review of greenwashing research and implications for the voluntary-mandatory transition of CSR." *International Journal of Corporate Social Responsibility* 4.1 (2019):1-15.

²⁰ Smorto, G. (2018). The Protection of the Weaker Parties in the Platform Economy. In N. Davidson, M. Finck, & J. Infranca (Eds.), *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy* (Cambridge Law Handbooks, pp. 431-446). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781108255882.033

²¹ European Commission, "Initiative on substantiating green claims", https://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/initiative_on_green_claims.htm

²² European Commission, "Development of guidance on Extended Producer Responsibility (EPR)", https://ec.europa.eu/environment/archives/waste/eu_guidance/introduction.html; Jacques Vernier, "Extended producer responsibility (EPR) in France", *Field Actions Science Reports* [Online], Special Issue 23 | 2021, Online since 23 November 2021, connection on 19 February 2023. URL: <http://journals.openedition.org/factsreports/6557>; Maitre-Ekern, Eléonore. "Re-thinking producer responsibility for a sustainable circular economy from extended producer responsibility to pre-market producer responsibility." *Journal of Cleaner Production* 286 (2021): 125454.; Favot, Marinella, et al. "Regulation and competition in the extended producer responsibility models: Results in the WEEE sector in Europe." *Waste Management* 145 (2022): 60-71.

²³ French Climate and Resilience Law in Articles L.121-1 to L121-7 (unloyal commercial practices) and L.132-1 to

In order to not onerously burden businesses and create asymmetries in fair competition, EU law provides a point of balance at the stage of intervention of the proportionality principle for penalties²⁴. Taking into account a wide array of pecuniary and circumstantial considerations, the national authorities and courts have discretion in determining the most appropriate level of sanction. Relevant considerations for ensuring an effective, proportionate and dissuasive penalties include, but are not limited, to the following: the nature, gravity, scale and duration of the infringement; antecedents and repetition; mitigation or aggravating factors.²⁵ Proportionality is also relevant when balancing consumer protection against the EU free movement in the internal market.²⁶ These help preserve pluralism and the protection of the weaker competitors.

Bearing in mind the aforementioned association existing between the stakeholders and businesses, it is possible to examine the primary characteristics and forms of commercial greenwashing practices.

2.2 Principal Characteristics and Forms

Commercial greenwashing practices essentially involve (i) a positive or negative act or omission, whether intentional, negligent or innocent, (ii) via the use of false, unsubstantiated, misleading, half-truth, vague, hidden or unverifiable “green” claims or representations relating to their products and/or services in case of a positive act, (iii) that do not reflect the reality or the legitimate/reasonable expectations of the consumer, (iv) that aims to or has the effect of influencing free, voluntary and informed consumer (v) that is prejudicial to the consumers or the consumer welfare at large (vi) and that violates existing legal laws or regulations.²⁷

Although there exist multitudinous forms in which commercial greenwashing practices may be manifested, an initial analysis may be made based on the *actus reus* and *mens rea* elements. These elements are likely to affect the subsequent analysis on the effect²⁸ and the prejudice caused to

L132-9 of the French Consumer Code (misleading commercial practices) (especially Articles L.121-2-2(b) and L.121-2-2(e) : “*The essential characteristics of the good or service, namely : its substantial qualities, composition, accessories, origin, (...) quantity, method and date of manufacture, conditions of use and suitability for use, properties and results expected from its use, in particular its environmental impact, as well as the results and main characteristics of the tests and controls carried out on the good or service (...) The extent of the advertiser’s commitments, including environmental commitments, the nature, proceeds or the reason for the sale or provision of services*”); Article L.229-68 to L.229-69 (environmental allegations) of the French Environmental Code; Fench Decree 2022-539 of April 13, 2022

²⁴ Article 5(4) of the TEU

²⁵ Directive 2005/29/EC, Article 13 ; Amending Directive 2019/2161/EU ; Regulation 2017/2394/EU ; Directive 93/13/EEC; Directive 98/6/EC; and Directive 2011/83/EU;

²⁶ Article 28 and 56 of TFEU; C-322/01; C-119/75; Tudor, Jarrod. “Consumer Protection and the Free Movement of Goods in the European Union: The Ability of Member-States to Block the Entry of Goods across Borders.” *Hous. J. Int’l L.* 39 (2017): 557.

²⁷ Olivia Rudgard, Bloomberg, “How Eco-Friendly Is That Product? Here Are Four Ways to Spot Greenwashing”, 18.01.2023, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-01-18/four-examples-of-greenwashing-according-to-the-eu>; Reuters, Huw Jones, “France says EU rules on ESG funds need tightening to cut greenwashing”, 13.02.2023, <https://www.reuters.com/business/sustainable-business/france-says-eu-rules-esg-funds-need-tightening-cut-greenwashing-2023-02-13/>; Zych, Grzegorz, et al. “Concept, Developments, and Consequences of Greenwashing.” *European Research Studies* 24.4B (2021): 914-922.; de Jong, Menno DT, Gabriel Huluba, and Ardion D. Beldad. “Different shades of greenwashing: Consumers’ reactions to environmental lies, half-lies, and organizations taking credit for following legal obligations.” *Journal of business and technical communication* 34.1 (2020): 38-76.; Directive 2005/29/EC; Directive 2011/83/EU; Directive 85/577/EEC; Directive 97/7/EC; Case C – 489/07, Case 481/99 and Case C – 350/03 (on the omission of right to withdrawal)

²⁸ Directive 2005/29/EC, Articles 2(e) and 2(j); It is worth noting that depending on the applicable law and regulation, the level of influence of the consumer choice is susceptible to vary. It may involve a “but for test”, undue influence, material distortion or significant impairment to the consumer’s informed and free choice, or an assessment as to whether the *actus reus* was merely susceptible to influence consumer choice. In the last case, the

the consumers, as well as the the available defence and remedies. They are then determinative of the type and scope of applicable sanctions based on proportionality. Rather than adopting the top-down approach (looking at the area of law to collect the qualifiable facts), the rationale here is reversed. The logical sequence of reasoning is further nuanced as it looks at the specificities of the facts that are able to qualify “hybrid” scenarios where relevant. This way, claimants have more than one avenue for seeking legal redress. For example, the intentional occult practice of not declaring waste may be captured by consumer protection, contract, environmental and/or unfair commercial practice laws. Such actions may thus be subject to criminal, contractual and/or administrative sanctions depending on what legal action was engaged and by whom.²⁹

Firstly, commercial greenwashing may be the result of a business’s conscious and intentional act. In this case, businesses would devise and design strategies to compel specific conducts from the consumer. They may include exploiting “*black spots*” to the consciousness, such as the placement of important decision-making information in less intuitive places that requires true effort and considerable time to find.³⁰ They may also involve repetitive and continuous marketing strategies³¹, or the adoption of disincentivizing schemes such as the provision of voluminous, technical information on green technology written in complete jargon. Beyond mere commercial puff, the distortion of facts, the falsification of tests and the exploitation of “gaps” (e.g. the lack of evidence or information) and over-information may form part of dark patterning practices that are likely to harm consumers. Business may exploit advertising, packaging, labeling and other methods to influence the consumer’s free and informed choice.

Secondly, commercial greenwashing may be the unintended effect of a business’s conscious act. Indeed, it is not necessarily obvious to determine how businesses are meant to represent complex, technical information in laymen terms or a simplistic visual layout (e.g. via limited colours or symbols) *ab initio*, absent uniform or model forms, especially for online advertisement. Furthermore, in the presence of multiple technical standards, disputes may arise over differing expert opinions or conclusions. For example, in the context of product compliance and product labeling, there may be discrepancies in deciding the appropriate classification e.g. for tire energy efficiency affecting consumer choice which involves the translation of quantitative data into qualitative data. Test errors or conversion inaccuracies may exist, even if businesses comply with the formalities and verification procedures internally and/or by accredited laboratories. If the competent authority holds, after the investigatory procedure, that the target company is non-compliant and mislead the consumer, greenwashing would be qualified regardless of any intention.

level of influence may be identified based on whether the object of representation presented the essential, principal or other important characteristics relating to the product.; Cherry, Miriam A., *The Law and Economics of Corporate Social Responsibility and Greenwashing* (2014). 14 U.C. Davis Business Law Journal 282 (2014), Saint Louis U. Legal Studies Research Paper No. 2014-22, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2737740>

²⁹ Legal action may be initiated by a consumer, a representative of a group of consumers, a company or a national authority depending on the legal interest and capacity, as well as the power and competence. Directive 2005/29 ; COM/2022/143 final; Directive 2011/83/EU amending Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC and repealing Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC ; Directive 2021/0104/EU2

³⁰ K. Deighton, *The Wall Street Journal*, “Subscription Companies Rethink Irksome Cancellation Practices”, 01.12.2021, <https://www.wsj.com/articles/subscription-companies-rethink-irksome-cancellation-practices-11638370800>; European Commission Press Release, July 1, 2022, “Consumer protection: Amazon Prime changes its cancellation practices to comply with EU consumer rules” https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_4186; European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Lupiáñez-Villanueva, F., Boluda, A., Bogliacino, F., et al., *Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment : dark patterns and manipulative personalisation : final report*, Publications Office of the European Union, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/859030>; Case C-195/14

³¹ Lukinović, M., and L. Jovanović. "Greenwashing—fake green/environmental marketing." *Fundamental and applied researches in practice of leading scientific schools* 33.3 (2019): 15-17.

Finally, commercial greenwashing may be the consequence of a butterfly effect at world level.³² This is because it is impossible to perfectly unify the different consumption cultures, firm practices, and individual consumer across the globe. One may even consider industry practice, individual or collective moral values and even linguistic influence in the context of marketing to examine whether a free, informed and voluntary consumer choice has been made. Confusions may also stem from the absence of a clear, systematic use of the terms “green”, “environmental”, “net zero”, “sustainable”, “eco-friendly”, “bio” and “natural”. Such terminologies are used generically and interchangeably by businesses as aggressive marketing practices or for brand and image-making purposes. The commercial, laymen and legal understanding of these terms differ, rendering the “meeting of the minds” and the process of making an informed decision difficult. What is more, not all environmental goods and services require labels or certifications, or are subjected to particular legal or technical standards. Moreover, with the advent of the Internet culture, a consumer opinion, review or rating (presuming they are not sponsored advertisements) regarding a green product sold in Italy may influence the decision of a consumer in Spain or even in China making an online purchase.

Thus, one of the major challenges to combat commercial greenwashing practices is to bring the two principles of diversity and inclusiveness closer.

2.3 Diversity and Inclusiveness

The notion of “diversity” ought to be understood in the large sense. It may relate to that of legislative and regulatory texts, stakeholder preferences, business models, consumption cultures, interpretation methods and terminologies, amongst others. The reason for keeping the broad definition of diversity is to first recognize its ineluctable existence prior to examining the global picture, i.e. the types and categories of obstacles that exist to the greening consumer welfare.

Although EU laws, rules and regulations envisage various pro-consumer measures, a significant part of the actual implementation is left at national level. As such, consumer protection law remains scattered per Member State, per object and per industry. On the one hand, this enables a case by case analysis and a more tailored approach, appreciating the differences between commercial practices, different national legal systems, industrial use and habits, as well as consumer standards and expectations. On the other hand, it is difficult, absent consistency and integrity, to delimit the interpretative variations which depend on the context, language and applicable law and jurisdiction. In addition, the plurality of *lex specialis*, labels, certifications and standards may add outliers, contradictions and counter-operative hazard to legal certainty. These render accessibility and information prioritization more difficult to consumers. Therefore, standalone legislative solutions, whether at national or EU level, is necessary. However, they are insufficient to promote greening consumer welfare or the environment impact globally.³³ Absent strengthened harmonization, businesses risk using such legal and practical disparities as a way to detour compliance and resort to *forum shopping*, shifting liabilities and problems *elsewhere*.

³² Stanford Encyclopedia of Philosophy, “Chaos”, 16.07.2028, modified on 13.10.2015, <https://plato.stanford.edu/entries/chaos/>

³³ Enerdata, “Total energy production” World Energy & Climate Statistics – Yearbook 2022 <https://yearbook.enerdata.net/total-energy/world-energy-production.html>; Enerdata, “Total energy consumption” World Energy & Climate Statistics – Yearbook 2022 <https://yearbook.enerdata.net/total-energy/world-consumption-statistics.html>; N. Sonnichsen, “Primary energy consumption worldwide from 2000 to 2021”, Statista, 20.07.2022, <https://www.statista.com/statistics/265598/consumption-of-primary-energy-worldwide/#:-:text=Global%20primary%20energy%20consumption%20reached,consumption%20declining%20to%202016%20levels>. In the energy industry, the consumption and production of energy is not equally nor proportionately distributed across the world. Amongst the top 10 primary energy producing countries, there is no Member State of the EU. Amongst the top 10 primary energy consuming countries, only Germany is part of the EU. China’s share of global primary energy consumption is 26.5%, followed by the US, India and Russia in 2021.

Conjunctly with the diversity consideration, inclusiveness deserves more attention in order to seek social and environmental balance. It is relevant for consumer groups and business groups themselves, as much as it is for Member States, Third Countries, national authorities, regulators and accredited organisms. Inclusiveness is more than essential to ensure collective contribution, as the cost towards sustainability and climate action is rather significant. According to some studies, “[inaction on climate change could cost the world’s economy US\$ 178 trillion, whilst united action towards a systemic net-zero transition could result in a gain of US\$ 43 trillion to the global economy.]”⁵⁴ In this respect, and in order to ensure a durable greening consumer welfare, a growing number of investment and financing decisions are propelled by sustainable, green and climate goals.⁵⁵ The EU has also allocated a significant portion of its budget for funding, grants and loans for specific initiatives and projects related to various policy areas. These types of incentives compel businesses to develop their social and environmental reputation and make more innovative, consumer-aware offers. Complementarily, stakeholders themselves are willing to invest in green goals which align with their personal, commercial or professional interests. Such vertical participatory scheme would be effective in driving inclusiveness to the next step.

However, there remains a clash between the satisfaction of basic physiological and safety needs on the one hand, and the exclusive greening regime on the other hand. Many startups and SMEs are susceptible to fail due to accessibility-restrictive factors^{56 57}. Similarly, not every consumer is capable of durably sustaining the practice of green consumption or investing. The costs of *going green and staying green* remain relatively high. Further, the costs of sustainable R&D, production and consumption are more elevated than to stay with the readily available and accessible “traditional” alternatives. When purchase decisions have to be made on a regular basis for essential and basic goods and services (e.g. food, energy), consumers would have the propensity to opt for affordable and cost-efficient solutions in the long term. The cost factor has become more prominent especially after the advent of COVID-19, global inflation and Russia-Ukraine war which caused great surges in the price of commodities and basic necessities. As is, *choosing green* becomes an option only to those who are able to afford it, excluding all others.

What ought to be noted is that diversity itself is not the problem. The issue remains the lack of inclusion or coordination between its constituencies. Rather than perceiving diversity as an antithesis or an obstacle to inclusiveness, one way to maximise efficiency and the preservation of greening consumer welfare is to simply “include diversity”. One of the ways to achieve this is to envisage a sustainable economic model operating more at a “world level”, including extraterritorial effect of European dispositions to third countries. This ideally ought to be

⁵⁴ Davos, Deloitte, “Deloitte research reveals inaction on climate change could cost the world’s economy US \$178 trillion by 2070”, 23.05.2022, <https://www.deloitte.com/global/en/about/press-room/deloitte-research-reveals-inaction-on-climate-change-could-cost-the-world-economy-us-dollar-178-trillion-by-2070.html>

⁵⁵ ISO 32210; ISO 14007; ISO 14008 ; ISO 14097; Article 199 novovicies of the French General Tax Code (also known as “Loi Pinel”) in France, whereby real estate tax exemption is endowed to investors and consumers, namely in relation to newly constructed estates with enhanced energy performance and green initiatives.

⁵⁶ Philip Barrett, IMF Blog, “How Food and Energy are Driving the Global Inflation Surge”, 12.09.2022, <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2022/09/09/cotw-how-food-and-energy-are-driving-the-global-inflation-surge>; Anna Caprile, European Parliamentary Research Service “Russia’s war on Ukraine: Impact on food security and EU response”, April 2022, PE 729.367, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729367/EPRS_ATA\(2022\)729367_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729367/EPRS_ATA(2022)729367_EN.pdf); John Baffes & Peter Nagle, World Bank Blogs, “Commodity Prices surge due to the war in Ukraine”, 05.05.2022, <https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/commodity-prices-surge-due-war-ukraine>; Jakob Feveile Adolfsen, Friderike Kuik, Eliza Magdalena Lis and Tobias Schuler, “The impact of the war in Ukraine on euro area energy markets”, ECB Economic Bulletin, Issue 4/2022, https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/focus/2022/html/ecb.ebbox202204_01-68ef3c3dc6.en.html

⁵⁷ Contrary to “access-restrictive” cases where the actual access would be subject to a high barrier of entry, for example, an “accessibility restriction” refers to cases where an actor who has the capacity to accede to the market, does not do so for reasons of risk, lack of expertise, human, material or financial resources and other facilities.

coupled with strengthened dialogue and enhanced international cooperation between nations. Further, what is needed is to establish a bridge between the individual levels, sectors, products and phases³⁸, namely in the calculation methodology and taxonomies relating to the global environmental impact. What is more, a holistic type of regulation and compliance taking into account the digital³⁹ and technological transformation would be ideal to further inclusiveness.⁴⁰ In this respect, the increasing trend is to stray away from specific and individualized legal dispositions, towards more generic, catch-all dispositions for a global coverage.

Considering the above, it is suggested that further focus be given to more global and inclusive goals from policy-making perspectives (3).

3. Towards an Inclusive, Global Policy-making Perspective

Overall, tackling commercial greenwashing requires a multifaceted approach.⁴¹ There already exists a wide array of individual legal dispositions adapted to the relevant sector, industry and practice. The point of the present section is not to set aside specificities. Rather, it aims to set an emphasis on the “common interest” and “inclusiveness” principles to ensure that everyone has both the capacity and the possibility to contribute in the greening consumer welfare. In lines with this vision, and in furtherance of the recent European reforms,⁴² the present section suggests harmonisation on accountability (3.1), finances (3.2) and transparency obligations (3.3).

³⁸ Food and Agriculture Organization of the United Nations, “Food Loss and Waste Database”, <https://www.fao.org/platform-food-loss-waste/flw-data/en/>, (In the agrifood industry, the current laws are categorized in a fragmented manner, despite the correlation between harvest and retail stages, including storage, transport, processing, distribution and consumption.)

³⁹ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council New Consumer Agenda - Strengthening consumer resilience for sustainable recovery, COM(2020) 696 final.; Ecommerce Europe, “EU consumer law undergoing Fitness Check”, 09.05.2022, <https://ecommerce-europe.eu/news-item/eu-consumer-law-undergoing-fitness-check/>

⁴⁰ M.S. Davies, Green econometrics, 18.02.2022, “Why EVs, Digital Transformation and Crypto will Impact Utility Grid”, <https://greenecon.net/2022/02>, accessed on 02.08.2022; Economics of cloud computing, machine learning, AI and analytics-driven business models are accelerating this digital transformation and hence the dependence on high energy-consuming data centers; IMARC, Green Data Center Market: Global Industry Trends, Share, Size, Growth, Opportunity and Forecast 2022-2027, <https://www.imarcgroup.com/green-data-center-market>, accessed on 02.08.2022 (The green data center market is expected to reach US\$ 200.84 Billion by 2027, exhibiting at a CAGR of 22.9% during 2022-2027)

⁴¹ Huang, Rongbing, Xiaojun Xie, and Huifen Zhou. “Isomorphic behavior of corporate greenwashing.” Chinese Journal of Population, Resources and Environment 20.1 (2022): 29-39.

⁴² European Commission, 2022/0147 (COD), Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2011/83/EU concerning financial services contracts concluded at a distance and repealing Directive 2002/65/EC ; Fitness Check of EU consumer law on digital fairness, namely with regards to the Unfair Commercial Practices Directive 2005/29/EC, the Consumer Rights Directive 2011/83/EU and the Unfair Contract Terms Directive 93/13/EEC; European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Lupiáñez-Villanueva, F., Boluda, A., Bogliacino, F., et al., Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment : dark patterns and manipulative personalisation : final report, Publications Office of the European Union, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/859030>; Directive 2019/2161/EU amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU (Omnibus Directive) ; The reforms focus on right for information, controls on labels and claims, as well as collective redress procedures. This is in lines with the growing concerns caused by multitude of class actions and compliance litigation that made the headlines worldwide; Truth in Advertising, “Companies Accused of Greenwashing”, 22.04.2022, updated in 26.10.2022, <https://truthinadvertising.org/articles/six-companies-accused-greenwashing/>; Woolard v. Reynolds Consumer Prods., Inc., et al., No. 22-CV-1684 (S.D. Cal.); Dorris v. Danone Waters of America, No. 7:22-cv-08717 (S.D.N.Y.); Tim Quinson, “A Class-Action Wave is Coming for ESG Claims”, 25.01.2023, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-01-25/class-action-wave-is-coming-for-esg-claims-green-insight#xj4y7vzkq>; The European Commission proposed an update to the EU consumer rules with views of promoting the making of informed, sustainable and environment-friendly consumption choices.

3.1. Credits Transfer System and Tolerance Scheme

Generally, the EU Green Deal covers all sectors of the economy, notably transport, energy, agriculture, buildings, and industries such as steel, cement, ICT, textiles and chemicals. The main elements are climate action, clean energy, green taxation, sustainable industry and mobility.

More specifically, the European Commission's Horizontal Guidelines⁴³ envisage an exemption horizontal cooperation for pursuing one or more sustainability objectives, such as addressing climate change, limiting the use of natural resources and ensuring animal welfare, amongst others. Interestingly, the considerations include the relationship with "non-competitors". In furtherance of this perspective, the establishment of global security measures and transparency obligations prior to the carrying out of the relevant green business may promote a convergence towards the creation of a durable green process. Coherence and consistent application of green initiatives and global taxonomies will naturally lead towards a greening practice influencing the environmental impact. This may also apply to businesses that engage in horizontal cooperation for matters involving biodiversity, clean energy, climate change, environmental and social sustainability, amongst others as envisaged by the European Block Exemption Regulations on R&D, Specialisation agreements and Horizontal Guidelines.

In order to prevent the creation of individualized and arbitrary benefits to a restricted class of beneficiaries, an EU credits transfer system and tolerance scheme may be created for partnership, joint venture or collective cooperation projects. This may enable empowerment of smaller green projects by inciting actors in the horizontal and vertical chain to collaborate with common views of creating a sustainable, long-term greening ecosystem. Such system may be structured to allow cost sharing amongst the green project actors. More precisely, SMEs, startups, initial R&D projects, auto-entrepreneurs or intrapreneurs, operating solo, within or with bigger structures, may be subjected to a tolerance scheme in case of non compliance, with more focus on assisted prevention and mitigation. Moreover, if the green innovation project forms part of a collaborative group project with a common sustainability objective, the capacity to obtain tax credits, exemptions or advantages ought not to be ruled out just because of the applicant's financial capacity as a bigger group, provided that the accountability remains at group level and one of the members remain eligible to any such benefit. This way, smaller entities may gather their forces and resources to focus on their common objectives. Here, the benefit normally due to any one of the entities, would be "transferred" by effect to the group within which it is a member.

3.2. Costs and Benefits Redistribution

Akin to the measures against base erosion and profit shifting (BEPS)⁴⁴ taxation, the EU may create a list of "green laws". The listed dispositions, if violated, may be subjected to a standardized EU "green" strict liability fines. The territorial coverage for the assessment of the applicable fine level may be extended to the world for projects which have incorporated structures within the EU (i), are essentially processed in third countries but with the aim that the final product or services be commercialized within the EU or to consumers within the EU, even partially (ii) and have a negative environmental impact generally (iii). The target entity may be asked to declare the environmental impact level of their projects per place of business generating such impact and prove that it has not devised a scheme to merely avoid complying with EU law.

⁴³ European Commission Press Release, 1 March 2022, Antitrust: Commission invites comments on draft revised rules on horizontal cooperation agreements between companies, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1371

⁴⁴ BEPS refers to the artificial tax planning strategies used by multinational companies to exploit gaps and differences between tax laws of different jurisdictions worldwide, namely to low or no-tax jurisdictions where there is little or no economic activity.

Since fines collected by the European Commission go into the EU budget, it is not impossible to envisage their reinjection into a specific fund dedicated to accredited laboratories and organisms, investigators and experts responsible for guarding and ensuring compliance, as their fees are currently borne by the party subjected to the declarative, transparency or other mandatory legal obligations. This would help Small and Medium-sized Enterprises (SME) or smaller projects with a real green potential and value to reduce their financial burden, inciting them to focus on the important: the implementation of necessary measures and the provision of sufficient remedies to the consumers.⁴⁵ Further, although businesses may be eligible for various tax benefits and state aid or investment opportunities, consumers bear the burden of costs handed down from the inside to outside the economic chain. Reducing the costs factor at stages anterior to the B2C transaction level may contribute in alleviating costs from disproportionately being dumped onto the consumer. The aforementioned type of circular financing and aids system would create possibilities to redistribute and reinject both the costs and benefits at different levels of the overall ecosystem, promoting fair and equitable competition between businesses.⁴⁶

3.3. Auto-regulation, Transparency and Reporting

In furtherance of the notion of “professional diligence”⁴⁷, it would be coherent to hold traders, professionals and businesses accountable and responsible in first ensuring a transparent practice. One of the ways to enforce this is to create a habit of proactively carrying out self-aware, rigorous practices.

Many businesses voluntarily espouse sustainable initiatives, actions and goals.⁴⁸ In this regard, more can be done to support and assist businesses in instauring the appropriate, quality green project implementation. One way to help them to prevent non-compliance sanctions, to sustain a flexible business strategy and to raise awareness on green obligations is to enable self-regulation. Another way to empower businesses in a way that also helps consumers and national authorities, is to increase their credibility and reputation through enhanced transparency in lines with the EU’s 2023 draft proposal.⁴⁹

⁴⁵ This is to create a better balance to the fact that whilst state aid and other investment opportunities are available to a limited and narrow category of beneficiaries, many existing legislations aim to catch bigger businesses to prevent harm.

⁴⁶ Greece, “HOW CAN COMPETITION CONTRIBUTE TO FAIRER SOCIETES?” OECD DAF/COMP/GF/WD(2018)1, 14.11.2018, Session I of the Global Forum on Competition (“*Fair competition means equitable competition among competitors. For economists, the base of fair competition is the proper function of competitive markets. The scope of TFEU is to remove any obstacles that hamper fair competition, such as unfair prices, unfair trading conditions and discrimination between businesses*”)

⁴⁷ Article 2(h) of Directive 2005/29/EC (“*the standard of special skill and care which a trader may reasonably be expected to exercise towards consumers, commensurate with honest market practice and/or the general principle of good faith in the trader’s field of activity*”); Case C-388/13 (on how a business’s compliance with professional diligence is not dependent upon intent or negligence)

⁴⁸ Regulation EEC 880/92 ; European Commission, EU Ecolabel facts and figures, [https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/eu-ecolabel-home/business/ecolabel-facts-and-figures_en#:~:text=As%20of%20September%202022%2C%20services%20in%20the%20EU%20market.](https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/eu-ecolabel-home/business/ecolabel-facts-and-figures_en#:~:text=As%20of%20September%202022%2C%20services%20in%20the%20EU%20market.;); Prieto-Sandoval, Vanessa & Alfaro, José & Mejia-Villa, Andres & Ormazabal, Marta. (2016). ECO-labels as a multidimensional research topic: Trends and opportunities. *Journal of Cleaner Production*. 135. 806–818. 10.1016/j.jclepro.2016.06.167.; Lizundia, E., Iturrondobetia, M., Akizu-Gardoki, O., Saez-de-Camara, E., Minguez, R. (2023). Product Design Evolves to Implement Circular Economy Principles. In: Cava-Martínez, F., Marín Granados, M.D., Mirálbes Buil, R., de-Cózar-Macías, O.D. (eds) *Advances in Design Engineering III*. INGEGRAF 2022. Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-031-20325-1_9

⁴⁹ Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM/2022/71) final; K. Abnett, “EU plans law forcing companies to prove green claims are real – draft”, 13.01.2023, Reuters, <https://www.reuters.com/business/sustainable-business/eu-plans-law-forcing-companies-prove-green-claims-are-real-draft-2023-01-13/>; The proposal aims to enhance compliance relating to substantiating green claims made by companies. The latter would entail the setting of dated milestones, the ensurance of a science-based

The transparency and reporting obligation would ideally involve the entire supply chain at world level, as the entities implementing the measures *de facto* (whether technical, commercial or compliance) are the ones well placed to efficiently identify, translate, track and record relevant data. If each actor had to declare their own data during the course of business or update it in a regular, dynamic manner, the risk of having erroneous or anachronistic aggregate data would be reduced as compared to the scenario where a “Project leading entity” (in subcontracting or outsourcing cases) would request and collect data from all other entities down the economic chain. Such method leads to unnecessary complexities, delays and possibly inaccurate aggregated data, as each entity may adopt different methodologies and/or techniques.⁵⁰

Finally, what is lacking in the sustainability literature and mathematical or economic modeling remain a catch-all model that each user may adapt by implementing their own standards and data set. The existing International Organisation for Standardisation (ISO) standards are close to achieving this objective in assembling and recognizing a certain number and type of assessment methods. However, in the context of compliance generally, there exist diverse methodologies involving the pecuniary valuation of “harm” and “global impact”. These often depend on the target issue, industry, population and a set of determined (or determinable) constitutive variables⁵¹. This may result problematic if eventual sanctions on transparency and reporting are reliant on the exactitude of the results. Conducting the calculation multiple times through external or internal audits which are not financed for may be an extreme burden to businesses. A “*controlled variable*” yet needs to be established amidst the multitudinous taxonomies and methodologies of risk and impact assessment.⁵² More precisely, a unique point of reference is suggested in relation to core elements of sustainability assessment. This includes the evaluation methodology of the environment impact as well as the calculation of the prejudice caused. In order to establish a consolidated reference point, a common standard may be set to calculate the global sustainability impact *ex ante* and *ex post* all phases from production, processing, retailing, packaging and transportation to the sales to final consumers. With this, more weight ought to be put on prevention, rectification and mitigation by rendering them mandatory. This would encourage businesses to be precautious in the first place, rather than to rely on heavy sanctions to dissuade non-compliance when troubles are already caused, potentially affecting fair competition and innovation.

methodology, and the disclosure eventual negative externalities caused in another area by virtue of implementing one ‘green’ measure instead of another by the relevant companies.

⁵⁰ Namely in the energy sector, any exact valuation for an identified compliance methodology may be extremely complex due to the structure of the projects and activities that involve multiple actors in the economic supply chain (public and private entities), with the possibility of the relationship extending beyond the national borders. Further, due to confidentiality reasons and the existence of multiple data sets (depending on the number of times an entity has effectuated any “conformity test” or the number of expert opinions produced), the context and scope in which such data has been collected, the very definition of the relevant object (e.g. of what are the constituents air pollution and how is the latter defined), the dimension of the adopted model (linear, 3D, etc.), and the reference point or collective standard for mining, filtering and processing data, amongst others, the end result may be subject to variations. This is excluding other relevant factors such as different national, international, industry and market standards, as well as linguistic difficulties.

⁵¹ ISO 14008; S. Ahbe, S. Weihofen, S. Wellge, Steffen. (2018) “Environmental Impact Calculation, The Ecological Scarcity Method for the European Union” (pp.87-89), DOI:10.1007/978-3-658-19506-9_7; IRIS, 2021. Environmental Impact Objectives (OD4108). v5.2. <https://iris.thegiin.org/metric/5.3/OD4108/>; Ibrahim Dincer, Calin Zamfir escu, in Sustainable Hydrogen Production, 2016, ISBN 9780128015636; Yong Bai, Qiang Bai, in Subsea Pipeline Integrity and Risk Management, 2014, Gulf Professional Publishing, ISBN 9780123944320; N. Hritoneko, Y. Yatsenko, Mathematical Modeling in Economics, Ecology and the Environment, 2nd Ed, Springer Optimization and Its Applications, Vol 88, ISBN 978-1-4614-9310-5

⁵² European Securities and Markets Authority, “Sustainable Finance Roadmap 2022-2024” on the recognition of a certain form of umbrella standard <<https://www.esma.europa.eu/policy-activities/sustainable-finance/sustainable-finance-roadmap-2022-2024>>

4. Conclusion

In conclusion, sustainability is a vital concept that requires a fair balance between economic, environmental, and social considerations. Many initiatives are already deployed at world level to respond to current and future needs in this respect. However, in order to foster intergenerational solidarity, collaboration, transparency and accountability, which all contribute into creating a solid ecosystem, there is a need to go beyond the traditional ways of reasoning.

Considering the diversity of the actors and the advent of new business *modus operandi*, as well as the ways in which stakeholders and businesses interact, the present paper proposes the enactment of global policies that can be translated into practice with both coherence and integrity. As counterintuitive as it may appear at first, recognising diversity, i.e. the complex nature of the stakeholder-business relationship, consumer behavior and existing literature on sustainability, is a crucial primary step. This helps discern how opportunities for contribution may be provided, even to those with lesser capacities or resources. In order to maintain direction, and not lose sight of the common objectives, whilst also maintaining a flexible approach towards sustainability, a focus on inclusiveness, balance and proportionality is suggested. This implies, amongst others, the need to reason beyond the traditional premise that consumers are necessarily a “weaker party” and fixating the regulatory objectives in sanctioning harmful business behaviours. Bearing in mind the corrective and balancing effects that naturally stem from the correlated stakeholder-business relationship, practical self-help measures, guidance and reallocation of resources may be integrated. These would naturally have the effect of supporting fair competition, innovation and consumer welfare.

5. Bibliography

ABNETT, K., “EU plans law forcing companies to prove green claims are real – draft”, 13.01.2023, Reuters, <https://www.reuters.com/business/sustainable-business/eu-plans-law-forcing-companies-prove-green-claims-are-real-draft-2023-01-13/>.

ADOLFSEN J.F., et al., “The impact of the war in Ukraine on euro area energy markets”, ECB Economic Bulletin, Issue 4/2022, https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/focus/2022/html/ecb.ebbox202204_01~68ef3c3dc6.en.html.

AHBE S., WEIHOFEN S., WELLGE, S. (2018) “Environmental Impact Calculation, The Ecological Scarcity Method for the European Union” (PP.87-89), DOI:10.1007/978-3-658-19506-9_7.

BAFFES, J. NAGLE, P., World Bank Blogs, “Commodity Prices surge due to the war in Ukraine”, 05.05.2022, <https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/commodity-prices-surge-due-war-ukraine>.

BAKERJIAN, L. "The aesthetic nature of corporate social responsibility and greenwashing." *Oradea Journal of Business and Economics* 7.1 (2022): 98-108.

BARRETT, P., IMF Blog, “How Food and Energy are Driving the Global Inflation Surge”, 12.09.2022, <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2022/09/09/cotw-how-food-and-energy-are-driving-the-global-inflation-surge>.

CAPRILE, A., European Parliamentary Research Service “Russia’s war on Ukraine: Impact on food security and EU response”, April 2022, PE 729.367, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729367/EPRS_ATA\(2022\)729367_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729367/EPRS_ATA(2022)729367_EN.pdf).

CHERRY, Miriam A., *The Law and Economics of Corporate Social Responsibility and Greenwashing* (2014). 14 U.C. Davis Business Law Journal 282 (2014), Saint Louis U. Legal Studies Research Paper No. 2014-22, <https://ssrn.com/abstract=2737740>.

CSERES, K. (2018). *The Active Energy Consumer in EU Law*. *European Journal of Risk Regulation*, 9(2), 227-244. doi:10.1017/err.2018.7.

DAVIES M.S., *GREEN ECONOMETRICS*, 18.02.2022, "Why EVs, Digital Transformation and Crypto will Impact Utility Grid", <<https://greenecon.net/2022/02>>.

DAVIES, M.S., *Green econometrics*, 18.02.2022, "Why EVs, Digital Transformation and Crypto will Impact Utility Grid", <https://greenecon.net/2022/02>, accessed on 02.08.2022.

DAVOS, Deloitte, "Deloitte research reveals inaction on climate change could cost the world's economy US \$178 trillion by 2070", 23.05.2022, <https://www.deloitte.com/global/en/about/press-room/deloitte-research-reveals-inaction-on-climate-change-could-cost-the-world-economy-us-dollar-178-trillion-by-2070.html>.

DE COCK BUNING, Madeleine, *Life after the European Audiovisual Media Services Directive : social media influencers through the looking-glass*, in Catalina GOANTA and Sofia RANCHORDÁS (eds), *The regulation of social media influencers*, Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 47-73 - <https://hdl.handle.net/1814/70216>.

DE FREITAS NETTO, S.V., SOBRAL, M.F.F., RIBEIRO, A.R.B. et al. *Concepts and forms of greenwashing: a systematic review*. *Environ Sci Eur* 32, 19 (2020). <https://doi.org/10.1186/s12302-020-0300-3>.

DE JONG et al.. "Different shades of greenwashing: Consumers' reactions to environmental lies, half-lies, and organizations taking credit for following legal obligations." *Journal of business and technical communication* 34.1 (2020): 38-76.

DEIGHTON K., DECEMBER 1, 2021, *THE WALL STREET JOURNAL*, *SUBSCRIPTION COMPANIES RETHINK IRKSOME CANCELTION PRACTICES*, <<https://www.wsj.com/articles/subsctiption-companies-rethink-irksome-cancelation-practices-11638370800>>.

DEIGHTON, K., December 1, 2021, *The Wall Street Journal*, *Subscription Companies Rethink Irksome Cancellation Practices*, <https://www.wsj.com/articles/subsctiption-companies-rethink-irksome-cancelation-practices-11638370800>.

DINCER, I. ZAMFIRESCU, C., in *Sustainable Hydrogen Production*, 2016, ISBN 9780128015636.

ECOMMERCE EUROPE, "EU consumer law undergoing Fitness Check", 09.05.2022, <https://ecommerce-europe.eu/news-item/eu-consumer-law-undergoing-fitness-check/>.

ENERDATA, "Total energy consumption" *World Energy & Climate Statistics – Yearbook 2022* <<https://yearbook.enerdata.net/total-energy/world-consumption-statistics.html>>.

ENERDATA, "Total energy production" *World Energy & Climate Statistics – Yearbook 2022* <<https://yearbook.enerdata.net/total-energy/world-energy-production.html>>.

EUROPEAN COMMISSION PRESS RELEASE, 01.07.2022, “Consumer protection: Amazon Prime changes its cancellation practices to comply with EU consumer rules” <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_4186>.

EUROPEAN COMMISSION PRESS RELEASE, 1.03.2022, “Antitrust: Commission invites comments on draft revised rules on horizontal cooperation agreements between companies”, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1371>.

EUROPEAN COMMISSION, “Corporate social responsibility & Responsible business conduct”, https://single-market-economy.ec.europa.eu/industry/sustainability/corporate-social-responsibility-responsible-business-conduct_en.

EUROPEAN COMMISSION, “Development of guidance on Extended Producer Responsibility (EPR)”, https://ec.europa.eu/environment/archives/waste/eu_guidance/introduction.html.

EUROPEAN COMMISSION, “Initiative on substantiating green claims”, https://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/initiative_on_green_claims.htm.

EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council New Consumer Agenda - Strengthening consumer resilience for sustainable recovery, COM(2020) 696 final.

EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, LUPIÁÑEZ-VILLANUEVA, F., BOLUDA, A., BOGLIACINO, F., ET AL., “Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment : dark patterns and manipulative personalisation” : FINAL REPORT, PUBLICATIONS OFFICE OF THE EUROPEAN UNION, 2022, <<https://data.europa.eu/doi/10.2838/859030>>.

EUROPEAN COMMISSION, EU Ecolabel facts and figures, [https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/eu-ecolabel-home/business/ecolabel-facts-and-figures_en#:~:text=As%20of%20September%202022%2C%20services\)%20in%20the%20EU%20market.](https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/eu-ecolabel-home/business/ecolabel-facts-and-figures_en#:~:text=As%20of%20September%202022%2C%20services)%20in%20the%20EU%20market.)

EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY, “Sustainable Finance Roadmap 2022-2024” <<https://www.esma.europa.eu/policy-activities/sustainable-finance/sustainable-finance-roadmap-2022-2024>>.

FAVOT, M., et al. "Regulation and competition in the extended producer responsibility models: Results in the WEEE sector in Europe." Waste Management 145 (2022): 60-71.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS, “Food Loss and Waste Database”, <<https://www.fao.org/platform-food-loss-waste/flw-data/en/>>.

GATTI, L. et al. "Grey zone in–greenwash out. A review of greenwashing research and implications for the voluntary-mandatory transition of CSR." International Journal of Corporate Social Responsibility 4.1 (2019): 1-15.

GENEVA ENVIRONMENT NETWORK, “Food Loss and Waste”, 29.09.2021, <<https://www.genevaenvironmentnetwork.org/fr/ressources/nouvelles/reducing-food-loss-and-waste-for-a-healthier-planet/>>.

GLOBAL IMPACT INVESTING NETWORK (GIIN), "Environmental Impact Objectives (OD4108)", IRIS, 2021. v5.2. <<https://iris.thegiin.org/metric/5.3/OD4108/>>.

GREECE, "HOW CAN COMPETITION CONTRIBUTE TO FAIRER SOCIETES?" OECD DAF/COMP/GF/WD(2018)1, 14.11.2018, Session I of the Global Forum on Competition.

HESSELINK, Martijn W., 'Weaker Party Protection', Justifying Contract in Europe: Political Philosophies of European Contract Law (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), <https://doi.org/10.1093/oso/9780192843654.003.0006>.

HRTONEKO N., YATSENKO Y., "Mathematical Modeling in Economics, Ecology and the Environment", 2ND ED, SPRINGER OPTIMIZATION AND ITS APPLICATIONS, VOL 88.

HRTONEKO, N., et al., Mathematical Modeling in Economics, Ecology and the Environment, 2nd Ed, Springer "Optimization and Its Applications", Vol 88, ISBN 978-1-4614-9310-5.

HUANG, R., et al. "Isomorphic behavior of corporate greenwashing." Chinese Journal of Population, Resources and Environment 20.1 (2022): 29-39.

IBRAHIM DINCER, CALIN ZAMFIRESCU, IN SUSTAINABLE HYDROGEN PRODUCTION, 2016, ISBN 9780128015636.

IMARC, "Green Data Center Market: Global Industry Trends, Share, Size, Growth, Opportunity and Forecast 2022-2027", <<https://www.imarcgroup.com/green-data-center-market>>.

INTERNATIONAL ORGANISATION FOR STANDARDISATION N°32210, N°14007, N°14008 AND N°14097.

IRIS, 2021. Environmental Impact Objectives (OD4108). v5.2. <https://iris.thegiin.org/metric/5.3/OD4108/>.

JONES Huw, Reuters, "France says EU rules on ESG funds need tightening to cut greenwashing", 13.02.2023, <https://www.reuters.com/business/sustainable-business/france-says-eu-rules-esg-funds-need-tightening-cut-greenwashing-2023-02-13/>.

KINGISEPP, M. VARV, A. "The Notion of Consumer in EU Consumer Acquis and the Consumer Rights Directive—a Significant Change of Paradigm?" International and National in Law Development and Reciprocal Impact, XVIII/2011, ISBN 978-9985-870-28-0.

LIZUNDIA, E., Iturrondobeitia, M., Akizu-Gardoki, O., Saez-de-Camara, E., Minguez, R. (2023). Product Design Evolves to Implement Circular Economy Principles. In: Cavas-Martínez, F., Marín Granados, M.D., Mirálbes Buil, R., de-Cózar-Macías, O.D. (eds) Advances in Design Engineering III. INGEGRAF 2022. Lecture Notes in Mechanical Engineering. Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-031-20325-1_9.

LUKINOVIC, M., and JOVANOVIC, L., "Greenwashing—fake green/environmental marketing." Fundamental and applied researches in practice of leading scientific schools 33.3 (2019): 15-17.

MAITRE-EKERN, E.. "Re-thinking producer responsibility for a sustainable circular economy from extended producer responsibility to pre-market producer responsibility." Journal of Cleaner Production 286 (2021): 125454.

MAK, V. 'Standards of Protection: In Search of the 'Average Consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive', (2011), 19, *European Review of Private Law*, Issue 1, pp. 25-42, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Review+of+Private+Law/19.1/ERPL2011003>.

QUINSON, T., "A Class-Action Wave is Coming for ESG Claims", 25.01.2023, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-01-25/class-action-wave-is-coming-for-esg-claims-green-insight#xj4y7vzkg>.

PRIETO-SANDOVAL et al. (2016). "ECO-labels as a multidimensional research topic: Trends and opportunities". *Journal of Cleaner Production*. 135. 806–818. 10.1016/j.jclepro.2016.06.167.

REPORTLINKER, GLOBE NEWSWIRE, "Ethical Food Global Market Report 2022", 8.07.2022, <<https://www.globenewswire.com/news-release/2022/07/08/2476503/0/en/Ethical-Food-Global-Market-Report-2022.html>>.

REPORTLINKER, GLOBE NEWSWIRE, "Food Waste Disposable Units Global Market Report 2022" <<https://www.globenewswire.com/news-release/2022/03/30/2412576/0/en/Food-Waste-Disposable-Units-Global-Market-Report-2022.html>>.

RUDGARD, Olivia, Bloomberg, "How Eco-Friendly Is That Product? Here Are Four Ways to Spot Greenwashing", 18.01.2023, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-01-18/four-examples-of-greenwashing-according-to-the-eu>.

SCHULLER, B. (2012). "The definition of consumers in EU consumer law". In J. Devenney & M. Kenny (Eds.), *European Consumer Protection: Theory and Practice* (pp. 123-142). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9781139003452.011.

SMORTO, G. (2018). The Protection of the Weaker Parties in the Platform Economy. In N. Davidson, M. Finck, & J. Infranca (Eds.), *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy* (Cambridge Law Handbooks, pp. 431-446). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781108255882.033.

SONNICHSEN, N., "Primary energy consumption worldwide from 2000 to 2021", STATISTA, 20.07.2022, <<https://www.statista.com/statistics/265598/consumption-of-primary-energy-worldwide/#:~:text=Global%20primary%20energy%20consumption%20reached,consumption%20declining%20to%202016%20levels.>>>.

SPEED, M., Financial Times, "Green hushing on the rise as companies keep climate plans from scrutiny", 18.10.2022, <https://www.ft.com/content/5fd513c3-e23f-4daa-817e-aa32cf6d18d4>.

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, "Chaos", 16.07.2028, modified on 13.10.2015, <https://plato.stanford.edu/entries/chaos/>.

TEMITAYO EMMANUEL OLAOSEBIKAN, FRIDAY OGOIGBE EGBON, KEHINDE SAMUEL OLAYEMI "Mathematical Methods Applied to Economy and Sustainable Development Goals" OPEN JOURNAL OF MODELLING AND SIMULATION, VOL.10 No.3, 09.06.2022.

TRUTH IN ADVERTISING, "Companies Accused of Greenwashing", 22.04.2022, updated in 26.10.2022, <https://truthinadvertising.org/articles/six-companies-accused-greenwashing/>.

TUDOR, J. "Consumer Protection and the Free Movement of Goods in the European Union: The Ability of Member-States to Block the Entry of Goods across Borders." *Hous. J. Int'l L.* 39 (2017): 557.

TYE, MICHAEL, "Qualia", *THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY* (FALL 2021 EDITION), EDWARD N. ZALTA (ED.), <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/qualia/>>.

U.S. ENERGY INFORMATION ADMINISTRATION'S (EIA) "October 2022 Monthly Energy Review" DOE/EIA-0035(2022/10) <<https://www.eia.gov/totalenergy/data/monthly/>>.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, "UNEP Food Waste Index Report 2021", 04.03.2021, <<https://www.unep.org/resources/report/unep-food-waste-index-report-2021>>.

UNITED NATIONS, "Paris Agreement", 29.01.2016, PARIS CLIMATE CHANGE CONFERENCE - NOVEMBER 2015, SESSION COP 21, FCCC/CP/2015/10/ADD.1.

VERNIER, J., "Extended producer responsibility (EPR) in France ", *Field Actions Science Reports* [Online], Special Issue 23 | 2021, Online since 23 November 2021, connection on 19 February 2023. URL: <http://journals.openedition.org/factsreports/6557>.

WATLING, A. AND ZHOU, E. (2011) "Attitudes towards Sustainability: A Quantitative Study of Sustainable Ålidhem". BACHELOR'S THESIS, UMEA UNIVERSITET, UMEA, SWEDEN. <<http://umu.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A430152&dsid=-6754>>.

YONG BAI, QIANG BAI, "In Subsea Pipeline Integrity and Risk Management", 2014, GULF PROFESSIONAL PUBLISHING, ISBN 9780123944320?.

ZYCH, G, et al. "Concept, Developments, and Consequences of Greenwashing." *European Research Studies* 24.4B (2021): 914-922.

Antonio Evaristo Gudín
Rodríguez-Magariños
Letrado de la Administración de
Justicia en la Audiencia Nacio-
nal

La entrada y registro del domicilio de las personas jurídicas voluntariamente consentida por sus administradores

Examen de las novedades introducidas por la Ley de la Fiscalía Europea

Sumario

-
La Ley de la Fiscalía Europea ha ampliado las prerrogativas de la fiscalía para llevar a efecto las entradas y registros al amparo de las normativas de cumplimiento de las empresas. Esta norma prevé como escenario natural de este tipo de diligencias la colaboración de los responsables de las empresas. Sin embargo, la extensión de la función legitimadora del consentimiento a este tipo de diligencias es limitada por razón de la afectación de los intereses de tercero. La propia norma es consciente de estas limitaciones y establece ámbitos de exclusión en el que el consentimiento de los detentadores de los espacios afectados no resulta bastante para legitimar el registro de sus instalaciones. Se aborda en el presente trabajo la extensión y alcance de los diversos intereses afectados más allá de lo que pueda entenderse como protección domiciliaria de las personas jurídicas.

Abstract

-
The European Public Prosecutor's Office Act has extended the prerogatives of the public prosecutor's office to carry out searches and seizures under company compliance regulations. This law envisages the cooperation of company managers as a natural scenario for this type of proceedings. However, the extension of the legitimizing function of consent to this type of proceedings is limited due to the impact on the interests of third parties. The law itself is aware of these limitations and establishes areas of exclusion in which the consent of the owners of the affected spaces is not sufficient to legitimise the search of their installations. This paper addresses the extension and scope of the different interests affected beyond what can be understood as the protection of the domicile of legal persons.

Title: *Consent Searches and Seizures of Companies*

-
Palabras clave: registros voluntarios, persona jurídica, Fiscalía Europea, normativa de cumplimiento

Keywords: *Consensual Searches, Legal Person, European Prosecutor's Office, Compliance Rules.*

-
DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.15

2.2023

Recepción
26/10/2022

-

Aceptación
25/1/2023


-

Índice

-

- 1. La protección de los derechos fundamentales de la persona jurídica**
 - 1.1. La protección de los derechos fundamentales asociados al ente jurídico
 - 1.2. La protección de los derechos fundamentales asociados al sustrato organizativo de la persona jurídica
- 2. El derecho a la protección domiciliaria de las personas jurídicas.**
- 3. Objeto de protección. Determinación del espacio protegido como domicilio de las personas jurídicas**
- 4. Prestación y suficiencia del consentimiento**
 - 4.1. Personas autorizadas para prestar el consentimiento
 - 4.2. Conflictos de intereses
 - 4.3. Forma de expresar el consentimiento. Información de derechos
- 5. La intromisión en el sustrato organizativo de la persona jurídica: Acceso a despachos, taquillas y oficinas de los empleados. La doctrina de la expectativa razonable de privacidad.**
- 6. Exclusiones al registro voluntario**
 - 6.1. Exclusión del registro voluntario de las personas y entidades jurídico-públicas
 - 6.2. Exclusión del registro voluntario de partidos políticos y sindicatos
 - 6.3. Exclusión del registro voluntario de los medios de comunicación
 - 6.4. La exclusión del registro voluntario a la documentación afectada por el secreto profesional
 - 6.5. Otros intereses afectados. Datos sensibles custodiados en dependencias de la empresa. Especial referencia al secreto bancario
- 7. Conclusiones**
- 8. Bibliografía**

-

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

1. La protección de los derechos fundamentales de la persona jurídica*

El registro voluntario del domicilio de una persona jurídica es una cuestión que hasta la fecha no había presentado grandes dificultades. Se trataba de una excepción al régimen general de la entrada y registro que no ha merecido un tratamiento específico, ni por la jurisprudencia, ni por la doctrina. El cambio que se está observando y que abre un escenario procesal desconocido viene de la mano de las políticas de cumplimiento normativo. Estas previsiones han dado lugar a una predisposición a consentir en la entrada y registro al objeto de colaborar con los fines de la investigación. El hecho es que tal renuncia constituye un acto especialmente complejo ante la diversidad de los intereses afectados. Así junto al ente dotado de personalidad jurídica, existe todo un sustrato de intereses y expectativas, vinculados a la perspectiva de continuidad a la que aspiran los llamados entes sociales, que se van a ver en mayor o menor medida afectados por el hecho del registro.

Es por esto por lo que a la hora de abordar el consentimiento es necesario hacer un tratamiento diferenciado según los intereses implicados, y distinguir los que están afectos al ente formal, constituido por el conjunto de facultades que reconocemos como persona jurídica, y los que dependen del sustrato organizativo que surge en torno al funcionamiento previsible de dichos entes.

1.1. La protección de los derechos fundamentales asociados al ente jurídico

Se ha dicho, que, si la persona jurídica es proyección de los intereses de quienes participan o se benefician de su existencia, es notorio que esa proyección debe hacerse extensiva no solo a los aspectos positivos, sino también a los negativos¹. De este modo, la dogmática ha reconocido a las personas jurídicas el derecho a la tutela judicial efectiva, a la intimidad, al honor o a la protección del domicilio, pero cuando así se hace, no es porque en estas resida un concreto interés, sino en la medida en que conculcando sus derechos quedan lesionados los intereses de las personas físicas individuales que intervienen por cuenta de aquella².

Como señala DEL ROSAL BLASCO, el tema de las personas jurídicas como titulares de los derechos fundamentales es un tema recurrente, que ha suscitado, y seguirá suscitando dudas, no solo en nuestro ordenamiento sino, en general, en el común de los ordenamientos de los países de nuestro entorno cultural.³ Así, el referido autor cita como ejemplo, la evolución de la jurisprudencia

* Autor: Dr. Antonio Evaristo GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS.

¹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., "La imputabilidad de las personas jurídicas y su capacidad para ser parte en el proceso penal", *Revista jurídica de Castilla y León*, nº. 43, 2017, p. 112.

² LÓPEZ JURADO reconduce esta condición a quienes puedan alegar un interés legítimo, en sentido material del término, esto es, en un bien jurídico, que no trae causa ni se fundamenta necesariamente en un derecho subjetivo perfecto, es decir, que se sustenta y justifica en sí mismo». LÓPEZ JURADO ESCRIBANO, F., «La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas: su influencia sobre nuestra jurisprudencia constitucional», *Revista de Administración Pública*, nº 125, 1991, p. 571 y ss.

³ DEL ROSAL BLASCO, B., «El proceso penal de las personas jurídicas», dentro de *Manual de responsabilidad y defensa penal corporativa*, edificio nº 1, La Ley, 12598/2018, p. 119.

constitucional de los EEUU⁴, y como desde la temprana decisión de *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. 518 (1819)⁵, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha ido progresivamente reconociendo a las personas jurídicas la misma posibilidad de ejercer derechos fundamentales que a las personas físicas individuales⁶. Efectivamente, a esa primera decisión le siguieron otras, a través de las cuales, y hasta llegar a resoluciones más recientes, el Alto Tribunal Norteamericano ha reconocido a las personas jurídicas el ejercicio y la protección de derechos fundamentales, consagrados en las diversas enmiendas a la Constitución de los EE.UU.⁷. Así, se ha reconocido a las personas jurídicas el derecho a un proceso debido, el derecho a la igualdad de trato, a la libertad religiosa, la interdicción de la doble incriminación y de la ocupación injustificada de la propiedad y particularmente la prohibición de registros e intervención de personas, domicilios papeles y efectos ordenada de forma arbitraria por los poderes públicos, recogido en la Cuarta Enmienda. Con todo este reconocimiento no implica de suyo una igualdad de trato con las personas físicas⁸.

En el ámbito europeo, la Ley Fundamental de Bonn en el art. 19 apartado tercero reconoció este derecho a las personas jurídicas nacionales en tanto que su propia naturaleza lo permita⁹. Sin embargo, las constituciones de los Estados europeos no se prodigan en dicho reconocimiento, siendo en la mayoría de los casos producto de una evolución jurisprudencial. Así el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos fue inicialmente pensado para garantizar los derechos de la persona física individual, no los derechos de las personas jurídicas, y es por esto por lo que en su art. 34 limita la legitimación para acudir al Tribunal únicamente a las personas físicas, y en defensa de los intereses de aquellas, a las organizaciones no gubernamentales o grupo de particulares que se consideren víctimas de una violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Con posterioridad a su promulgación primigenia, en 1952, el Protocolo Adicional al Convenio en su art. 1º, sección cuarta extendió la protección al derecho de propiedad a las personas jurídicas, reconociéndoles, expresamente, a toda persona jurídica el derecho al pacífico disfrute de sus bienes. Sobre las anteriores bases, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos desde la sentencia del caso *Sunday Times v. United*

⁴ DEL ROSAL BLASCO, B., «El proceso penal de las personas jurídicas», op. cit. p. 120.

⁵ Esta sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, o constituye un punto de referencia en orden a la autodeterminación organizativa de las personas jurídicas. El pleito nace como consecuencia del intento del Gobernador de Estado New Hampshire de redirigir la orientación ideológica del instituto Dartmouth, entidad fundada al amparo de la autoridad real y que las autoridades pretendían convertir en una institución pública.

⁶ DEL ROSAL BLASCO, B., «El proceso penal de las personas jurídicas: Especialidades» obra cit. p. 120.

⁷ OLIVER, P.: «Companies and Their Fundamental Rights: A Comparative Perspective», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, nº 3, julio 2015, pp. 665 y ss.

⁸ Ello, no obstante, hay otros derechos fundamentales, que les son reconocidos a las personas individuales, pero que no se les reconoce a las personas jurídicas, como es el del derecho a no incriminarse. En este caso el Tribunal Supremo explicó, en su decisión *Hale v. Henkel* 201 US 43 (1906), que la razón de ser de ese derecho estriba en la necesidad de prevenir la tortura física y otros medios menos violentos, pero igualmente represivos, de forzar la producción de pruebas incriminatorias, y, por tanto, no se puede afirmar que los redactores de la Quinta Enmienda pretendieran extender dicho privilegio para proteger intereses económicos u otros intereses de dichas entidades como para anular las apropiadas regulaciones gubernamentales.

⁹ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, traducida por Ricardo GARCÍA MACHOS y Karl-Peter SOMMERMANN, editado por Bundestag alemán. Sección de Relaciones Políticas, Berlín, 2021, p. 27.

Kingdom, el TEDH ha venido reconociendo el *ius standi* de las personas jurídicas en reclamación de las violaciones de derechos reconocidos en el Convenio¹⁰.

Al abordar esta extensión del Convenio a la protección de las personas jurídicas, la doctrina más autorizada distingue tres situaciones posibles de reconocimiento de la titularidad de los derechos:

- Una primera situación comprendería un grupo de derechos respecto de los que resulta imposible por su propia naturaleza hacer extensiva su protección a las organizaciones, por ejemplo, la prohibición de la tortura y las penas inhumanas o degradantes.
- Un segundo grupo de derechos que por el contrario se estiman siempre y sin discusión aplicables a las organizaciones, como la protección de la propiedad.
- Finalmente, se significa un tercer grupo de derechos humanos que se encontrarían en un punto intermedio, por ejemplo, la protección del hogar o la libertad de expresión, cuya protección va a depender del modo en que el ejercicio de estos derechos pueda integrarse en una organización¹¹.

La protección de los derechos fundamentales de las personas jurídicas sólo tiene sentido en la medida que los intereses subyacentes objeto de protección puedan trasladarse a las personas físicas que sufren la conculcación de sus derechos. Tal traslación se puede producir, bien porque estas últimas residencien estos intereses en las personas jurídicas, o bien porque empleen a las personas jurídicas como medio para la satisfacción de sus propias necesidades. Por otra parte, este interés subyacente no sólo se extiende a la persona de sus administradores o socios, sino al entorno organizativo, y a los intereses y expectativas que se derivan de aquel¹². De este modo, el distinto tratamiento que deba aplicarse a cada uno de estos grupos va a depender de si el objeto de protección es la organización en si misma (derechos prestación) o del sustrato de intereses afecto a la organización (derechos de carácter sustantivo).

¹⁰ STEDH serie A, num. 30, de 26 de abril de 1979. El origen del caso es la publicación por el periódico *The Sunday Times* de una serie de artículos poniendo de manifiesto la situación creada con motivo de la expención del fármaco Talidomida, en el que el periódico pretendía informar a las familias afectadas del estado de la cuestión. La fiscalía obtuvo una medida cautelar suspendiendo dichas publicaciones. El editor, el director y un grupo de periodistas de *The Sunday Times* presentaron una solicitud ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando que el requerimiento judicial infringía su derecho a la libertad de expresión, garantizado por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Comisión, por mayoría, concluyó que se había producido una violación del art. 10 y remitió el caso al Tribunal. El pleno del Tribunal, por 11 votos a favor y 9 en contra, declaró que la injerencia en la libertad de expresión de los demandantes no estaba justificada en virtud del art. 10, que permite las restricciones "prescritas por la ley y que son necesarias en una sociedad democrática para el mantenimiento de la autoridad y la imparcialidad del poder judicial", decidiendo el Tribunal que, aunque prescrita por la ley y con el fin de mantener la autoridad del poder judicial, la restricción no estaba justificada por una "necesidad social imperiosa" y, por tanto, no podía considerarse «necesaria» en el sentido del art. 10.

¹¹ EMBERLAND M., *The Human Rights of Companies: exploring the Structure of ECHR protection*, Oxford University Press, 2006, p. 63

¹² En este sentido, como veremos la moderna doctrina, la delimitación de la responsabilidad de las personas y de los entes colectivos en que se integran dependerá no tanto de la identificación de la culpa en un sujeto de derecho, sino como este sujeto interactúa en la sociedad en función de patrones establecidos. En atención, a esta especial posición y lo que se espera del individuo en este entramado, cabe distinguir lo que es responsabilidad del individuo y lo que obedece a una estructura sistemática en el que aquel está integrado y de alguna manera ha colaborado a su creación.

Lo que es claro en todo caso, es que la extensión de la protección de los derechos fundamentales a las personas jurídicas, no lo es desde luego con el mismo alcance e intensidad que las personas físicas. Desde luego, esta extensión resulta mediatizada en aquellos derechos que afecten a un interés que sólo es reconocible en las personas, como es la libertad ideológica, el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad y la seguridad o a la protección del domicilio, cuando así se hace no es porque estas ostenten un concreto interés, sino en la medida en que este agravio trasciende o se residencia en las personas jurídicas¹³. Siendo claro y manifiesto que sólo las personas físicas pueden percibir el alcance del agravio sufrido y son sensibles a las consecuencias jurídicas de la lesión producida, su traslación a las personas jurídicas lo es en la medida en que pueda reconocerse en aquellas los intereses afectados¹⁴. Es el caso del derecho al honor en el que, si bien la jurisprudencia admite generosamente que pueda hacerse extensiva a las personas jurídicas privadas, curiosamente en relación con las personas jurídicas de derecho público, la misma jurisprudencia rechaza esta aplicación extensiva¹⁵. El Tribunal Constitucional en estos casos ha señalado oportunamente que respecto de estas últimas su propia naturaleza pública les priva de la posibilidad de que puedan detentar un derecho de esta índole. Ciertamente es posible hablar de la dignidad, del prestigio o de la autoridad moral de las instituciones públicas, pero estos no son conceptos equiparables al derecho al honor, sino que son valores que simplemente merecen la protección penal que el legislador decida otorgarles (STC 139/1995, de 26 de septiembre, ponente Jiménez de Parga, BOE núm. 246 de 14 de octubre de 1995). Y es que, en estos casos, en que son afectados intereses públicos, no es posible trasladar o residenciar estos intereses a los particulares, pues si así se hiciese estaríamos de alguna manera preordenado estas entidades en función de nuestros propios intereses particulares¹⁶.

Distinto es el caso, de aquellos otros supuestos en los cuales lo que es objeto de protección es una garantía o derecho instrumental, véase la tutela judicial efectiva, el derecho de igualdad ante la ley y en cierto modo el derecho a la propiedad¹⁷. En estos casos la conculcación de este derecho

¹³ ATC, sec. 2ª, 257/1985, de 17 de abril, ECLI:ES:TC:1985:257A.

¹⁴ Véase STC 137/1985, de 17 de octubre, ponente Pera Verdaguer, BOE núm. 268 de 8 de noviembre de 1985; STC 214/1991, de 11 de noviembre, ponente Gimeno Sendra, BOE núm. 301 de 17 de diciembre de 1991; STC n.º 135/1995, de 26 de septiembre, ponente Gabaldón López, BOE núm. 246 de 14 de octubre de 1995; STC 139/1995, de 26 de septiembre, ponente Giménez de Parga y Cabrera, BOE núm. 246 de 14 de octubre de 1995; STC n.º 183/1995, de 11 de diciembre, Gimeno Sendra, BOE núm. 11 de 12 de enero de 1996.

¹⁵ STC 139/1995, de 26 de septiembre, ponente Jiménez de Parga, ECLI:ES:TC:1995:139; STC 183/1995, de 11 de diciembre, ponente Ruiz Vadillo, ECLI:ES:TC:1995:183; STS 344/2015 de 16 de junio, Francisco Marín Castán, ECLI:ES:TS:2015:2582; STS 594/2015, de 11 de noviembre, Sarazá Jimena, ECLI:ES:TS:2015:4542. Véase también, por su trascendencia mediática, la STS 408/2016 de 15 de junio de 2016, Pantaleón Prieto, ECLI:ES:TS:2016:2775 que desestima la demanda por vulneración del derecho al Honor interpuesta por el Ayuntamiento de Sobrescobio contra un vecino que había acusado al Ayuntamiento de “chapuza”.

¹⁶ Así lo sostiene también VIDAL MARTÍN, quien comentando esta sentencia señala que el «Tribunal Constitucional al proteger el derecho al honor de las compañías mercantiles implicadas realmente lo que estaba protegiendo el derecho al honor de sus miembros, máxime cuando las imputaciones realizadas indudablemente se proyectaban y afectaban a las personas físicas que integraban aquellas», VIDAL MARTÍN, Tomás, «Derecho al Honor, personas Jurídicas y Tribunal Constitucional», *InDret 1/2007*, p. 15.

¹⁷ He postulado en otros foros que esta condición ha de hacerse extensivo al derecho a la protección de datos atendido el carácter instrumental de este derecho de nuevo cuño cuyo objeto es garantizar la identidad de la esfera de lo individual para el ejercicio de cualesquiera otros derechos. Se explica así que la protección de estos derechos se lleve efecto a ante órganos administrativos, y que la intervención de los tribunales se dirige a revisar la actuación realizada por otros interlocutores. Así, lo ha entendido nuestra jurisprudencia a la hora interpretar el art. 18.4 del texto constitucional, véase STC 292/2000, de 30 de noviembre, ponente González Campos,

puede y debe residenciarse en la persona jurídica en toda su extensión en la medida que es la persona jurídica la que arbitra como se ejercita esta garantía y puede valorar la lesión sufrida.¹⁸ En este sentido, si bien el art. 162.1,b) CE, considera legitimadas para interponer el recurso de amparo tanto a las personas físicas como a las jurídicas, tal reconocimiento, sin embargo, no las convierte directamente en titulares de ningún derecho, sino únicamente en detentadores en exclusiva de su ejercicio¹⁹.

ECLI:ES:TC:2000:292. En esta última sentencia se significó que «La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 C.E.), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada «libertad informática» es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención». Ver en este mismo sentido, SSTC 11/1998, F.J. 5, 94/1998, F.J. 4, ponente Ruiz Vellido, ECLI:ES:TC:1998:11.

¹⁸ En este sentido y a diferencia del supuesto anterior, en estos casos la atribución a las personas jurídicas de estos derechos no resulta dependiente del grado de afectación del interés de las personas físicas. Tal sucede en el caso del derecho a la tutela judicial, respecto del cual el Tribunal Constitucional estima enteramente predicable de las personas jurídicas tanto públicas como privadas. Véase, en este sentido STC 173/2002, Sala 2ª, de 9.10.2002, ponente Cachón Villar, (BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2002) y STC 45/2004, Sala 1ª, de 23.3.2004, ponente García-Calvo Montiel, (BOE nº 99, de 23 de abril de 2004).

¹⁹ STC 64/1988, de 12 de abril, ponente Díez Picazo y Ponce de León, (BOE núm. 107, de 04 de mayo de 1988) declaró los poderes públicos son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, que las personas jurídico-públicas son equiparables a las personas jurídicas privadas en cuanto a la posibilidad de ser titulares de derechos fundamentales, siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad de los que deben disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos, y, finalmente, que dicha titularidad constituye una relación jurídico-material suficiente para fundamentar su legitimación en un proceso de amparo reclamando la preservación de los anteriores derechos. No se les ha reconocido, sin embargo, la legitimación para recurrir en amparo en defensa de derechos ajenos (por todas STC 257/1988, de 22 de diciembre). Véase TORRES MURO, I. «Sinopsis art. 162», diciembre, 2003, actualizada por MANUEL MIRANDA, L., 2016 (<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=162&tipo=2>).

1.2. La protección de los derechos fundamentales asociados al sustrato organizativo de la persona jurídica

Pero lo que también ha puesto de manifiesto la aplicación de los institutos penales a las personas jurídicas en estos años, es que estos intereses legítimos, residenciados en la persona jurídica, van mucho más allá de la voluntad decisoria de los socios, haciéndose extensivo a los intereses de terceros que se sitúan en torno a su giro o tráfico jurídico²⁰. La persona jurídica, y en particular la persona jurídica societaria, crea en torno a sí un conjunto de expectativas relacionadas con su perdurabilidad en el tiempo y con la confianza depositada por la detentación de un patrimonio y una organización estable que presta un servicio que trasciende a los intereses de sus socios. Debemos recordar que el artificio al amparo del cual el derecho reconoce la personalidad jurídica a una suma de voluntades que se organizan en orden a la consecución de un fin no es enteramente arbitrario. No depende sólo de la decisión de sus promotores o gestores, sino del cumplimiento de unas exigencias muy estrictas de orden público y de unas garantías que estas ofrecen frente a tercero. Las normas concursales, los principios de orden y preferencia son ciertamente el último bastión de la defensa de este sustrato patrimonial implícito a la persona jurídica, pero no es el único. El régimen de auditoría y la transparencia de la gestión es también decisivo en orden a la concesión de aquel beneficio.

De este modo, la represión del comportamiento de la persona jurídica no es sólo cuestión que afecte a sus socios u órganos sociales, sino que afecta a todo un conjunto de intereses de terceros afectados a su giro o tráfico jurídico, como son acreedores, proveedores, clientes y asalariados. La sentencia del magistrado Manuel de la Maza en el caso *Transpinelo* puso de manifiesto acertadamente la diferencia cualitativa entre la estructura orgánica y el sustrato organizativo en que aquella se fundamenta, o como se indica en la sentencia «entre quienes en principio están llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.»²¹. Este reconocimiento de la personalidad jurídica se extiende más allá de lo que propiamente es su condición societaria o corporativa, comprendiendo un núcleo de intereses difusos que deben ser tenidos presentes en orden a la protección del tercero de buena fe que se relaciona con aquella²².

²⁰ Sobre este particular nos remitimos al extenso comentario que hicimos en su día sobre esta sentencia de la que fuera ponente Manuel de la Maza Martín y las actuaciones sumariales llevó a cabo el juez instructor Eloy Velasco Núñez en el Juzgado Central de Instrucción nº 6. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., «La imputabilidad de las personas jurídicas y su capacidad para ser parte en el proceso penal» *Revista jurídica de Castilla y León*, nº. 43, 2017, pp. 134 y ss.

²¹ STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016, ponente José Manuel Maza Martín, - ECLI:ES:TS:2016:613, fundamento Jurídico octavo.

²² Ver sobre este particular, nuestro comentario GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E «La imputabilidad de las personas jurídicas...», obra cit., p. 6. En aquel comentario hicimos referencia a la posición de la fiscalía en el que se expuso la conveniencia de aplicar en estos supuestos la medida de intervención judicial de la persona jurídica que, según el propio art. 33.7 g) CP, tiene como principal finalidad salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. Véase también sobre el caso *Transpinelo*, DOLZ LAGO, M.J., «Primera sentencia condenatoria con doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de los requisitos del art. 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes», *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, n.º 8797, 2016, p. 6.

La idea que habremos de sostener en este estudio es que mientras que los derechos fundamentales que presentan un carácter prestacional, como pueda ser la tutela judicial efectiva, la protección de datos o la protección del patrimonio social, deben incardinarse en el ente jurídico, los derechos de contenido sustantivo como la libertad de expresión, libertad ideológica, el derecho de reunión o el derecho al honor han de trascender al sustrato organizativo inmanente en la persona jurídica. En el caso de la entrada en un domicilio encontramos ambas modalidades de protección, porque junto a la protección del funcionamiento intrínseco de la organización, se encuentran también afectos quienes comparten información o intereses que la entrada y registro va cuando menos a cuestionar. Esta distinta perspectiva, como veremos, es esencial para reconocer los intereses afectados y el alcance del consentimiento ante una entrada y registro de una persona jurídica.

2. El derecho a la protección domiciliaria de las personas jurídicas.

Como hemos señalado la protección de los derechos fundamentales y en concreto la protección del domicilio no es una cuestión trasladable sin más a las personas jurídicas. Por lo pronto no tiene la misma protección en todas las personas jurídicas, y depende en gran medida en el modo y forma en que se residencien los intereses objeto de tutela. En el caso de la protección del domicilio, la tutela de aquel viene determinado por la necesidad de velar porque las personas jurídicas puedan desplegar sus actividades para las que fueron concebidas con plenitud de efectos. Como pusiera de relieve QUINTANA LÓPEZ, la proyección de la intimidad de las personas físicas al domicilio familiar, responde a una serie de criterios ajenos, o cuando menos exorbitantes, a la esencia de la protección domiciliaria que se ampara en el art. 18 de la Constitución, pero no por ello menos dignos de protección²³. El Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en el caso *Association for European integration and Human Rights y Ekdimdzhiev contra Bulgaria* de 28 de junio de 2007, estimó que no existen razones para no hacer extensivo el derecho a la vida privada reconocidos en el convenio a las personas jurídicas tanto al espacio domiciliar como a las comunicaciones²⁴.

La Constitución Española no hace extensivo necesariamente el elenco de derechos fundamentales a las personas jurídicas, pero sí reconoce toda una serie de derechos en que se presupone la existencia de un ente colectivo que ampara su ejercicio, véase el caso de la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE), los derechos de asociación, fundación y sindicación (art. 28 CE) o el derecho de petición. En lo que se refiere al derecho a la protección del domicilio, las sentencias del Tribunal Constitucional 22/1984, 137/1985, 144/1987 y 64/1988 hicieron extensión de la privacidad propia también del domicilio a las personas jurídicas como una exteriorización de la privacidad de las personas físicas²⁵.

²³ QUINTANA LÓPEZ, T. «Un paso más adelante hacia la delimitación de la inviolabilidad del domicilio en nuestro derecho», *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 229, año 1989, p. 151.

²⁴ En dicha resolución, aun cuando reconoce la dificultad concurrente para identificar en todos los supuestos la trascendencia de este interés en cada uno de los casos, se estima que cabe apreciar que éstas puedan tener una verdadera vida privada a los efectos y fines de protección del Convenio. En igual sentido, se citan el caso *Kent Pharmaceuticals Limited* y otros contra Reino Unido de 11 de octubre de 2005, el caso *Buck* contra Alemania de 28 de abril de 2005, el caso *Aalmoes* y otros contra Holanda de 25 de noviembre de 2004.

²⁵ Señala la STC 137/1985 ECLI:ES:TC:1985:137 anteriormente citada, que «ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los

Esta inicial línea jurisprudencial se mueve en el sentido de distinguir lo que son *espacios abiertos al público* en horas de atención al público, de aquellos otros supuestos en el que el edificio donde se ubica la persona jurídica social se proyecta como una manifestación más del derecho a la intimidad²⁶. De hecho, este criterio de apertura al público es el asumido tradicionalmente al regular el *delito de allanamiento de morada* en nuestra legislación histórica que excluía la aplicación del precepto respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieren abiertas.²⁷

En el vigente Código Penal se distingue también según si se accede en horarios de apertura o no, en este último caso la conducta sólo es punible, si se emplea violencia o intimidación²⁸. Sin embargo, el bien jurídico protegido por la legislación penal es cualitativamente distinto al acceso a lugar cerrado al que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El precepto penal se extiende al despacho profesional, oficina o establecimiento mercantil abierto al público y en el que resultan implícitas normas de orden público que reglamentan la apertura y cierre de los locales comerciales. Con todo el Tribunal Supremo, no ha desvinculado el bien jurídico protegido por estos preceptos con la protección domiciliaria. Así en la STS 1737/1999, de 30 de noviembre, (ECLI:ES:TS:1999:7627) en la que se declara que «es evidente que ni el domicilio de una persona jurídica, ni un despacho profesional u oficina, ni un establecimiento mercantil, ni un local abierto al público pueden ser normalmente equiparados al domicilio de una persona física, que es el lugar cerrado donde la misma desenvuelve su vida íntima y satisface su derecho a disponer de un ámbito en el que su privacidad no sea invadida ni perturbada por persona alguna. Pero cabe la posibilidad de que en los domicilios, despachos, establecimientos y locales arriba mencionados se guarden documentos u otros efectos cuyo descubrimiento pueda lesionar la intimidad de las personas que sean titulares de los mismos o que sencillamente desempeñen en ellos una actividad laboral, bien entendido que la esfera de la intimidad se puede extender a cualesquiera datos de la vida personal o familiar, incluso a los económicos, de cuyo conocimiento se quiera excluir legítimamente a los extraños».

derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables, lo que ha permitido que la jurisprudencia aplicativa de tal norma entienda que el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las Entidades mercantiles, parece claro que nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el art. 24 de la misma C. E., sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas».

²⁶ En esos años la jurisprudencia, se había mostrado vacilante, así pronunciamientos posteriores SSTC 257/1995, 228/1997, 283/2000 y otras, cuestionaron el alcance de dicho derecho en el caso de las personas jurídicas, insistiendo en que el objeto de protección lo constituyen la morada, como espacio de ejercicio de la privacidad condición de desarrollo vital de la que son únicamente titulares las personas físicas. Posteriormente, ha venido reconociendo ampliamente la protección del domicilio de las personas jurídicas, si bien ha de tenerse presente que no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 CE garantiza. El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros (STC 69/1999, de 26 de abril, ECLI:ES:TC:1999:69).

²⁷ Véase art. 506 del Código Penal de 1870, del art. 484 del Código Penal de 1932 y del art. 493 del Texto Refundido de 1973

²⁸ La reforma de 2015 incide en esta perspectiva al introducir un nuevo apartado en el que se castiga al que se mantuviere en el local, en este caso sin violencia e intimidación, fuera de los horarios de apertura.

Distinto también es el tratamiento en lo que a la regulación de las *cámaras de videovigilancia y seguridad* se refiere. Conforme a la Circular 2/2022, de 20 de diciembre, la fiscalía y la propia policía estarían habilitadas para acceder a las cámaras de vigilancia de los locales abiertos al público por el art. 41 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, LO 4/2015, de 30 de marzo. En este sentido, se suele citar la STS 649/2019, de 20 de diciembre²⁹ en la que se afirma que «puede considerarse legítima la videovigilancia en las zonas comunes de los llamados espacios intermedios, como cafeterías, comercios, zonas de tránsito público de las urbanizaciones, etc. [...] La posibilidad de instalación de cámaras de seguridad y vigilancia en comercios [...] está avalada en el estudio llevado al efecto por la Agencia de protección de datos en cuyo informe Guía sobre el uso de videocámaras para seguridad y otras finalidades avala la opción. [...] Como apunta la doctrina, el objetivo esencial de la instalación de las videocámaras es el de la prevención del delito» (véase también la SSTS 129/2019, de 26 de febrero, y 99/2020, de 10 de marzo).

La vinculación del castigo penal con la protección domiciliar resulta siquiera más clara en el caso del *robo en casa habitada*. Ejemplo de ello, lo encontramos a la hora de calificar las situaciones concursales entre ambas figuras jurídicas en el que el desvalor jurídico de la acción se extiende más allá del ámbito propio de la protección de los horarios de apertura en el art. 203 del Código Penal³⁰. Así se viene pronunciando reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, SSTS 7 de noviembre de 1997³¹, 12 de noviembre de 1998³², 3 de abril de 1999³³ y 14 mayo de 1999³⁴, en todas las cuales se sostiene, de una parte, que en los casos de delitos de robo cometidos en domicilios de personas jurídicas o establecimientos abiertos al público sólo procede aplicar la norma que tipifica el delito de robo con exclusión del art. 203 CP y, de otra, que cuando resulte acreditado que el atentado a la privacidad ha ido más allá de lo que es inherente al delito de robo en un local cerrado es posible apreciar el delito de allanamiento de morada. En tal caso se da la posibilidad de un concurso ideal entre el robo y el allanamiento de domicilio³⁵.

²⁹ ECLI:ES:TS:2019:4281, ponente Magro Servet.

³⁰ Véase en este sentido, la sentencia de Pleno, STS 359/2018, de 18 de junio, ECLI:ES:TS:2018:2958 «Ante la opción de una interpretación de la circunstancia de agravación localista, por ser un establecimiento abierto al público, o situacional, por estar abierto al público, esta Sala, cuando la agravación solo afectaba al delito de robo con fuerza, optó por una interpretación no extensiva de la agravación, fundamentada en la potencialidad del riesgo que la apertura al público podía suponer por la presencia de personas que trasmutaran el robo con fuerza en robo violento. La agravación se justifica por esa potencialidad de peligro respecto a los sujetos pasivos del hecho delictivo».

³¹ ECLI:ES:TS:1997:6658, ponente Martín Pallín.

³² ECLI:ES:TS:1998:6684, ponente Martín Pallín.

³³ ECLI:ES:TS:1999:2291, ponente Jiménez Villarejo.

³⁴ ECLI:ES:TS:1999:3344, ponente Jiménez Villarejo.

³⁵ Véase STS 757/1999, de 14 de mayo, ECLI:ES:TS:1999:3345, también nos encontramos ante un concurso medial (instrumental) entre el delito de allanamiento del art. 203 y el delito de robo con fuerza en las cosas del art. 240. «...no nos encontramos ante un solo hecho que constituya dos infracciones sino ante dos infracciones -el allanamiento del local y el robo- la primera de las cuales es, en concreto, medio necesario para cometer la segunda. Nos encontramos, pues, ante un concurso medial o instrumental de delitos, figura de concurso equiparada al ideal en el art. 77 CP pero sustancialmente distinta del mismo, cuyo presupuesto es que cada uno de los delitos se encuentre realizado en su integridad de forma autónoma, sin que quepa que alguno de sus elementos constitutivos sirva para integrar al mismo tiempo más de un tipo delictivo, so pena de incurrir en clara vulneración del principio "*non bis in idem*"».

La barrera entre lo público y lo privado, contenida en la legislación penal tenía su trasposición en el ámbito del proceso en la regulación artificiosa contenida en los arts. 547 y 550 de la LECrim, en el que se distinguía entre *edificios o lugares públicos* y *los domicilios particulares* destinados a fijar la residencia habitual de las personas. Entre los primeros, además de los edificios públicos, los establecimientos de recreo y los buques del Estado, se establecía una cláusula residual que comprendía cualesquiera edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio de un particular con arreglo a las leyes. Tal referencia a la existencia de un lugar cerrado que inspiraba el precepto, suponía una cláusula abierta, que venía a garantizar el derecho de exclusión de acceso a espacios en que el Derecho permitiese levantar barreras u obstáculos que no pudiesen ser salvados sin el uso de la fuerza⁵⁶.

La jurisprudencia como hemos visto en un primer momento hizo extensivo el concepto de domicilio a las personas jurídicas sin especiales limitaciones, pero dadas las consecuencias de una extensión ilimitada de la protección domiciliaria a cualesquiera espacios ocupados por las personas jurídicas, pronto se vio en la necesidad de precisar el alcance de la protección de este derecho⁵⁷. De este modo, la STC 228/1997, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:1997:1137), excluye expresamente la protección domiciliaria a «aquellos lugares cerrados que, por su afectación, como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad». Con posterioridad la STC 69/1999, de 26 de enero [ECLI:ES:TS:1999:360], procede a dar un concepto más preciso de este ámbito de protección fijando el criterio que casi literalmente sería acogido posteriormente por el legislador. Conforme a dicha sentencia su extensión queda restringida exclusivamente «a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros».

Tal distinción legal, como ha quedado apuntado es la que se recoge tras la reforma de la LECRIM por la ley 37/2011 de medidas de agilización procesal. La reforma pretendió adaptar el marco procesal a la nueva realidad penal que surge del régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no sólo se quedó ahí, sino que procedió además a fijar definitivamente el ámbito de la privacidad de estos entes, cuya regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se compadecía con las conclusiones a las que había alcanzado la jurisprudencia. Según NEIRA PENA, se pretendía con ello dar respuesta a las exigencias del principio de legalidad, según el cual las medidas limitativas de los derechos deben estar previstas en una norma con rango de ley que,

⁵⁶ Así lo sostiene MURILLO LUCAS DE LA CUEVA, para quien el ámbito de la intimidad agrupa tanto un haz de facultades del individuo para desenvolverse sin lesionar derechos ajenos como el poder de excluir todo conocimiento ajeno por cualquier medio de su vida íntima, así como una referencia material que representa su calificación persona y familiar. MURILLO LUCAS DE LA CUEVA, “El derecho a la intimidad” en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1999, p. 518. La jurisprudencia ha conceptualizado la intimidad desligando inicialmente las parcelas de interés público e interés privado para pasar después a perfilar las dimensiones de dicho derecho. Exponente de esta evolución es la STC 73/1982, de 2 de diciembre cuando afirma: «La intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren» (F. 5.º). CUCHI DENIA, J.M. y BASOLS CAMBRA, C. «El domicilio como objeto de la diligencia de entrada y registro: su concepto y casuística». *Revista General de Derecho Procesal* núm. 28, RI §412346, 2012, p.8

⁵⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 837 ss.

además, debe ser lo suficientemente clara y específica como para cumplir con las exigencias de accesibilidad y previsibilidad requeridas por la jurisprudencia TEDH³⁸.

El citado precepto, acogiendo en su articulado la reiterada doctrina del TC al respecto, ha delimitado el ámbito domiciliario de las personas jurídicas al «espacio físico que constituya el centro de dirección de estas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros» (art. 554.4º LECrim). La delimitación legal del domicilio empresarial, dispuesta en el art. 554.4 LECrim, implica, tal y como apuntaba la jurisprudencia, que no todo local sobre cuyo acceso posea poder de disposición su titular ha de ser considerado domicilio a los fines de la protección propiamente domiciliaria. Se excluirían así las estancias reservadas a los empleados, talleres, locales comerciales, tiendas u otros lugares de esparcimiento en el que no concurra aquella cualidad.

Con todo, la reforma se separa en parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la medida que el objeto predefinido por el legislador se limita exclusivamente a la persona jurídica investigada en un procedimiento penal. Quedan, por lo tanto, excluidos los locales u oficinas, que aun ostentando las características señaladas en el art. 554 LECrim, estén regentados por una persona jurídica que no esté investigada.

Según GASCÓN INCHAUSTI no se entiende muy bien qué razones adicionales confluyen para que una *persona jurídica imputada cuente con una tutela reforzada distinta de una persona jurídica no imputada*³⁹. La redacción literal del precepto no recoge por lo demás el sentido último de la distinción acogida por la jurisprudencia. Esta centraba el objeto de tutela en la protección de la función ejercida por los administradores, evitando eventuales intromisiones a la actuación de aquellos. Sin embargo, como señala NEIRA PENA la regulación, lejos de señalar la forma en que las autoridades competentes para la persecución de los delitos pueden conducir una legítima intromisión en el domicilio de la persona jurídica, se limita a definir el espacio que, a estos efectos, abarcaría dicho domicilio⁴⁰.

Esta definición legal sirve para determinar cuál es el área susceptible de especial protección —*el centro de dirección*— para cuyo registro, en defecto de consentimiento de su titular, será precisa

³⁸ NEIRA PENA, A. M., «La diligencia de investigación de entrada y registro en el domicilio de la persona jurídica investigada», en RODRÍGUEZ TIRADO, A.M. (coord.), *Cuestiones actuales de derecho procesal: reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 600.

³⁹ Como gráficamente nos ilustra el meritado autor «El registro de una oficina aneja a una tienda, donde también se guardan soportes de la industria o negocio, no exige mandamiento judicial si el titular del local es una persona física o una persona jurídica no imputada. Se pueden registrar esos lugares para esclarecer un delito no imputable a una persona jurídica (v.gr. una apropiación indebida); pero no si se tratase de una estafa, lo que no parece lógico. En ambos casos el derecho a custodiar es el mismo y la finalidad de su limitación idéntica: exigir responsabilidades penales. La "privacidad" de una persona jurídica no se robustece cuando se convierte en posible responsable penal. Tan tutelada ha de estar la intimidad de las personas jurídicas no imputadas como la de las imputadas». GASCÓN INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 848.

⁴⁰ NEIRA PENA, A. M., «La diligencia de investigación de entrada y registro en el domicilio de la persona jurídica investigada», en RODRÍGUEZ TIRADO, A.M. (coord.), *Cuestiones actuales de derecho procesal: reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 599

autorización judicial, pero no asume el sentir último que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que había tomado en consideración para definir el ámbito de protección el tipo de intromisión que se encuentra restringida a los investigadores.

La doctrina y la jurisprudencia ponen en aviso de una interpretación literal del precepto. Tal como sostiene GASCÓN INCHAUSTI limitarlo al centro de dirección puede ser en algunos casos insuficiente. Del mismo modo, estima que puede resultar desmedido extenderlo a cualquier lugar que no esté abierto al público. La solución, como señala el indicado autor, pasa por utilizar «un criterio funcional, que es el que subyace a la STC 69/1999 y al propio precepto, de modo que se considere inviolable todo espacio en el que se desarrolle el núcleo de la actividad de la sociedad —en especial, la toma de decisiones estratégicas— y/o en el que se conserven o custodien los documentos lato sensu que reflejan la vida interna de la persona jurídica y que, por ese mismo motivo, la entidad tiene interés legítimo en que queden al margen del conocimiento de terceros»⁴¹.

NEIRA PENA estima además que «resulta discutible que los lugares en que se custodien los documentos que la entidad deba producir *ex lege* —señaladamente su contabilidad— tengan por qué caer en ese ámbito de especial protección»⁴². Para esta autora, existiendo una obligación legal de llevanza y de exhibición, no existe una expectativa de privacidad. La referencia genérica a la «custodia de documentos o soportes de la vida diaria» y la voluntad de excluir aquellos del conocimiento de terceros no les hace merecedores por esta sola circunstancia de una especial protección. Tampoco resulta justificada que la documentación de las personas jurídicas cuente con mayor protección que la de las personas físicas.

Tal pretendida discriminación no es tal si se tiene presente la funcionalidad que es propia de la medida en uno y otro caso, puesto que en el caso de las personas jurídicas la organización implícita a su giro o tráfico implica unas exigencias mucho mayores que respecto de las personas físicas. Por lo demás, que la contabilidad sea accesible no significa que sea pública, es más, el art. 32 del Código de Comercio declara expresamente su carácter secreto, y establece prevenciones especiales respecto de terceros, los cuales por regla general sólo podrán acceder a los puntos concretos que tengan relación con la cuestión de que se trate y alegando causa justificada⁴³.

La ley de la Fiscalía Europea en su art. 47 apartado 1º contiene también sus propias previsiones que reproducen las contenidas en el art. 554 LECrim, pero a diferencia de este precepto no hace distinción según se trate de personas investigadas o no. Se señala a tal efecto, «se entiende por domicilio de las personas jurídicas, el lugar cerrado en el que se desarrollan las actividades de

⁴¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 843

⁴² Cfr. NEIRA PENA, *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, tesis doctoral realizada bajo la dirección de los profesores Agustín-Jesús PÉREZ-CRUZ MARTÍN y Xulio Xosé FERREIRO BAAMONDE y defendida en la Universidad de la Coruña, 2015, p. 562

⁴³ Entendemos innecesario recordar que dicho precepto limita la comunicación o reconocimiento general de los libros correspondencia y demás documentos que sólo podrá decretarse en los casos sucesión, concursos y liquidaciones en general, y cuando los socios o representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo. Fuera de estos casos, sólo se permitirá su acceso a quien tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición.

dirección o donde se custodian en cualquier soporte los datos y las informaciones relativas a su actividad, organización y funcionamiento».

El poder de exclusión que se reconoce a las personas jurídicas, que constituye el eje del derecho a la privacidad, tiene como exclusiva finalidad respetar la expectativa razonable de privacidad de aquel ámbito físico en el que se actúa con la legítima confianza de que su actividad no está siendo fiscalizada por terceros. Su protección se considera indispensable para permitirle desarrollar con plena libertad los fines para los que fue creada. La delimitación del domicilio de las personas jurídicas, como expresión del derecho de exclusión de tercero, toma en consideración la idea de que no puedan producirse intromisiones en las tomas de decisiones en el seno de la empresa como manifestación de su autodeterminación organizativa.

Una comparativa entre este precepto y la definición legal contenida en el art. 554 LECrim pone de manifiesto como la nueva normativa parece dar preponderancia a los aspectos funcionales de la organización. En este sentido, la ley se refiere a aquellos lugares en que se custodien los soportes de la vida diaria del ente, mientras que la nueva norma habla de actividad, organización y funcionamiento.

Otra de las novedades de la nueva regulación legal es que estas previsiones se hacen extensivas a toda persona jurídica, no sólo a las que tienen la condición de parte investigada en el procedimiento. La nueva definición incorporada por la Ley de la Fiscalía Europea supone un avance respecto de la legislación precedente, puesto que como señala GASCÓN INCHAUSTI la tutela de la privacidad de las personas jurídicas no puede depender del hecho de su imputación en un proceso penal⁴⁴. Sin embargo, su regulación se queda corta en relación a las exclusiones frente a terceros perjudicados. Supone, con todo, un enorme avance al ser el primer texto que viene a regular este conflicto entre el ente jurídico, que identificamos como persona jurídica, y los intereses inherentes al sustrato organizativo de ese ente.

3. Objeto de protección. Determinación del espacio protegido como domicilio de las personas jurídicas

Otra cuestión que se plantea es la determinación de los lugares a que se extiende el consentimiento. Las limitaciones del art. 554.4º LECrim responden a dos previsiones muy diferentes, de una parte, una norma de mínimos la protección asociada al centro de dirección de la persona jurídica y de otra una norma de carácter negativa y excluyente: lugares en que se custodie información que quede excluida del conocimiento de tercero. Lo relevante es este último criterio, la existencia de una información cuyo acceso se encuentra excluido a tercero y que en tal condición puede tener diversos grados de protección.

En todo caso y como sostiene GÁSCON INCHAUSTI citando la STS 202/2007, de 20 marzo, no puede olvidarse que tratándose del domicilio de personas jurídicas nos movemos en un plano diferente

⁴⁴ G GASCÓN INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 843

al correspondiente al domicilio de personas físicas⁴⁵. La protección es más débil en el primer caso, como demuestra que el art. 554.4 LECrim solo exija el mandamiento judicial para la principal dependencia de la persona jurídica, pero no para todas⁴⁶. La protección del domicilio de las personas jurídicas constituye no tanto trasladar la concepción de domicilio del artículo 18 de la CE, como la concreción de un espacio cerrado cuyo acceso pone en peligro los fines que son propias de las personas jurídicas. Sólo así se puede entender la extensión y alcance de la protección del domicilio de las personas jurídicas. *Sí la protección domiciliaria de las personas jurídicas se circunscribiese exclusivamente al derecho a la intimidad del ente, realmente poco o nada de lo que se custodia en los centros directivos de una persona jurídica merecería la protección que le otorga el ordenamiento jurídico. Lo que realmente es objeto de protección es el sustrato de intereses inmanente a la organización, son estos y las personas que residen en la persona jurídica su intimidad, los que son objeto de protección domiciliaria del art. 554.4º LECrim.* Nuestro legislador en atención a estos intereses ha querido darles la protección que es propia del domicilio y no la de un mero lugar cerrado a la que se refiere el art. 547 LECrim.

Es sabido como nuestra vigente norma procesal, junto a la protección del domicilio establecida en el art. 550 de la Lecrim, contiene *específicas previsiones respecto de aquellos otros espacios cerrados en que los interesados pueden excluir el acceso de terceros*. A estos espacios restringidos se refiere la cláusula residual contenida en el art. 547 LECrim «cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio». Estos edificios o lugares ostentan una protección menor en la medida que su acceso queda habilitado, sin especial motivación, a cualquier hora del día como de la noche, mientras que los últimos requieren una previsión expresa.

La protección de un lugar cerrado no se extiende a cualquier objeto, es preciso que en aquel se encuentre información sensible para la investigación, a saber, libros papeles u otros objetos que puedan servir para el descubrimiento o comprobación del delito. El derecho de exclusivo acceso que una persona pueda ostentar respecto de una caja de caudales o un paquete precintado es consecuencia del derecho de autodeterminación informativa de las personas al que antes nos hemos referido y va más allá de la protección *erga omnes* que eventualmente pueda predicarse de los actos posesorios. Tales acciones son manifestación de la voluntad del sujeto de mantener secreta una información.

Debe tenerse presente, no obstante, que esta garantía menor contenida en este precepto ha sido interpretada restrictivamente por la jurisprudencia al señalar que *no todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales*, (véase ATC 171/1989, de 3 de abril, F.J. 2). Por esta razón, tal concepto y su correlativa garantía constitucional «no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles

⁴⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F. «Inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», op. cit., p. 841 ss.

⁴⁶ En la comentada STS de 20 de marzo de 2007 (Rec. 364/03) -caso Clan de los Charlines- se afirma la menor protección del domicilio de las personas jurídicas, citando el apartado 26 de la STEDH de 16 de abril de 2002 (JUR 2002, 132780), recordando que «hay países democráticos europeos donde no se considera inviolable el domicilio (en cuanto derecho fundamental de la persona) en casos de personas jurídicas. Ciertamente no cabe equiparar una y otra clase de personas en orden a la protección de sus respectivos domicilios, dado que la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE), que es el verdadero fundamento del artículo 18.2 CE, no existe, al menos de igual modo, en los casos de registro en el domicilio de una persona jurídica» CADENA SERRANO, F.A. «Vulneración de los derechos fundamentales y registro domiciliario» *Publicaciones del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, 2016, p. 17.

con la idea de privacidad» (véase también, en este sentido, la STC 228/1997, de 16 de diciembre, F.J. 7º [ECLI:ES:TS:1997:1137]). Como señala NEIRA PENA, este mismo argumento se emplea para excluir de este ámbito de especial protección a los trasteros (STS 457/2007, de 29 de mayo, ponente Soriano Soriano, ECLI:ES:TS:2007:343)⁴⁷. También en este mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1995, ponente de Vega Ruiz (ECLI:ES:TS:1995:2059), la cual excluye hacer extensiva la protección a los locales de esparcimiento, almacenes, garajes, zaguanes, así como a las habitaciones abiertas en almacenes o zaguanes, ninguno de los cuales forman parte de la privacidad de quienes ejercen sus funciones laborales en los mismos locales o de quienes sean sus titulares o propietarios.

Fuera de estos supuestos de excepción, la regla era la necesidad de autorización judicial. La circular de la Fiscalía 4/2013, excluye expresamente que la fiscalía o la policía puedan acordar este tipo de diligencias: «Tampoco podrá acordar el Fiscal entradas y registros en edificios y lugares cerrados distintos de los domicilios, pues, aunque la Constitución no impone la exclusividad jurisdiccional en este ámbito, sí lo hace la LECrim (vid. arts. 545 a 572)»⁴⁸.

Sin embargo, el art. 46 de la Ley de la Fiscalía Europea se separa en este punto de las tradicionales previsiones de la LECrim al señalar en su párrafo segundo, que, en tales supuestos, y a diferencia de la entrada domiciliaria, no será necesaria la autorización del juez de garantías. Se señala en concreto en el referido precepto:

«La entrada en lugares cerrados que no tengan la consideración de domicilio, se llevará a cabo por el Fiscal europeo delegado o por la Policía Judicial bajo autorización previa de este, acordada mediante decreto».

Del tenor de este precepto, si bien limitado al ámbito de la Fiscalía Europea, quedarían derogadas las previsiones contenidas en los arts. 546 y 547, las cuales pasan a formar parte de lo que es genuinamente propio de la investigación. La razón de esta reforma obedece a que la sola atribución del carácter confidencial de un objeto o una información con la finalidad de ocultarla a terceros no es de suyo, circunstancia determinante para la intervención del juez de garantías. Esta previsión por lo demás se encontraba implícita en la distinción establecida originariamente por el legislador⁴⁹.

Sin embargo, si esto es así y las previsiones contenidas en los referidos preceptos decimonónicos no dan más de sí, es lo cierto también que nuestro ordenamiento y la jurisprudencia vienen reconociendo un núcleo de intereses sensibles que ostentan una protección igual o mayor que la que es propia del domicilio, cuales son el derecho al entorno virtual, los centros sanitarios, los lugares de culto, etc... Debe recordarse que la exclusión de la intervención de tercero en los lugares cerrados presenta un carácter principalmente instrumental. En la mayoría de los casos esta

⁴⁷ NEIRA PENA, A. M., "La diligencia de investigación de entrada y registro en el domicilio de la persona jurídica investigada", obra cit., p. 603

⁴⁸ Circular 4/2013, de 30 de diciembre de 2013, suscrita por el entonces fiscal general del Estado Eduardo Torres-Dulce Lifante, p. 25.

⁴⁹ Recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2022, ponente Carmen Lamela, en un supuesto de acceso a un restaurante fuera de los horarios de apertura, declaró admisible la entrada por la fuerza fuera de las horas de apertura por los agentes actuantes al presentar externa signos de haberse forzado la entrada y no darse la condición de domicilio al tratarse de una dependencia abierta al público. ECLI:ES:TS:2022:38.

salvaguardia lo es para proteger sus bienes frente a la acción depredadora de tercero. Se trata de una acción defensiva que se sitúa en la esfera de la protección posesoria, en la que no siempre cabe apreciar que se encuentre comprometido el derecho a la privacidad. La protección del lugar cerrado a la que se refiere nuestras normas procesales exige algo más que la protección de nuestro patrimonio, exige que el objeto de protección sea una información sensible y excluida de la acción de tercero.

4. Prestación y suficiencia del consentimiento

4.1. Personas autorizadas para prestar el consentimiento

La autorización de una entrada y registro supone, como hemos visto, una exposición de los intereses más sensibles de la persona jurídica y puede afectar al derecho a no autoinculparse y a la presunción de inocencia. El art. 47 de la Ley de la Fiscalía Europea adolece de cierta indefinición, permitiendo que tal autorización pueda ser otorgada por el representante legal, administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica.

El caso es que una referencia tan genérica como la contenida en la Ley de la Fiscalía Europea no resulta adecuada, ni resuelve todos los problemas. Por un parte, una decisión que exige tanta premura como una entrada y registro requiere simplificar la toma de decisiones. En muchos supuestos, no será preceptivo obtener el consentimiento de los interesados al no tener las dependencias o instalaciones la condición de centro de dirección o de custodia de información excluida a terceros. Bastará entonces con notificar y requerir a quienes se hallen al frente de la dependencia, informando del carácter de la actuación, especialmente en aquellos supuestos en que la persona se encuentre encausada en el procedimiento. Debe recordarse que la Ley de la Fiscalía Europea, sin necesidad de recabar el consentimiento, habilita al fiscal para ordenar el acceso a cualesquiera lugares cerrados que no tengan la condición de domicilio⁵⁰.

Cuando se trate de un domicilio que no tenga aquella condición, la jurisprudencia se ha mostrado bastante flexible en orden a admitir el *consentimiento de subalternos y personas autorizadas* para la custodia de los edificios o instalaciones. Sobre la posibilidad de habilitar el acceso por las personas accidentalmente encargados del edificio o lugar por la empresa, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1994, otorgó validez al registro efectuado en una oficina municipal donde trabajaba el acusado sin la presencia del interesado, ni del secretario judicial, señalando que no se está en la presencia de un registro domiciliario sino de un edificio público de los previstos en el art. 547.1 LECrim, y quien tenía que dar el permiso era el alcalde que lo prestó, sin que sean necesarias otras formalidades. En este sentido, se pronuncia también BANACLOCHE PALAO, quien hace extensiva tal facultad para consentir la entrada al responsable o directivo que

⁵⁰ Esto, sin embargo, no puede suponer una limitación del derecho a ser informado del contenido de la actuación practicada. En este sentido Cadena Serrano, cita la STC de 54/2015, de 16 de marzo, ECLI:ES:TC:2015:54, en el que por falta de esa información previa en el caso ahora examinado, se otorgó el amparo por considerar que en el ámbito de la inspección tributaria cuestionada, resultaban también de aplicación los arts. 131.2 de la Ley Foral 13/2000, de 14 de diciembre, general tributaria de Navarra, y 40.4 del Reglamento de inspección tributaria de la Administración de Navarra, aprobado por Decreto Foral 152/2001, de 11 de junio, que establecen la obligación de que los funcionarios de la inspección recaben el consentimiento del interesado "advirtiéndole de sus derechos", lo que en el caso concreto no se hizo. CADENA SERRANO, F.A. «Vulneración de los derechos fundamentales y registro domiciliario», *Publicaciones del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, 2016, p. 19.

está al cargo de la dependencia u oficina a la que se pretenda acceder⁵¹. GASCÓN INCHAUSTI entiende, por el contrario, que, si no está presente ninguna persona facultada para autorizar la entrada, el consentimiento eventualmente prestado por un empleado carente de facultades de representación o decisión en la entidad resulta insuficiente para legitimar la diligencia de investigación⁵². En este mismo sentido se pronuncia PORTAL MANRUBIA⁵³.

La solución a estas cuestiones debería quedar condicionada por el tipo de intereses afectados, no siendo admisible dar una respuesta única para todos los casos. Así, una intromisión en aspectos especialmente sensibles debería estar limitado a los consejeros debidamente habilitados o a personas especialmente autorizadas que trasladen la voluntad de aquellos. Nos referimos a aquellas decisiones estratégicas que puedan encuadrarse en el art. 249 bis apartado b) y a aquellas otras que pueden determinar la autorización o dispensa del deber de lealtad del apartado c) del propio precepto, las cuales no son susceptibles de delegación. En el caso de las sociedades de capital la regla general es que estas autorizaciones se deban llevar a efecto por quienes estén habilitados para asumir las decisiones estratégicas en la empresa⁵⁴. La Ley de Sociedades de Capital prevé la posibilidad de que puedan delegarse determinadas facultades con el objetivo de agilizar la administración de la sociedad. Para ello, se prevé que puedan designarse uno o varios miembros del consejo de administración para que puedan ejercer al mismo tiempo de consejeros delegados o constituirse en comisiones ejecutivas⁵⁵.

El hecho es que no todo acceso a un domicilio de una persona jurídica tiene el carácter estratégico y excepcional para incardinarlo dentro de las estrechas limitaciones del art. 249 bis. Lo decisivo a nuestro juicio es la previsión contenida en el propio precepto al singularizar la información que este excluida a terceros. No toda información cuenta con una exclusión total y absoluta, en algunas ocasiones las decisiones estratégicas pueden contextualizarse en el marco de una sucursal o una pequeña oficina, de modo que cualquier directivo de esa oficina puede acceder a dicha

⁵¹ BANACLOCHE PALAO, J. " Las diligencias de investigación relativas a la persona jurídica imputada" en la obra colectiva *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, marzo 2011, p. 208.

⁵² GASCÓN INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 840

⁵³ PORTAL MANRUBIA, J., "El proceso penal contra la persona jurídica en su ausencia", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, mayo 2012, p. 165

⁵⁴ Existe, sin embargo, algunas diferencias entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, pues mientras que el consejo de administración de estas últimas carece de poder de autorregulación, las de capital sí cuenta con estas facultades. Así la Ley de Sociedades de Capital establece que en las sociedades limitadas serán los estatutos los que regulen el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración, incluyendo las reglas de convocatoria y constitución del consejo, el modo de deliberar y adoptar los acuerdos por mayoría (art. 245.1 LSC). En el caso de las sociedades anónimas, caso que no exista una previsión especial, el propio consejo puede regular su funcionamiento interno (art. 245.2 LSC), determinando la forma de convocar y constituir el consejo, y el modo de deliberar y votar. De este modo resulta normal que el consejo de administración de una sociedad anónima cuente con un reglamento interno.

⁵⁵ Esta delegación de facultades está sujeta a aprobación por voto favorable de dos terceras partes de los componentes del consejo y se formalizará en un apoderamiento específico en el que se determinarán los derechos y obligaciones del consejero delegado (249 LSC). Existen, sin embargo, determinadas decisiones que están reservadas exclusivamente al consejo de administración y que no se pueden delegar, entre estas autorizar o dispensar las obligaciones que derivan del deber de lealtad (249 bis LSC).

información. En otros, el acceso a determinada documentación estará reservada a los servicios jurídicos de la empresa, pues el conocimiento de dicha información puede poner en riesgo la línea de defensa en un procedimiento.

Se hace por tanto necesario distinguir la existencia diversos niveles de información en atención a los intereses afectados, que podríamos sintetizar en los siguientes⁵⁶:

- Información sobre la línea de defensa a seguir en procedimiento entablados ante cualesquiera instancias judiciales⁵⁷.
- Documentos y correos electrónicos que contengan información estratégica de la empresa (art. 249 bis b y 246 LSC).
- Secretos empresariales en el sentido señalado en el art. 1 apartado 1º de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. Tendrán tal condición cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones: a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas; b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.
- Documentos y correos electrónicos de régimen interno entre cada uno de los directivos y la dirección de la empresa o en que esta da órdenes a los primeros, pero sin acceso a otros responsables.
- Documentación obrante en sucursales u otras oficinas con transcendencia limitada y accesible a los responsables de dichas oficinas y a la Dirección de la empresa, pero no a otros centros directivos.
- Información de régimen interno accesible a cualquier directivo de la empresa.
- Información financiera y contable excluida del acceso a terceros (art. 32.1 CCo).
- Documentación de la empresa propia de su giro o tráfico a la que se refiere el artículo 554.4 como aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria.
- Información accesible desde fuentes abiertas.

En cada uno de estos supuestos el nivel de exigencia es distinto y los controles de las instancias superiores dependerán del objeto y alcance de la diligencia. Fijado el tipo de información que se pretenda obtener, la prestación del consentimiento es cuestión que se resuelve en la mayoría de los casos con la aplicación de la legislación estatutaria que determinará quienes son las personas que deban prestar su consentimiento en función de la trascendencia del acto. Por regla general estarán llamadas a prestarlo las personas a quienes se haya confiado la gestión o dirección de las

⁵⁶ Sigo en esto los criterios empleados en los protocolos de actuación que durante el tiempo en que estuve prestando servicios se han seguido en el marco de los juzgados centrales de la Audiencia Nacional.

⁵⁷ Véase sobre este particular, véase la STEDH de 2 de abril de 2015, caso *Terrazzoni c. Francia*, demanda 33242/12, en la que se consideró conculcada la protección domiciliar de una sociedad francesa como consecuencia de la visita de la inspección tributaria a su sede con incautación y registro de papeles y archivos electrónicos que afectaban a la confidencialidad de la relación entre abogado y cliente.

concretas dependencias que sean objeto de registro. Los estatutos o los programas de cumplimiento, sin embargo, pueden limitar la delegación de estas funciones o hacer extensivo dicha habilitación a otras personas. Si la persona jurídica estuviese ya imputada en el procedimiento, parece claro que resultaría preceptivo, sino el consentimiento del representante especialmente designado, cuando menos la comunicación a este último el hecho del registro.

4.2. Conflictos de intereses

La aprobación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo concretó en el art. 225 de la LSC los deberes de diligencia de los responsables de las sociedades de capital, entre los que se incluyen la adopción de las medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad. Estas previsiones constituyen a juicio de la doctrina el punto de partida de la generalización de las normas de cumplimiento. CUENCA MARTÍNEZ, comentando la reforma, aborda el contenido y alcance de estas decisiones estratégicas de los entes sociales, la cuales presentan un carácter indelegable y discrecional⁵⁸. Pero como toda decisión discrecional está sujeta a un control de los elementos reglados que definen este ámbito de discrecionalidad y que permiten en su caso exigir responsabilidad respecto de los excesos eventualmente cometidos. Estos elementos serían según el autor últimamente citado, el contenido (condiciones estratégicas), información suficiente, así como la buena fe y la falta de interés personal⁵⁹.

En el caso, de la entrada en el domicilio, la exposición al escrutinio de los investigadores de la información obrante en aquel presenta un triple conflicto:

- De una parte, el derecho a la presunción de inocencia y a utilizar los medios para su defensa cuyo ejercicio se sujeta al deber de lealtad. Entre estas obligaciones se encuentran conforme al art. 228 b) la de guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.
- De otra la responsabilidad implícita por la falta de colaboración con la investigación y las consecuencias que para la empresa esto pueda suponer.
- Junto a estos deberes, la posición que eventualmente pueda tener el directivo o gerente de la empresa por razón de su responsabilidad personal en los hechos investigados.

Las normas de cumplimiento permiten establecer en muchos casos las pautas a seguir y reducir el ámbito de discrecionalidad en virtud del modelo de conducta que la empresa se ha impuesto a sí misma. Con todo y como sostiene ECHARRI CASI, los administradores tienen por lo general una posición complicada, pues dados los compromisos adquiridos tienen un deber de lealtad con la empresa que pueden entrar en conflicto con sus propios intereses como imputados o con la obligación general de colaborar con la Administración de Justicia (art. 118 CE). Esta referencia al

⁵⁸ CUENCA MARTÍNEZ, Juan. «Buen Gobierno Corporativo de las sociedades de capital y Compliance, *La Ley compliance penal* n° 3, cuarto trimestre de 2020. Wolters Kluwer, p. 11.

⁵⁹ CUENCA MARTÍNEZ, Juan. «Buen Gobierno Corporativo de las sociedades de capital y Compliance», obra últ. cit. p. 16.

deber de lealtad es de la mayor importancia y debe interpretarse en el marco de las normas de cumplimiento que definan el contenido y alcance de la eventual delegación⁶⁰.

Dicho deber de lealtad puede resultar, así, incompatible con la posibilidad de otorgar el consentimiento a la entrada y registro, máxime en aquellas fases iniciales del procedimiento, en el que las conductas penales no estén lo suficientemente delimitadas. El análisis de estos modelos de cumplimiento excedería del objeto del presente trabajo, pero si cabe apreciar una tendencia natural de aquellos a facilitar la colaboración con los investigadores, hecho que como hemos visto ha determinado la generalización de este modelo de entrada y registro. De igual modo, esta tendencia a colaborar acentúa con más intensidad si cabe los eventuales conflictos que puedan presentar el otorgamiento de dicho consentimiento con los intereses de los administradores de la empresa imputados en el procedimiento.

La jurisprudencia se ha mostrado contraria a la admisibilidad del consentimiento a la entrada y registro de personas que se encuentre en conflicto con el investigado al que atiende la diligencia. El Tribunal Supremo viene afirmando, que si bien, el consentimiento puede actuar como factor legitimante de la entrada en la propia sede doméstica, para que pueda interpretarse como la consciente y voluntaria abdicación del derecho de exclusión domiciliaria ha de ser un consentimiento sobre cuyo alcance no puede cernirse duda alguna. En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que «la necesidad de que la prestación de ese consentimiento se verifique en condiciones que impidan cualquier asomo de presión psicológica que lleve al interesado a abdicar del cuadro de garantías que constitucionalmente otorga el art. 18.2 CE, viene siendo reiterada de forma unánime por la jurisprudencia». En la STS 401/2020, 17 de julio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2430, el ponente Vicente Magro Servet analiza los requisitos que se deben tener en cuenta para la ejecución de una diligencia de entrada y registro cuando quien presta el consentimiento de acceso a los agentes es la pareja del investigado que reside en su domicilio. El Tribunal Supremo declaró entonces la validez de la entrada y registro porque los agentes dieron información completa a la pareja y, además, no resultó acreditada la existencia de un conflicto entre los miembros del matrimonio que invalidara el consentimiento otorgado (dicho sea de paso, quizás por una dejación estratégica a la hora de proceder a la imputación de la conviviente en aquel domicilio). En este caso la tenencia en el domicilio familiar del cuerpo del delito, en este caso armas de guerra, era al parecer sólo conocida por el marido que se le ocultó a la mujer.

Tratándose de personas jurídicas, el conflicto que se cree en estos casos dependerá en gran medida de la definición de lo que hayamos de entender como información sensible susceptible de poner en peligro a la sociedad, y de la quiebra de las expectativas de confidencialidad a las que anteriormente nos hemos referido. Cuestiones estas que han sido abordadas en diversos pronunciamientos por el Tribunal Supremo, en los que en caso de conflicto de intereses se ha puesto de

⁶⁰ El contenido del deber de lealtad se concreta en el art. 230 de la Ley de Sociedades de Capital, a cuyo tenor: «No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas. b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera. c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado. d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad».

manifiesto la necesidad de separar la condición de administrador con la persona especialmente designada para la defensa de los intereses jurídicos en el procedimiento.⁶¹ En todo caso como sostienen BAJO FERNÁNDEZ y GÓMEZ JARA, «la voluntad de la persona jurídica expresada a través de su órgano de administración debe imperar —forzar nombramientos en este sentido contradice la libertad de autoorganización de la persona jurídica— salvo que se trate de personas jurídicas en claro conflicto de intereses»⁶².

4.3. Forma de expresar el consentimiento. Información de derechos

En cuanto a la forma en que se ha de prestar tal consentimiento, para NEIRA PENA la regla general es que debe ser inequívoco, pero no tiene por qué ser necesariamente expreso, entendiéndose que concurre el consentimiento presunto cuando el requerido ejecuta los actos necesarios que de él dependen para que se produzca la entrada y registro sin invocar la inviolabilidad domiciliaria (art. 551 LECrim)⁶³.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, como regla general, el problema de si hubo o no consentimiento debe interpretarse de la forma más favorable para el titular domiciliario (in dubio libertatis), debiendo analizarse racionalmente el comportamiento del propio interesado, antes, durante y después del registro, así como las manifestaciones de cuantos pudieron estar presentes cuando el registro se llevó a cabo (STS 63/1999, de 15 de enero)⁶⁴. Tal y como señala el TC, «el consentimiento eficaz tiene como presupuesto el de la garantía formal de la información expresa y previa, que debe incluir los términos y alcance de la actuación para la que se recaba la autorización inherente»⁶⁵. Por lo tanto, a fin de evitar nulidades probatorias posteriores, es necesario que los agentes que pretendan llevar a cabo un registro sin autorización judicial, informen al representante del ente de su facultad de negar la entrada en el domicilio de la entidad⁶⁶.

⁶¹ Por todas la ya citada STS 154/2016 de 29 de febrero.

⁶² BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ y GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos, *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, 2.ª edición, Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 322.

⁶³ HINOJOSA SEGOVIA, *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1996 justifica la validez del consentimiento tácito en los trabajos preliminares del texto constitucional: «el hecho de que el requisito de la exigencia del consentimiento expreso, inicialmente recogido en el informe de la Ponencia y en el dictamen de la Comisión, no se mantuvo después en la Comisión del Senado, ni se estableció en el texto definitivamente aprobado del art. 18 CE». Asimismo, diversos autores citan además el art. 551 LECrim, hablar de un consentimiento presunto «se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependen para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el art. 6.º de la Constitución del Estado». No han faltado sentencias que han postulado una interpretación restrictiva de este precepto, señalando que, salvo casos excepcionales, la mera falta de oposición a la intromisión domiciliar no podrá entenderse como un consentimiento tácito (STC 209/2007, de 24 de septiembre, FJ 5, BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007).

⁶⁴ CADENA SERRANO, F. «Vulneración de los derechos fundamentales y el registro domiciliario», *Publicaciones del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, 2016 p. 24

⁶⁵ En este sentido, SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 8, y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2).

⁶⁶ El Tribunal Constitucional ha estimado el recurso presentado por considerar por no haber procedido los funcionarios de la Administración Tributaria a recabar el consentimiento del interesado «advirtiéndole de sus derechos», conforme se previene en el art. 131.2 de la Ley Foral 13/2000, de 14 de diciembre, (STC de 54/2015, 16 de marzo de 2015, BOE núm. 98, de 24 de abril de 2015))

En este punto, parece conveniente reflexionar sobre los vicios que podrían invalidar el consentimiento del representante, como sujeto facultado para actuar en nombre de la entidad, que serían, básicamente, el error esencial, la violencia y la intimidación. Pues bien, en relación con las personas jurídicas, la relativa novedad de la reforma, así como la indefinición jurisprudencial de los espacios que se consideran protegidos, podría tener relevancia en cuanto a la apreciación de error en el consentimiento por parte del representante. Así sería el caso del acceso a información restringida facilitada por el administrador o apoderado en contra de las previsiones estatutarias⁶⁷.

Como hemos apuntado al principio de nuestra exposición la generalización de los programas de cumplimiento normativo ha venido a aclarar en gran medida el alcance y extensión de este tipo de diligencias. Como cualquier otro protocolo suponen un sistema que simplifica la toma de decisiones en atención a escenarios preconcebidos. Con todo y como veremos, existe en aquellos una tendencia generalizada a la colaboración con los investigadores, haciendo del consentimiento un mero acto rituario, en el que en muchos casos no se tienen presente los intereses de terceros clientes, proveedores y empleados que pueden verse afectados por la exposición indiscriminada de su privacidad⁶⁸.

Aspecto también importante es *la información de derechos y la asistencia de letrado* durante este tipo de diligencias. Como es conocido la reforma de la Ley 5/2015 de 27 de abril, dio contenido al ejercicio del derecho de defensa en el proceso penal, y procedió a trasponer las garantías procesales recogidas en la Directiva 2011/36/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales. Conocido es también la distinta posición que ocupan las personas detenidas respecto de quienes se encuentra en libertad, la jurisprudencia ha venido exigiendo de manera insoslayable la presencia de abogado cuando se trate de personas detenidas, no siendo imprescindible esta premisa cuando se trata de personas que no se hayan privadas de libertad. Ciertamente, no sería el caso de las personas jurídicas, pero debe tenerse presente que en muchas de estas diligencias los administradores de la empresa pueden encontrarse detenidos y puede no resultar claro a quien corresponda la toma de decisiones. En tal situación cabe hacer extensiva a la persona jurídica esta garantía reforzada, sobre todo en aquellos supuestos en que no resulte claro quien pueda ejercer las funciones que corresponderían a los detenidos⁶⁹. Con todo, la complejidad de una diligencia de esta índole en el que eventualmente puedan quedar afectados los derechos de terceros hace aconsejable la asistencia de abogado durante el curso de la diligencia. Así resulta de una interpretación sistemática de las previsiones contenidas en el art. 119 de la LECRIM en el que, a falta de la asistencia del representante especialmente designado, las actuaciones se seguirán con el abogado de la entidad.

⁶⁷ NEIRA PENA, A. M., «La representación en el proceso penal de la persona jurídica imputada. Humanización, autodefensa y conflicto de intereses», en MORENO CATENA, V., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 299.

⁶⁸ Sobre las consecuencias de una extensión generalizada de los programas de cumplimiento normativo de la empresa en perjuicio de los derechos individuales, véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Cuestiones fundamentales de Derecho Penal Económico*, Editorial IB de F, Montevideo, 2014, p. 61

⁶⁹ Véase, STS 440/2018, de 4 de octubre de 2018, ponente Lamela Díaz (ECLI:ES:TS:2018:3291), La STS 430/2020, de 9 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2848), Carmen Lamela Díaz, STS 6/2021, de 13 de enero de 2021, Leopoldo Puente Segura (ECLI:ES:TS:2021:11).

5. La intromisión en el sustrato organizativo de la persona jurídica: Acceso a despachos, taquillas y oficinas de los empleados. La doctrina de la expectativa razonable de privacidad.

Hemos significado como los intereses de las personas jurídicas no pueden quedar limitados al ente dotado de personalidad jurídica, sino que estas diligencias suponen en muchos casos una intromisión tanto o más grande respecto de aquellos otros intereses que constituyen el sustrato organizativo de la empresa como pueda ser la clientela, los acreedores, los proveedores, los empleados, etc.

Como indicamos al principio de nuestra exposición, la jurisprudencia que nace del caso *Transpi-nelo* pone de manifiesto como en torno a las personas jurídicas se crean toda una serie de *expectativas e intereses legítimos nacidos al amparo del carácter estable que se predica de estas organizaciones*. Es por tal razón, que el registro del despacho de un trabajador puede afectar, simultáneamente, al derecho a la inviolabilidad domiciliaria de la entidad y a la intimidad o privacidad del empleado que lo utiliza en su desempeño profesional. En este contexto, la facultad de exclusión, que está en la esencia del derecho a la intimidad, queda relativizada por la concurrencia de los intereses corporativos propios de la organización.

La delimitación entre uno y otro ámbito ha sido abordada por la doctrina y la jurisprudencia atendiendo al *criterio de la expectativa razonable de privacidad*, esto es, la asunción al tiempo de relacionarse el individuo con la persona jurídica de una posición jurídica, entre lo que es razonable y se suele reconocer en estos casos como propio del poder organizativo de la empresa y lo que es lo propio de la condición del empleado, cliente o socio. Tal como sostiene NEIRA PENA esta es cuestión que es susceptible de modulación a través de la comunicación a los trabajadores de las reglas que determinan los usos permitidos y prohibidos de los espacios físicos y virtuales que el ente pone a disposición de sus empleados, así como de los controles que la entidad puede desarrollar en los espacios de la organización de uso privativo de sus miembros⁷⁰.

Cabe preguntarse si la mera expectativa razonable de privacidad del trabajador es suficiente para negar la entrada y registro a los investigadores a una entrada y registro consentida por el empresario. En principio parece claro que el trabajador no puede negar la entrada a los investigadores a su despacho profesional, al igual que no puede impedir el registro de un automóvil o un trastero de su propiedad. Se trata de diligencias realizadas por los investigadores en el ámbito de su competencia y respecto de la que se encontrarían habilitados por la persona que detenta la titularidad de las instalaciones que son objeto de registro. Sin embargo, como señala ECHARRI CASI no debe confundirse la titularidad de la persona jurídica, con el derecho a la intimidad de aquellas personas físicas (directivos, empleados) que puedan verse afectados por la diligencia⁷¹.

⁷⁰ NEIRA PENA, A. M., «La representación en el proceso penal de la persona jurídica imputada. Humanización, autodefensa y conflicto de intereses», en MORENO CATENA, V., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 300.

⁷¹ ECHARRI CASI, Fermín Javier. «La diligencia de entra y registro en despachos profesionales», *Diario La Ley*, N° 8260, Sección Doctrina, 27 de febrero de 2014, Año XXXV, Ref. D-66, Editorial La Ley, La Ley Penal, n° 929/2014, p.7.

En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI estima, que, si del desarrollo ordinario de la actividad en la empresa se infiere que los despachos o espacios similares de directivos o empleados son inmunes a la actuación de la entidad, entonces sería ilegítimo que esta inspeccionase por sí misma esos lugares o que autorizase que lo hicieran las autoridades de persecución penal. Distinto será el caso, sigue diciendo el indicado autor, en que «existen protocolos o reglas claras de uso de los espacios que advierten de la facultad de inspección por parte de la empresa», en tal supuesto ninguna objeción habría al registro policial autorizado por los responsables de la empresa⁷².

En el caso concreto de la relación laboral, la jurisprudencia no había sido uniforme en orden a fijar el *canon de la confidencialidad* del empleado en el marco de la investigación penal de las personas jurídicas. Dada la indefinición de esta posición jurídica, la jurisprudencia, en unas ocasiones ha procedido a establecer una expectativa razonable de privacidad de sus comunicaciones, *cuando no se establecen reglas de uso o se permite su utilización con fines personales*, véase así las STS de 26 de septiembre de 2007, 8 de marzo 2011 y 6 de octubre de 2011, en las que se modula el poder de dirección y control empresarial en atención a las expectativas del empleado ante la falta de previsiones específicas por parte de la empresa⁷³. En otras ocasiones se ha tomado en *consideración aspectos puramente formales*, así la STC 170/2013, de 7 de octubre (BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2013) señala que una mera prohibición de uso personal de las herramientas de trabajo establecida en convenio colectivo se consideró suficiente para legitimar el control de las comunicaciones electrónicas y de cualquier otro documento hallado en el ordenador o dispositivo facilitado al trabajador por la empresa.

Esta jurisprudencia fue acogida y confirmada por diferentes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han establecido los criterios para delimitar el acceso a la información corporativa, en atención a ciertos estándares que han venido a conocerse como el *test Barbulescu*⁷⁴. Este canon interpretativo, establecido por la STEDH de 5 de diciembre de 2017, se fundamenta en el modo como se configure la relación laboral, particularmente las advertencias en orden al uso que deba darse a los recursos facilitados por el empleador y las facultades de exclusión en orden a su acceso. La STS 489/2018, ponente Javier Hernández García, va más allá incluso tomando en consideración para fijar este canon, el uso y la tolerancia social⁷⁵.

La jurisprudencia que nace del caso *Barbulescu* reconoce la potestad del empresario de fiscalizar las comunicaciones electrónicas de los trabajadores cuando el empresario pone a disposición de aquellos los instrumentos y prohíbe mediante normativa interna el uso privado de tales medios.

⁷² GASCÓN INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 843.

⁷³ Véase GOÑI SIEN, José Luis, «La vigilancia empresarial de las conversaciones electrónicas de los trabajadores. A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016, “Barbulescu v. Rumania”», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 18, 2016.

⁷⁴ STEDH, Barbulescu contra Rumania de 5 de septiembre de 2017, demanda nº 61496/08.

⁷⁵ Véase a sí el fundamento jurídico séptimo párrafo quinto de la citada sentencia: «...la clave de la ilegitimidad de la intromisión y, consiguientemente, de la nulidad probatoria se sitúa en la vulneración de la expectativa de intimidad por parte del trabajador. Una expectativa, basada en un uso social de tolerancia respecto de una moderada utilización personal de esos instrumentos, que, no es ajena a los contenidos de la protección constitucional del derecho a la intimidad».

Deja, sin embargo, importantes interrogantes sin resolver⁷⁶. En concreto, se plantea el problema de la *monitorización y seguimiento de la actividad de los trabajadores* de la empresa cuando existen sospechas de un comportamiento desleal.

En sentencias posteriores el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado los casos de monitorización en supuesto de existencia de sospechas fundadas de conductas irregulares del trabajador. Así, en el caso de la sentencia *Köpke*, ante la sospecha de robos en el interior de los almacenes por los empleados de la empresa, se admitió la videovigilancia durante un periodo de tiempo limitado y referida a los dos trabajadores sospechosos⁷⁷. Solución contraria a la adoptada en el caso de la sentencia *López Ripalda*, en el que ante la falta de elementos del inventario y bajo la sospecha generalizada frente a todos los empleados se sometió a estos durante cuatro meses a videovigilancia mediante la instalación en el interior de la empresa de cámaras de seguridad⁷⁸. A diferencia del caso *Köpke*, en el que la medida de vigilancia fue limitada en el tiempo -se llevó a cabo durante dos semanas y la medida se aplicó únicamente a dos empleados-, en el caso *López Ripalda* la decisión de adoptar medidas de vigilancia se basó en una sospecha general frente a todo el personal, habida cuenta de las irregularidades reveladas con anterioridad por el gerente de la tienda.

La solución alcanzada difiere sin embargo cuando la intromisión afecta al *acceso a las comunicaciones o al entorno digital*. Es el caso de la STS del pleno 328/2021, de 22 de abril en la que se confirma la condena al empresario por el acceso a una cuenta de correo corporativa que llevó a efecto al objeto de constatar la entrega de información a la competencia, en la que se señala:

«El trabajador que conoce la prohibición de utilizar para fines particulares los ordenadores puestos a su disposición por la empresa y, pese a ello, incumple ese mandato, incurre en una infracción que habrá de ser sancionada en los términos que son propios de la relación laboral. Pero esa infracción no priva al trabajador que incurre en ella de su derecho a definir un círculo de exclusión frente a terceros, entre los que se incluye, desde luego, quien le proporciona esos medios productivos. De admitir esa artificial asimilación a la hora de pronunciarnos sobre la legitimidad de la injerencia, estaríamos olvidando la propia naturaleza del contrato de trabajo por cuenta ajena. Los elementos de disponibilidad del derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad de las comu-

⁷⁶ Otra de las cuestiones que la doctrina Barbulescu no aborda es la relativa a la exclusividad del acceso a la información por razón de la atribución a título personal de una cuenta de correo, vinculado a un usuario definido y una contraseña. En el caso, de la STS 56/2022, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2022:132), ponente Javier Hernández García, se aborda la cuestión del carácter corporativo o no de cuentas asignadas a un socio de una empresa respecto de los que se había accedido por uno de los socios para probar la falsedad de el documento privado de reconocimiento de deuda y cuya no admisión en juicio determinó la absolución del encausado. En el caso analizado los responsables de la empresa crearon cuentas corporativas de correo electrónico identificadas por el nombre de los distintos departamentos que la integran y con una clave de acceso común. Pero no lo es menos que los sistemas de correo corporativo permiten la vinculación a cada una de ellas de diferentes "alias" que se convierten en usuarios individuales de dicha concreta cuenta. De tal modo, para acceder a esta, la persona a quien corresponde el "alias" vinculado, debe, en el frontend del sistema, registrarse mediante su nombre de usuario y la clave o password. Desde ese momento, el uso de la cuenta se privatiza, en particular cuando el usuario la utiliza para enviar contenidos a otros usuarios del sistema o externos a este.

⁷⁷ STEDH (Gran Sala) *Köpke contra Alemania* (dec.) núm. 420/07, 5 de octubre de 2010.

⁷⁸ STEDH (Gran Sala) *López Ribalda y otros contra España* de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13).

nicaciones no pueden abordarse con quiebra del principio de proporcionalidad. De hecho, la efectiva vigencia de aquellos derechos del trabajador no puede hacerse depender exclusivamente de un pacto incondicional de cesión en el que todo se vea como susceptible de ser contractualizado».

La disposición final 13 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre procedió a la reforma del art. 20 bis del Estatuto de los Trabajadores, reformado simultáneamente por la disposición final decimotercera, el cual ha quedado, por su parte, con la siguiente redacción:

«Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

Todo lo cual nos pone de manifiesto que la cuestión se complica cuando el acceso que se pretende lo es a la información más sensible de la empresa a la que se refiere el art. 554.4º de la LECrim. En la mayoría de los casos esta información estará custodiada en estos dispositivos informáticos, y de ordinario va a afectar de un modo u otro a todos los empleados de la empresa. No es admisible en estos casos equiparar dicha información a la contenida en un lugar cerrado, y de algún modo el consentimiento de los responsables de la persona jurídica puede resultar insuficiente, al afectar y lesionar la intimidad de su entorno organizativo y en particular de sus empleados y directivos.

Debe tenerse presente que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han ido extendiendo la protección domiciliaria a entornos que hasta hace poco eran extraños a la privacidad, como pueda ser la protección de datos⁷⁹. Por otra parte, existen intereses afectos a la intimidad de las personas que son tanto o más sensibles que la protección del domicilio, véase el caso de la historia clínica o el secreto del abogado.

Sin embargo, como veremos la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha afirmado que *no es posible trasladar directamente los criterios empleados en el ámbito laboral a la investigación penal*. La STS 528/2014, de 16 de junio, ponente José Manuel Maza Martín, respetando los criterios contenidos en las resoluciones de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, y avallados por el Tribunal Constitucional, estimó que los postulados allí mantenidos, respecto de la no exigencia de autorización judicial previa, debían quedar restringidos a ese ámbito laboral, sin

⁷⁹ La LO 3/2018, de 5 de diciembre aborda esta cuestión desde el punto de vista de la protección de datos: «1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador; 2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos; 3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores. El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado».

que en modo alguno pudieran extenderse al enjuiciamiento penal. En la sentencia del pleno 328/2021, de 22 de abril, se aborda la diferencia cualitativa existente entre la iniciativa meramente particular y la pública, destacando como con relación a esta última, a diferencia de la relación laboral, no es posible, ni asumible una cesión anticipada o renuncia al espacio de la intimidad virtual.

Por su parte *la entrada y registro consentida voluntariamente tiene a su vez sus propias especialidades*. La extensión de las prerrogativas del empleador en el caso de los entradas y registros voluntarias a requerimiento de los investigadores se encuentra estrechamente vinculada al ámbito de la relación laboral, toda vez que los investigadores lo que llevan a efecto es subrogarse en las facultades de supervisión del empresario.

En principio, la propia condición del trabajador dentro del proceso organizativo y su sumisión al poder de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales contemplada en el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores habrá de resultar habilitación bastante, en la medida que el empleo de los instrumentos de trabajo en orden a la comisión de un delito implica de suyo comprometer la actividad de la empresa.

Como señala ECHARRI CASI, tampoco es descartable que la empresa cuente con protocolos o reglas del uso de los espacios internos, en cuyo caso el registro policial podría estar autorizado sin necesidad del consentimiento del directivo o usuario del espacio afectado⁸⁰. Nos encontramos ante una habilitación de los investigadores que no puede ir más allá del poder de intromisión que cuenta el empresario, y que en consecuencia tiene un ámbito mucho más restringido que el que pueda tener una habilitación judicial.

Pero es que, además, en el caso de entradas y registros voluntariamente consentidas por el empresario, el margen de apreciación de lo que constituye la privacidad se hace desde el punto de vista de un conflicto entre el empresario y el trabajador, que es el que prevé y regula la relación laboral, pero no tiene en cuenta otros escenarios. Es por esto por lo que la sola disciplina de la relación laboral es insuficiente para determinar las facultades de los investigadores, debiendo existir previsiones específicas al margen de los intereses de empresario y empleador, y en interés de toda la organización.

Así junto a la normativa laboral, en el caso de los registros voluntariamente consentidos, deben tenerse igualmente en cuenta las previsiones de cumplimiento normativo a las que toda la organización y muy en particular los medios humanos de la empresa se encuentran vinculados. De algún modo el marco estatutario al que anteriormente nos hemos referido, deberá prever estas situaciones y actuar conforme a la normativa de cumplimiento acordada por la empresa.

No hemos de concluir este apartado, sin la referencia al escenario que se abre tras la habilitación del acceso por la fiscalía a cualquier otro lugar cerrado que no tenga la condición de domicilio de

⁸⁰ La STS 489/2018, 23 de octubre [28079120012018100512], ponente Antonio del Moral, a la que luego aludiremos, que aborda la cuestión del entorno digital, declara que existe una diferencia no simplemente cuantitativa, sino también cualitativa entre lo que supone registrar los cajones de la mesa que un empleado despedido venía utilizando, o sigue usando; y el acceso a un dispositivo electrónico de uso exclusivo como es un ordenador. «En este caso hay un plus determinado no solo porque puede suponer desnudar virtualmente a una persona, sino porque incide también en otro derecho de nueva generación como es la autodeterminación informativa».

los arts. 546 y 547 LECrim. Como ha quedado apuntado en líneas precedentes, si bien el tenor literal de estos preceptos contiene una casi ilimitada extensión de la privacidad al requerir autorización judicial para cualesquiera lugares o espacios cerrados, tal previsión, sin embargo, ha sido matizada por la jurisprudencia que ha restringido el alcance del precepto a aquello que propiamente afecte a la intimidad de las personas. La cuestión que se presenta ahora es la posibilidad de acceder a cualquier lugar cerrado por una decisión de la fiscalía sin recabar autorización judicial y sin el consentimiento de las personas afectadas. El párrafo segundo, del artículo 46 de la LFE, señala que «la entrada en lugares cerrados que no tengan la consideración de domicilio se llevará a cabo por el Fiscal europeo delegado o por la Policía Judicial bajo autorización previa de esta acordada mediante decreto». Conforme hemos expuesto anteriormente la condición de domicilio de las personas jurídicas no atiende tanto a la consideración del ente que conocemos como persona jurídica, como a la esfera de intereses que constituyen el sustrato organizativo de la empresa y entre los que hemos identificado, junto a accionistas, acreedores y proveedores a los propios trabajadores de la empresa. El hecho de la habilitación que pueda conferir el empresario a los investigadores o la fiscalía no desdice cuanto estamos señalando. La habilitación que la LFE confiere al fiscal, debe entenderse, así, desde el punto de vista de la libertad de autodeterminación informativa y la expectativa razonable de privacidad que tenga el empleado en el marco de una entrada y registro que no deja de tener la condición domiciliaria.

6. Exclusiones al registro voluntario

Como hemos señalado la Ley de la Fiscalía Europea, si bien admite que el fiscal pueda acordar el registro de cualesquiera lugares cerrados que no tengan la condición de domicilio y admite como modo normal de registro del domicilio de las personas jurídicas aquel que se haya de llevar a efecto con el consentimiento de sus administradores, rechaza la posibilidad de hacer extensivo este tipo de registros en determinados supuestos en que puede verse afectado el secreto profesional o empresarial. Concretamente se refiere a los despachos u oficinas donde se desarrollen actividades afectas al secreto profesional, como en las cajas de seguridad que se hallen en entidades bancarias u otras instalaciones específicamente dedicadas a su custodia.

Nos encontramos ante unas previsiones que se encuentran en línea con el derecho de exclusión respecto de intereses especialmente sensibles que ostentan las *terceras personas extrañas al procedimiento*. Estas han concertado un contrato de gestión o administración de sus intereses y no es posible que pueda ser fiscalizada su actuación por el sólo hecho de haber confiado aquellos intereses a la persona jurídica investigada. Ciertamente los arts. 588 bis h y 588 ter c, habilitan la posibilidad de que las diligencias de investigación ordenadas por el juez puedan afectar a terceras personas extrañas, pero cuando así lo hace, lo es en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas. No es el caso de los registros voluntarios y las entradas en lugar cerrado que eventualmente puedan ser autorizadas por el Ministerio Fiscal. La Ley de la Fiscalía Europea ha sido consciente de estas limitaciones y ha procedido a excluir determinados terceros por razones de orden público, en unos casos y en otras para preservar los supuestos más flagrantes afectos al núcleo duro del derecho a la intimidad.

6.1. Exclusión del registro voluntario de las personas y entidades jurídico-públicas

La exclusión del registro voluntario de las personas y entidades públicas en principio no es cuestión que afecte a la privacidad, respecto de la cual como hemos visto las entidades públicas carecen. De hecho, el art. 546 las equipara al acceso a lugar cerrado, previniendo en el art. 564 de LECrim que para llevarla a efecto resultará bastante que se oficie a la Autoridad o jefe de que aquéllos dependan en la misma población⁸¹.

La justificación de esta exclusión viene dada, en mi opinión, por cierta desconfianza por parte del Estado Español hacia un organismo internacional que al fin y a la postre es extraño a la estructura de poder del Estado, y cuya actuación puede comprometer gravemente intereses de orden público superior como puede ser el tratamiento de información legalmente clasificada.

Desde este punto de vista, hubiera sido más coherente haber adoptado soluciones de compromiso mediante una intermediación de la Fiscalía española, al objeto de conjurar las eventuales suspicacias respecto a la intromisión de la Fiscalía Europea en cuestiones relativas a información reservada o que puedan comprometer la actuación del Gobierno de la Nación. La solución de acudir al juzgado para obtener una eventual autorización, respecto de algo que no está ni tan siquiera correctamente definido y cuya restricción viene teñida de un juicio de oportunidad, personalmente entiendo que no es la solución más adecuada.

6.2. Exclusión del registro voluntario de partidos políticos y sindicatos

En el caso de partidos políticos y sindicatos, la exclusión resulta si cabe más sospechosa. Debemos tener presente que la reforma de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, supuso el punto final para la situación de privilegio que ostentaban estos respecto del resto de personas jurídicas, y no se entiende como ahora transcurridos diez años después vuelva a resucitarse una exclusión carente de objeto. Los partidos políticos no son detentadores de una especial posición en orden a la protección del derecho a la intimidad, ni están obligados a guardar secreto profesional o de ningún otro tipo. Quizás la única razón que podría justificar la exclusión sea el acceso a la lista de afiliados y datos de carácter personal en orden a la orientación ideológica de aquellos.

En este caso lo procedente hubiera sido excluir el acceso a este tipo de información, pero no a la entera información en su conjunto, lo que huele a privilegio de clase y respecto de lo que ni tan siquiera queda perfectamente determinado las razones y el interés superior que son objeto de exclusión. Debe tenerse presente, que, si bien estamos hablando de registros voluntarios y consentidos, el rechazo al acceso a los investigadores y la obstrucción a la acción de la justicia implicaría de suyo una quiebra grave de las estrictas normas de cumplimiento a que estos institutos están sometidos.

⁸¹ El precepto redunda en una protección menor, señalando en su párrafo segundo, que, si éste no contestare en el término que se le fije en el oficio, se notificará el auto en que se disponga la entrada y registro al encargado de la conservación o custodia del edificio o lugar en que se hubiere de entrar y registrar.

6.3. Exclusión del registro voluntario de los medios de comunicación

En el caso de los medios de comunicación, la exclusión resulta de la necesidad de proteger la *cláusula de conciencia* y el *secreto profesional* de los periodistas, particularmente el respeto a sus fuentes de conocimiento, por lo que cabe reproducir todo lo que a continuación se indica respecto de la cláusula de salvaguardia del secreto profesional. La libertad de prensa y el derecho a la información se han configurado como garantías esenciales del ordenamiento jurídico dado que garantizan la formación y existencia de una opinión pública libre.

Tal posición de la prensa se encuentra contemplada en el art. 20 como una modalidad del ejercicio del derecho a la libertad ideológica y en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como condicionante de la libertad de prensa⁸². Este reconocimiento da cabida a determinados *derechos periodísticos*, que fueron objeto de desarrollo a través de la Ley Orgánica 2/1997, reguladora de la cláusula de conciencia, en virtud de la cual el periodista puede rescindir su relación laboral por el cambio de línea ideológica del medio de comunicación al que estaba vinculado, pero no existe una regulación propiamente dicha del secreto profesional⁸³. Tal como sostiene MORETÓN TOQUERO, su articulación se hace al amparo en la legislación penal y concretamente la eximente del art. 20.7 CP de quien «obra en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo» y de las previsiones en orden a la objeción de conciencia del testigo contenidas en el art. 24 del texto constitucional⁸⁴.

En otras ocasiones, el secreto profesional ha entrado en conflicto con la prohibición de censura previa, sobre todo en aquellos casos que la información ha sido obtenida de fuentes espurias, y este hecho es conocido o se le ha hecho saber al medio de comunicación. Esta circunstancia, es de la mayor importancia y nos permite diferenciar los supuestos de censura previa de aquellos otros en que habiendo trascendido información obtenida ilícitamente, véase el caso de información afectada por el secreto sumarial, por medio de una ilícita intervención de las comunicaciones o que puede ser calificada de apología del terrorismo, la prensa es requerida para que cese en la difusión de aquellas al comprometer gravemente los derechos e intereses de las personas. En este sentido, la Circular de la Fiscalía 2/2022, de 20 de diciembre, señala como susceptibles de ser recabadas por los fiscales, las grabaciones periodísticas (STS 180/2012, de 14 de marzo), incluidas las obtenidas mediante la técnica de la cámara oculta siempre que concurren los presupuestos jurisprudencialmente exigidos para ello (STS 167/2020, de 19 de mayo).

Un caso paradigmático, de cuanto venimos señalando son los requerimientos dirigidos a instancia del juzgado central de instrucción número 6 en orden al cese de la publicación de diversas grabaciones obtenidas al encausado en la operación *Tándem*. En noviembre de 2019 el periódico el Confidencial, pese al requerimiento dirigido por el juzgado, continuó publicando las declaraciones. Se informó entonces al Diario que la información publicada estaba comprendida dentro del material intervenido en el procedimiento y se instó a este medio de comunicación para que

⁸² La definición del secreto profesional es una construcción jurisprudencial puesto que no existe una mención expresa.

⁸³ La Constitución Española, es el primer texto de semejante relevancia en recoger este derecho en todo el mundo. CARRILLO LÓPEZ, M, «La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas», Generalitat de Catalunya, Centre d'Investigació de la Comunicació, *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1993.

⁸⁴ MORETÓN TOQUERO, A. *El secreto profesional de los periodistas. De deber ético a derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 120.

cesase en la difusión de aquellos contenidos y que hiciese aportación de «toda la documentación relacionada con la denominada operación trampa»⁸⁵. El hecho es que habiendo sido citado a declarar el director del medio por razón de la comisión de un delito de desobediencia, el diario digital defendió que sus informaciones «han sido veraces, de indudable relevancia pública —así lo acreditan las consecuencias provocadas por las mismas—, y que su difusión responde única y exclusivamente al legítimo interés —que es también un deber— de ofrecer a los lectores [...] el mayor acervo noticioso». Afirmó por último que, cuando hay un conflicto de intereses, debe resolverse reconociendo la prevalencia de la libertad de prensa⁸⁶.

6.4. La exclusión del registro voluntario a la documentación afectada por el secreto profesional

El apartado b del art. 47.2 se refiere a los despachos u oficinas donde se desarrollen actividades respecto a las cuales se reconozca el *secreto profesional*, supuesto este que presenta una gran complejidad, como demuestra la larga literatura en cuanto a su extensión y alcance⁸⁷.

Merced al secreto, los individuos cuentan con una garantía de tipo formal que establece una *presunción iuris et de iure* de que todo lo comunicado entre dos personas, es algo que sólo a aquellos concierne, aun cuando materialmente puede no ser así⁸⁸. La intimidad, dice por su parte GONZÁLEZ GUITIÁN, debe ser un bien jurídico protegido sencillamente porque la total falta de intimidad supone el absoluto e inmediato conocimiento y la constante observación de un individuo; en tal

⁸⁵ «El juez requiere a El Confidencial los papeles del espionaje de BBVA en una nueva pieza», artículo publicado por Beatriz Parera y José María Olmo en *El Confidencial* 15/10/2019 12:55, actualizado 15/10/2019 19:58

https://www.elconfidencial.com/espana/2019-01-15/juez-requerimiento-elconfidencial-papeles-villarejo_1759282/

⁸⁶ Información publicada el 22.11.2019, en el plural, véase https://www.elplural.com/politica/espana/confidencial-prohibicion-publicar-grabaciones-villarejo-prevalece-libertad-prensa_228276102.

⁸⁷ La idea de secreto supone el conocimiento de un hecho reservado una persona o a un círculo definido y cerrado de personas, conscientes de su intransmisibilidad a terceros. Hechos y no meras opiniones o ideas, acaceres o realidades que no han alcanzado trascendencia o dimensión pública, existiendo un interés serio o legítimo en su ocultación. Este concepto ha sido desarrollado mayormente en el campo de la doctrina penal en el que dicha noción tiene una repercusión más directa. En este sentido es paradigmática, la definición de RODRÍGUEZ DEVESA para quien ha de reputarse secreto un hecho sabido sólo en un círculo limitado de personas, respecto del cual el afectado no quiere conforme a su interés, que sea conocido por otros (RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed. revisada y puesta al día por Serrano Gómez A., Dykinson, Madrid, 1995, p. 337). Como observa BAJO FERNÁNDEZ, que los derechos de la personalidad no son derechos subjetivos, ni facultades derivadas de la norma objetiva, porque en realidad integran la propia entidad personal del sujeto a quien se atribuye la personalidad. Es por estas razones por las que ha predominado más bien un concepto negativo del derecho a la intimidad reconocido como derecho fundamental en el art. 18.1 de la Constitución. Se ha valorado más en la perfilación de sus contornos, la facultad de exclusión de injerencias de terceros en la esfera íntima, de sobre un espectro de libertades básicas asistentes a los integrantes del grupo social. No obstante, siguen en marcha un proceso evolutivo. De la mera situación defensiva o de rechazo por parte del individuo, se ha pasado paulatinamente al reconocimiento de un derecho contractual sobre cuanta información se refiere a la propia persona. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «El secreto bancario como secreto profesional en el Proyecto del Código Penal Español de 1980», en *Revista de Derecho Penal*, num. 2, FCU, Montevideo, 1980, p. 6.

⁸⁸ GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis, «La protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas», en *Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal*. Dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL y coordinados por Miguel BAJO FERNÁNDEZ, t. VII, ed. *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, p 63 y ss.

situación no habría pensamientos privados, ni lugares privados, todo lo que el individuo pensare e hiciese sería inmediatamente conocido por los demás.

Es por esto por lo que *el secreto profesional no es sino una manifestación de la privacidad de las comunicaciones cualificada por la confianza* que el cliente deposita en el profesional por razón de sus conocimientos cualificados en una materia determinada. Esta relación de confianza está en la razón de ser última de esta exclusión, en la medida que la normativa de cumplimiento interno del despacho o persona jurídica objeto de registro no puede en ningún momento amparar una intervención que comprometa esta relación de confianza. De la importancia que la propia ley concede al secreto profesional es un ejemplo el art. 24.2 segundo párrafo del texto constitucional al señalar que «La ley regulará los casos en que por razón de parentesco o del secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

Lo que no determina la ley de la Fiscalía Europea es cual sea el *contenido y alcance del secreto profesional*, remitiendo al intérprete a un concepto jurídico indeterminado respecto del cual es complejo identificar su alcance último. Lo que parece claro, es que no todo profesional puede quedar amparado en esta prerrogativa. Un buen criterio interpretativo sobre el alcance de lo que se indica se encuentra en el art. 199 del Código Penal, que castiga al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona.

El fundamento de la tutela penal contenida en dicho precepto se encuentra en la obligada introducción de otra persona en el ámbito de la intimidad personal o familiar propia, que debe hacer quien quiera recibir determinados servicios (STS 809/2017, de 11 de diciembre de 2017, ponente Berdugo Gómez de la Torre, ECLI:ES:TS:2017:4727). La obligación de reserva del profesional y que da sentido al precepto, se encuentra en la propia condición del servicio prestado que exige la transmisión de información confidencial por razón de la función encomendada. Dicha función viene reglamentada por las reglas deontológicas de la profesión que hace al profesional rehén de la información facilitada, asumiendo por este hecho la condición de confidentes necesarios (art. 10 de la LORTAD).

La vulneración del secreto profesional sólo se puede entender producida como consecuencia del quebrantamiento de los compromisos de secreto que están legalmente sancionados, sin comprender la simple infracción de deberes éticos profesionales o deontológicos sin respaldo jurídico obligatorio. Así lo resalta expresamente el precepto anteriormente indicado al exigir que el profesional actúe «con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva», lo que reenvía obligadamente a obligaciones respaldadas legal o reglamentariamente⁸⁹.

Tal exigencia, determina que deba acudir a la reglamentación de la respectiva profesión para saber cuáles son estos deberes específicos de sigilo y reserva. Además, en las respectivas normativas reguladoras de la obligación de secreto profesional se contiene generalmente sanciones

⁸⁹ En este sentido el ATS de 14 de octubre 2008, recuerda que se trata un delito especial ya que en él sólo puede ser sujeto activo la persona que menciona el apartado 2º, el profesional. Es necesario que el secreto se conozca en virtud de la relación profesional y además es necesario que se divulgue, en el caso que nos ocupa la penalidad es mayor al tratarse de una actividad profesional que tiene su código deontológico, y una normativa especial de carácter disciplinario o colegial, que regula los deberes específicos de sigilo que incumben a la respectiva profesión. Éste es el caso de profesiones reglamentadas cuyo ejercicio requiere título académico oficial y la colegiación.

disciplinarias por su incumplimiento. La jurisprudencia ha fijado la línea divisoria entre el ámbito disciplinario y el penal en la afectación del derecho al honor objetivada por el hecho de la revelación de un secreto⁹⁰. El art. 7.5 LO 1/82 del 5.5, de protección del honor, la intimidad y la propia imagen, considera expresamente como intromisión ilegítima la *revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional de quien los revele*. Por secreto ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine.

En lo que concierne a la exclusión contenida en el art. 47 de la Ley de la Fiscalía Europea, entendemos que contiene una referencia a esta idea de secreto en sentido estricto, para la que no resulta bastante la mera indiscreción, es necesario además que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender. Por ello y siguiendo la jurisprudencia penal, debe reducirse el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica, relevancia que, sin duda, alcanza el hecho comunicado, por cuanto lesiona la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, lo cual es necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana (STC 57/1994 de 28 de febrero, BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994, F. J. 5).

En lo que al secreto profesional de los abogados se refiere, resulta manifiesto la extensión de estas previsiones en lo relativo a los despachos de abogados, por más que la Ley contenga disposiciones específicas como es la de notificar la resolución del Fiscal delegado al «Decano del Colegio concernido o a quien estatutariamente le sustituya, para que pueda asistir a la diligencia de registro»⁹¹. El cumplimiento de dichas previsiones no ampara a que el Fiscal pueda ordenar la entrada al amparo del consentimiento que puedan prestar los responsables del despacho en cuestión. Resulta claro, que una diligencia que afecta tan seriamente a la esfera íntima de las personas y a la tutela judicial efectiva hace imprescindible la autorización judicial, y esto, no sólo para velar que se dan los presupuestos para ello, sino todo para determinar el modo y forma en que se deba llevar a efecto.

De igual modo, y pese a no tener la condición de domicilio, los *hospitales y los centros médicos* deberán de gozar de la especial protección que se deriva de la confidencialidad de la documentación clínica y la que es propia del ingreso de los pacientes dentro de los centros hospitalarios (véase art. 10.1 Ley General de Sanidad y art. 7 de la ley 41/2002 de autonomía del paciente). La recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre Datos Médicos, de 13 de febrero de 1997, considera que, frente a la prioridad de los derechos de la persona a la confidencialidad de sus datos médicos incorporados a la historia clínica, sólo podrá prevalecer un interés

⁹⁰ La STS 574/2001 de 4 abril, ponente Martínez Arrieta [ECLI:ES:TS:2001:2826] y el auto 417/2002 de 18 febrero, ponente Sánchez Melgar [ECLI:ES:TS:2002:8086A], recuerdan que la acción típica consiste en divulgar los secretos de una persona entendida como la acción de comunicar por cualquier medio, sin que se requiera que se realice a una pluralidad de personas toda vez que la lesión al bien jurídico relativo a la intimidad se produce con independencia del número de personas que tenga el conocimiento

⁹¹ Véase art. 24 del Estatuto General de la Abogacía, Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, previene que Los Decanos de los Colegios, quienes estatutariamente les sustituyan o quienes para tal fin fueran designados por el Decano, asistirán a petición del interesado a la práctica de los registros en el despacho profesional de un profesional de la Abogacía y a cuantas diligencias de revisión de los documentos, soportes informáticos o archivos intervenidos en aquél se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional y, especialmente, porque el registro así como el resto de las actuaciones, a las que también asistirán, se limiten exclusivamente a la investigación del ilícito por razón del cual fueron acordados

de rango superior a la protección y la promoción de la salud pública, que debe ser siempre concreto y hallarse adecuadamente motivado.

Además, introduce tres criterios básicos para la ruptura de la confidencialidad de los datos médicos:

- Primero, el escrupuloso respeto al *principio de reserva de ley*, lo que supone que las excepciones deben estar previstas en Leyes, con las garantías que ello comporta, y no en normas de nivel meramente reglamentario.
- El segundo criterio dice que toda información relativa a los datos médicos del paciente, en especial los que afectan de manera directa a su intimidad, debe ser *obtenida, tratada y custodiada por profesionales de la salud*.
- En tercer lugar, que sólo en casos excepcionales y por intereses generales muy relevantes, previamente fijados por la ley, se podrá *prescindir del consentimiento del paciente* para la utilización de sus datos sanitarios en beneficio de la sociedad. Se deberá procurar, además, que los datos revelados no incluyan los relativos a la identidad de las personas. Previsiones que se repiten y reiteran en el art. 9.2 del Reglamento de Protección de datos y en el mismo precepto de la LOPD. En concreto, aun admitiendo el acceso que dicha información pueda ser empleada en las investigaciones penales, su acceso debe ser restringido, dentro de unos parámetros de máxima confidencialidad en que se procurará en la medida de lo posible evitar la identificación de las personas afectadas (art. 17.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre).

La STS de 30 de octubre de 2020, ponente Sanchez Melgar, (Rc 10313/2020 P) ECLI:ES:TS:2020:3772, aborda la *condición singular de los espacios médicos*. En la sentencia se reconoce la excepcionalidad de la instalación de una cámara de vigilancia para la averiguación de unos delitos graves, como lo son las muertes violentas que se estaban produciendo en un hospital de uso público. En estos casos una medida de este tipo puede resultar imprescindible dada la evidente alarma que suscita en la ciudadanía, por ello dice la sentencia, tal investigación se ha de llevar a cabo por todos los medios legítimos al alcance de las autoridades dedicadas a su esclarecimiento, y entre tales medios, aquellos que puedan afectar a derechos fundamentales que deben ser autorizados judicialmente, como sucedió en el caso, al autorizar el uso de una cámara de vigilancia en los pasillos del citado hospital. La adopción de tal medida debe cumplir con los requisitos de necesidad, proporcionalidad, especialidad e idoneidad, en el que serán sopesados todos los bienes jurídicos en juego. En el caso, la autoridad judicial valoró todas las circunstancias concurrentes para autorizar la colocación de cámaras ocultas (es decir, sin aviso de su existencia) lo que determinó que el Tribunal declarase su legitimidad constitucional.

Ciertamente en la sentencia se indica que la vigilancia en el pasillo de distribución a las habitaciones del hospital es una medida que invade de forma menos trascendente la intimidad de las personas, pues no se afectan aquellos lugares de mayor intensidad que precisarían una mayor exigencia en el control de su necesidad. Con todo, nos encontramos en un lugar de especial protección en atención a la situación de postración y dolor que es inherente a la enfermedad y que requiere especiales previsiones que sólo al juez de garantías es dable apreciar.

De igual modo debería de quedar excluida del poder decisorio del fiscal delegado la entrada y registro en los *lugares de culto y templos religiosos*. El art. 549 en su redacción originaria, da por

supuesto la necesidad de autorización judicial para el acceso los templos y demás lugares religiosos siquiera sea con la previsión de pasar recado de atención a las personas a cuyo cargo estuvieren, pero no previene expresamente hacer extensivo frente a estos la consideración de domicilio. La extensión de las previsiones del apartado 4 del art. 554, respecto a la condición de centro de dirección pueden resultar igualmente dudosas, por cuanto que en la mayoría de aquellos no están destinados a estos menesteres. De igual modo resulta discutible que pueda hacerse extensiva esta condición, al lugar donde se conserven soportes de la vida diaria reservados al conocimiento de terceros. Con todo, parece claro que el respeto a la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades esta fuera de toda duda y cualquiera que sea la dicción del precepto, deberían de requerir indefectiblemente autorización judicial. Así resulta del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos económicos, firmado en Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979 y del propio texto constitucional. Igualmente, y en relación con la comunidad Islámica, la misma idea se contiene en el art. 2 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España en el que se señala que los lugares de culto de las Comunidades Islámicas miembros de la «Comisión Islámica de España» gozan de inviolabilidad en los términos establecidos por las Leyes.

En lo que, a los registros voluntarios y eventualmente respecto de los que se puedan llevar a efecto en lugares cerrados que no tengan la condición de domicilio, la cuestión que se plantea no ya es el acceso al lugar de culto, sino la intromisión en las celebraciones que eventualmente se estén llevando a cabo. En este punto, el hecho de que el templo este abierto al público, a diferencia de los establecimientos de recreo exigiría una protección singular. En este sentido, es de tener presente las previsiones contenidas en el art. 523 del Código Penal, al calificar como constitutivo de delito la intromisión con violencia e intimidación en los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior.

6.5. Otros intereses afectados. Datos sensibles custodiados en dependencias de la empresa. Especial referencia al secreto bancario

Resulta claro que la relación de exclusiones contenida en el art. 43 de la Ley de la Fiscalía Europea no agota todas las posibilidades de exclusión del registro voluntario de los fiscales delegados. Parece claro que con independencia de la tutela domiciliaria nuestro ordenamiento reconoce una serie de datos de contenido sensible cuya protección presenta hoy en día una protección igual mayor que la protección domiciliaria. Nos encontramos ante una categoría de información que se haya directamente vinculada a otros derechos y libertades fundamentales, y que como se señala en el apartado 51 de la exposición de motivos del Reglamento General de Protección de Datos, el contexto de su tratamiento puede entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales. Entre estos el art. 9 comprende todos aquellos que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida o las orientaciones sexuales de una persona física. Esta información incorporada a lugares cerrados, creados específicamente para su custodia, permiten por extensión hacer extensiva la protección de los referidos espacios semejante a los demás supuestos contenidos en el art. 47 de la LFE. En estos casos, el responsable del tratamiento debe utilizar todas las medidas razonables para verificar la

identidad de los interesados que soliciten acceso, en particular en el contexto tanto de los servicios en línea, como de los identificadores en línea. El responsable no debe conservar datos personales con el único propósito de poder responder a posibles solicitudes.

La norma habla de secreto profesional, y no contiene una expresa previsión al *secreto bancario*, más que en lo relativo a las cajas de seguridad en entidades bancarias u otras instalaciones específicamente dedicadas a su custodia. La especial protección con que cuenta dichos depósitos y los enormes costos implícitos a su custodia, no obedece necesariamente a la protección de la intimidad, sino al valor material intrínseco de lo depositado. Es este el riesgo que se pretende conjurar, riesgo que se ve multiplicado por la publicidad de su contenido.

Lo que parece claro es que esta protección especial no cabe hacerla extensiva a otros aspectos de la actividad bancaria. La gestión por las entidades financieras de las cuentas corrientes constituye el respaldo contable mínimo que permite fiscalizar la regularidad de cualquier operación financiera. Como es sabido, la cuenta corriente ejerce además de las tradicionales funciones atribuidas al dinero, las de servicio de caja y liquidatoria. Por tal razón el crédito bancario ha venido a sustituir la función tradicional de la acuñación de moneda ejerciendo funciones que afectan directamente al orden público económico.

Según BARTELLS se puede acudir a *varios principios para fundamentar el secreto bancario en términos jurídicos*. Así, es posible remitir al secreto profesional o al derecho a la intimidad. En el primer caso, la cuestión del secreto bancario es cuestión que deriva de la cuestión deontológica general de que todo profesional debe guardar secreto con relación a las cuestiones que atañen a su cliente. Se aduce que al igual que ciertas profesiones requieren del ejercicio de la confidencialidad por parte de quien ofrece el servicio, el secreto bancario es un factor constitutivo de la actividad bancaria. Se enfatiza así que se trata de un deber jurídico (para el banco) que se deriva más allá de la relación contractual. Desde esta perspectiva, la que tiene el derecho a la intimidad como punto de referencia, el secreto bancario es un derecho del cliente, el cual deriva no del contrato que lo liga con el banco, sino de un derecho más general y fundamental, que en la mayoría de los países tiene un rango constitucional⁹².

La relación del cliente con la entidad financiera exige, como se ha indicado, la confidencialidad de los datos de carácter personal, cuya especial protección se extienden a todos los ámbitos. Si la economía de mercado exige acudir al dinero para todas las actividades de la vida, es evidente, que una gran parte de la privacidad de las personas queda expuesta por el hecho de acceso a la información vinculada a las cuentas corrientes⁹³.

⁹² BALTERS VILLANUEVA J. y ARIAS ALPIZCAR, L.M. " El secreto bancario aspectos históricos y problemática actual", *Diálogos, Revista Electrónica de Historia*, vol. 11, nº 1, septiembre 2010 – febrero 2011, p. 73

⁹³ Por último, cabe argumentar la necesidad de las empresas de controlar la información propia que atiende a su giro o tráfico. Conociendo el movimiento contable de las cuentas corrientes, se puede alcanzar una idea muy ajustada de los movimientos de tesorería de la empresa y de liquidez de la misma, afectando directamente al crédito comercial que las mismas pueden ostentar frente a terceros. Se ha venido entendiendo, así, que una difusión parcial e interesada de estos conocimientos puede comprometer las expectativas de la empresa y poner en riesgo el crédito de las mismas frente a terceros.

Como señala BAJO FERNÁNDEZ el fundamento legal del secreto bancario surge como una necesidad natural de la actividad bancaria, y la exclusión de aquel es la excepción a una regla general sólidamente establecida en nuestro derecho. Si bien, no existe en nuestro ordenamiento una norma o ley que consagre el secreto bancario al modo que existe en otros países, véase así EEUU con la Bank Secrecy Act de 1970, el hecho es que su alcance y protección deriva del reconocimiento del derecho a la protección de la intimidad y en particular de la protección de datos⁹⁴.

El caso es que los criterios adoptados por los distintos países no han atendido tanto a la protección de la privacidad, como a exigencias de la economía de mercado, poniendo el centro de la cuestión en políticas económicas de corto alcance que han sido adoptadas en diferentes países por razones de conveniencia. De este modo, como señalan BARTELLS y ARIAS ALPIZAR el secreto bancario no es una norma pétrea que no puede ser derogada ni modificada y por lo tanto su contenido es convencional e histórico, en el sentido que cada época y coyuntura lo entenderá y asumirá de diferente manera, e incluso se puede llegar a derogar totalmente si así lo deciden los responsables de adoptar las decisiones políticas, nacionales e internacionales⁹⁵.

La regulación en materia de protección de datos de carácter personal que se ha desarrollado enormemente en Europa ha contribuido a perfilar aún más la necesidad de mantener en secreto los datos bancarios. Estos son desde luego datos de carácter personal, ya que la propia ley define aquellos como cualquiera información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Esta legislación hoy en día se encuentra plasmada en parte en la legislación de protección de datos, y concretamente en el Reglamento General de Protección de Datos 679/2016, 31 de marzo, y en la Ley 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos de carácter personal y en el ámbito de la investigación penal en la Directiva 680/2016 y en la LO 27/2021. El hecho es que dicha legislación con el transcurso de los años se ha separado cada vez más del derecho a la privacidad y ha puesto su punto de referencia en el derecho de autodeterminación informativa, derecho de carácter instrumental en orden a la protección de otros derechos y cuya tutela se reside principalmente en sede administrativa.

Hoy en día, el secreto bancario se encuentra enormemente limitado como consecuencia de la legislación tributaria y de transparencia fiscal. Las facultades de la administración tributaria en orden a exigir los datos relativos a la situación económica de un contribuyente, resulta hoy casi ilimitada, imponiéndose a los ciudadanos en general y a las entidades bancarias en particular el deber de colaborar en la actividad inspectora o investigadora. Tal habilitación legal se contiene en los arts. 66 y 93 de la LGT en el que dentro del deber general de información, los contribuyentes se encuentran obligados a proporcionar a la Administración Tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumpli-

⁹⁴ Véase en este sentido la STC 110/1984, de 26 de noviembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984), la cual estimo que «el secreto bancario no puede tener otro fundamento que el derecho a la intimidad del cliente reconocido en el art. 18.1 de la Constitución, pues no hay una consagración explícita y reforzada de este tipo de secreto, como la hay del secreto profesional. De forma que lo que se ha dicho antes sobre los límites del derecho a la intimidad es totalmente aplicable al caso en que sea la entidad de crédito la obligada a facilitar los datos y antecedentes que requiera la Inspección».

⁹⁵ BALTERS VILLANUEVA J. y ARIAS ALPIZCAR, L.M. " El secreto bancario aspectos históricos y problemática actual", *Diálogos, Revista Electrónica de Historia*, vol. 11, nº 1, septiembre 2010 – febrero 2011, p. 84.

miento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas, señalando en su apartado 3º que el incumplimiento de este deber de información no puede quedar amparado en el secreto bancario.

Sin embargo, la exclusión del secreto bancario no es total. Concretamente, el apartado 4 del mencionado art. 93 prevé que podrá quedar excluida la obligación de colaborar con la administración tributaria en tres casos.

- a) El secreto del contenido de la correspondencia.
- b) El secreto de los datos que se hayan suministrado a la Administración para una finalidad exclusivamente estadística.
- c) Determinados instrumentos notariales reservados como el testamento y codicilo cerrado y el testamento y codicilo abierto cuando expresamente lo hubieren solicitado los interesados, esta obligación de reserva queda prevista únicamente en el tiempo anterior a que el *de cuius* fallezca, abierta la sucesión tales instrumentos gozarán de la publicidad general en razón al carácter de documento público como son configurados en nuestro derecho.
- d) Las Comisiones rogatorias extrajudiciales, de carácter civil o mercantil, que tengan por objeto la notificación o entrega de documentos, que hayan de practicarse notarialmente en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Estas facultades de la Agencia Tributaria cabe hacerlas extensivas al Ministerio Fiscal. En este sentido la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria habilita expresamente al Fiscal para recabar de la Administración Tributaria los datos, informes o antecedentes necesarios para el desempeño de sus funciones en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada⁹⁶. Resulta indudable la potestad de la Fiscalía y en concreto de la Fiscalía Europea para entrar a conocer los datos en principio amparados por el secreto bancario. La Fiscalía cuenta con la condición de autoridad independiente en materia de protección de datos por razón de su sometimiento al principio de legalidad e imparcialidad. En este sentido, la Directiva 2016/680 identifica junto a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal al establecer que los Estados miembros pueden disponer que la competencia de la autoridad de control no abarque el tratamiento de datos personales realizado por otras autoridades judiciales independientes en el ejercicio de su función jurisdiccional, por ejemplo, la fiscalía (considerando 80 y art. 45.2)⁹⁷.

Los tribunales han otorgado validez a la documentación recabada por el Ministerio Fiscal de las entidades bancarias en el seno de las diligencias de investigación. La STS 986/2006, de 19 de junio, desestimó en su momento el recurso basado en que las informaciones facilitadas por las entidades bancarias en las diligencias de investigación del fiscal no fueron refrendadas mediante autorización judicial, recordando el Alto Tribunal que el fiscal, en virtud de los arts. 4, 5, y 18 bis

⁹⁶ También el art. 43.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, faculta al Ministerio Fiscal para acceder al Fichero de Titularidades Financieras con ocasión de la investigación de los delitos relacionados con el blanqueo de capitales y/o la financiación del terrorismo. La Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, ha ampliado las posibilidades de acceder a dicho fichero, permitiendo que los fiscales puedan consultarlo para la investigación de cualesquiera delitos graves.

⁹⁷ Véase Instrucción 2/2019, de 20 de diciembre, de la fiscalía general del Estado, sobre la protección de datos en el ámbito del Ministerio Fiscal: el responsable y el delegado de Protección de Datos. BOE de 2 de febrero de 2020

EOMF, «puede requerir a las Administraciones Públicas, entidades, sociedades y particulares las informaciones que estime precisas en el curso de sus investigaciones». En este mismo sentido, véase las SSTs 986/2006, de 19 de junio y 374/2020, de 8 de julio)⁹⁸.

Más discutible resulta la consideración del Ministerio Fiscal como «autoridad judicial». La instrucción de la Fiscalía de 2019 significa como argumentos el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 o la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. La propia Directiva 41/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, fija un concepto único de autoridad judicial que se define en el art. 2 como: Juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción o fiscal competentes en el asunto de que se trate. En esta línea, la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación se refiere al fiscal como autoridad de emisión y ejecución (art. 187).

Debe señalarse que, puesto que el Ministerio Fiscal es una autoridad que participa en la administración de la justicia penal de un Estado miembro (véase, en ese sentido, la sentencia de 29 de junio de 2016, *Kossowski*, C 486/14, EU:2016:483, apartado 39), la resolución de tal autoridad debe considerarse como una «resolución judicial» en el sentido del art. 8, apartado 1, letra c), de la Decisión Marco. Sin necesidad de ir tan lejos, el propio articulado del texto constitucional español reconoce esta condición en el art. 126 al señalar que la policía judicial dependerá de jueces, fiscales y del ministerio fiscal.

Recientemente, sin embargo, la STJUE de 11 de noviembre de 2021 (asunto C-852/19, *Gavanozov II*, ECLI:EU:C:2021:902) se ha pronunciado en contra de que la fiscalía pueda emitir una OEI cuando no existe control jurisdiccional de dicha decisión en el Estado de emisión en relación con registros en locales comerciales y domicilios de personas físicas. El TJUE tiene en cuenta que el art. 14.2 de la Directiva 2014/41/UE no permite con carácter general que el control de los motivos de fondo que han conducido a la emisión de la OEI se lleve a cabo en el Estado de ejecución, sino solamente en el Estado de emisión, por lo que se debe garantizar a la persona afectada la posibilidad de impugnar la OEI. De este modo, la sentencia *Gavanozov II* declara que una normativa nacional que no contempla recurso alguno contra la emisión de una OEI para la práctica de registros e incautaciones en el Estado de emisión es incompatible tanto con los arts. 14 y 24.7 de

⁹⁸ El caso es que no existiendo un instrumento adecuado para llevar a efecto tal averiguación, y toda vez que la información relativa a cuentas corrientes no está centralizada, las posibles averiguaciones que hoy por hoy se pueden realizar a través de los circuitos disponibles en Asociación de Banca Española y Ceca no son hoy en día efectivos. La única posibilidad de abordar esta averiguación es a través de la AEAT, que posibilita esta colaboración de forma parcial y ponderada. La agencia estatal de la Administración Tributaria a través de las declaraciones correspondientes a los impuestos que gravan los rendimientos económicos de las cuentas obtiene una información actualizada y completísima sobre el movimiento contable. Esta colaboración se lleva a efecto a través del Punto Neutro Judicial en virtud de los convenios alcanzados por la Agencia Tributaria con la Administración de Justicia. Sin embargo, para que esta colaboración y por tanto la quiebra del secreto bancario sea legítima debe realizarse con arreglo a las previsiones formales previstas en la legislación vigente, y concretamente perseguir fines estrictos de investigación con trascendencia tributaria y contraerse a datos o elementos necesarios para esa investigación, extendiéndose sólo a aquellos que la legislación declara investigables (art. 93 de la LGT). Inicialmente tal posibilidad de colaboración con los juzgados se encontraba limitada al marco del crimen organizado, sin embargo, los sucesivos acuerdos de colaboración han permitido extender el ámbito de colaboración en todos los ámbitos, si bien de modo fragmentado.

la Directiva 2014/41/UE, como con el art. 47 CDFUE (véase en este sentido, el comentario que respecto a esta sentencia se contiene en la Circular de la Fiscalía 2/2022, de 20 de diciembre).

La aplicación de la condición de autoridad judicial a la fiscalía no puede hacernos desconocer que estamos ante un instituto que se presenta con igualdad de armas con el resto de las partes personadas en el procedimiento, y que una interpretación extensiva de esta condición puede entrar en conflicto con los principios esenciales de un procedimiento acusatorio en un Estado de Derecho. En este sentido, las resoluciones dictadas por el fiscal carecen de fuerza de cosa juzgada⁹⁹, no pueden expedir órdenes europeas de detención¹⁰⁰, ni de decomiso, y la posibilidad con que cuentan en orden a la emisión instrumentos de cooperación lo son en la medida en que no queden afectados derechos fundamentales de las personas que sólo a la autoridad judicial compete¹⁰¹.

7. Conclusiones

El tratamiento de la información corporativa es cuestión central en materia de lucha contra la corrupción y constituye hoy el eje de la investigación contra este tipo de delitos. La reciente publicación de la Ley de la Fiscalía Europea ha supuesto un cambio trascendental en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo porque asume una reconsideración del sistema de enjuiciamiento penal, al delegar las diligencias sumariales a la fiscalía, sino porqué supone una apuesta decidida en la lucha contra la corrupción al otorgar al ministerio público prerrogativas hasta hoy desconocidas en nuestro ordenamiento.

Así, entre las muchas novedades que nos reporta el legislador europeo cabe destacar el tratamiento de las diligencias de investigación atribuidas a los fiscales europeos delegados, y entre estas las que atañen a la entrada en el domicilio de las personas jurídicas. Estas previsiones son del mayor interés, pues de una parte autorizan al Fiscal Europeo Delegado para acordar por su propia potestad el registro de cualesquiera lugares cerrados que no tengan la consideración de domicilio, y de otra, vienen a consagrar una práctica cada vez más generalizada, cuál es, la habilitación de la entrada y registro en las sedes de las grandes empresas de nuestro país al amparo de las previsiones de cumplimiento normativo (*compliance*). Estas como hemos visto albergan generosamente la colaboración con los investigadores, pero pueden entrar en colisión con otros intereses afectados. Bancos, entidades financieras, y empresas de toda índole que manejan grandes volúmenes de información, se ven asaltadas por los investigadores que asolan inmisericordes todo tipo de información a su paso. Mas si esto es así, y no es sino la lógica consecuencia de la sumisión al imperio de la ley del mundo de los negocios, es lo cierto también que expone a los clientes, acreedores, proveedores y directivos de la empresa al escrutinio público al margen de los estrechos vericuetos que supondría acceder a esa misma información al amparo de una impu-

⁹⁹ Véase STJUE de 16 de febrero de 2017, C-503/15, Margarit Panicello [ECLI:EU:C:2017:126].

¹⁰⁰ Véase STJUE (Sala Cuarta) de 10 de noviembre de 2016, en el asunto C-453/16, en el asunto Halil Ibrahim Özçelik, [ECLI:EU:C:2017:126].

¹⁰¹ Véase así el art. 187 de la Ley de Reconocimiento Mutuo conforme al cual si bien el Ministerio Fiscal puede emitir órdenes europeas de investigación para la ejecución de medidas que podrían ordenar o ejecutar conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

tación formal de la persona física afectada. En este contexto, las posibilidades de hallazgos «casuales» se multiplican exponencialmente y las investigaciones prospectivas son la consecuencia natural de una hipertrofia informativa.

En el curso de las precedentes líneas hemos puesto de manifiesto la complejidad del sustrato organizativo y de los intereses que se residen en las personas jurídicas. Entorno a las personas jurídicas existe una serie de intereses subyacentes constituidos al amparo de la estabilidad y las garantías con las que el Derecho condiciona el otorgamiento de la personalidad jurídica que van mucho más allá de la persona de sus socios y administradores.

La ley de la Fiscalía Europea ha sido consciente de las limitaciones del consentimiento en orden a la práctica del registro voluntario de las dependencias de la persona jurídica, por lo que ha establecido limitaciones en los supuestos más relevantes como son los que afectan al secreto profesional, pero es claro, que la relación efectuada en el art. 46 de la Ley de la Fiscalía Europea, debe entenderse meramente enunciativa porque resulta manifiesto que los intereses de terceros que pueden verse afectados como consecuencia de la entrada y registro de las personas jurídicas exceden de la relación de exclusiones contenidas en su articulado.

Del examen del tenor de los preceptos que regulan estas diligencias, parece que en la mente del legislador la entrada y registro voluntaria debería ser el modo ordinario de actuación, sobre todo tratándose de personas jurídicas. Las reglas de cumplimiento normativo y la especial posición de las personas jurídicas vienen generalizando así la colaboración con los investigadores en orden al esclarecimiento de los hechos y la avenencia a los registros voluntarios por los responsables de la Fiscalía.

Sin embargo, la extensión generalizada de estas diligencias al amparo del consentimiento de los detentadores de la información corporativa puede no amparar todos los intereses afectados. Los programas de cumplimiento, como señala GÁSCON INCHAUSTI, pueden constituir una herramienta adecuada para asegurar el acceso a las pruebas que, posteriormente, se aporten al proceso penal, pero a menudo esto se hace en perjuicio de directivos y empleados. De este modo, la efectividad de dichos programas de cumplimiento normativo dependerá de que aquellos prevean todos los escenarios posibles y comprendan todos los intereses afectados.¹⁰²

En el presente trabajo hemos pretendido situar con rasgo grueso los linderos de la entrada y registro voluntaria y los posibles conflictos de intereses a que puede dar lugar su extensión generalizada al amparo de la normativa de cumplimiento, haciéndonos eco de la propia sistemática adoptada por la Ley de la Fiscalía Europea. Las previsiones contenidas en esta normativa en sus aspectos fundamentales responden a estos postulados, pero exigiría un desarrollo hermenéutico más avanzado para delimitar el verdadero contenido y alcance de estas limitaciones.

8. Bibliografía

¹⁰² GÁSCON INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 859-860.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo J./GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos, *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «El secreto bancario como secreto profesional en el Proyecto del Código Penal Español de 1980», *Revista de Derecho Penal*, núm. 2, FCU, Montevideo, 1980.

BALTERS VILLANUEVA, J. y ARIAS ALPIZCAR, L.M. «El secreto bancario aspectos históricos y problemática actual», *Diálogos, Revista Electrónica de Historia*, vol. 11, nº 1, septiembre 2010-febrero 2011.

BANACLOCHE PALAO, J. «Las diligencias de investigación relativas a la persona jurídica imputada» en la obra colectiva *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, marzo 2011.

CADENA SERRANO, F. «Vulneración de los derechos fundamentales y el registro domiciliario», *Publicaciones del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, 2016.

CARRILLO LÓPEZ, M., «La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas», *Generalitat de Catalunya, Centre d'Investigació de la Comunicació, Cuadernos Civitas*, Madrid, 1993.

CUCHI DENIA, J.M./BASOLS CAMBRA, C. «El domicilio como objeto de la diligencia de entrada y registro: su concepto y casuística», *Revista General de Derecho Procesal* núm. 28, RI §412346

CUENCA MARTÍNEZ, Juan, «Buen Gobierno Corporativo de las sociedades de capital y Compliance», *La Ley Compliance Penal* nº 3, cuarto trimestre de 2020.

DEL ROSAL BLASCO, B., «El proceso penal de las personas jurídicas», *Manual de responsabilidad y defensa penal corporativa*, La Ley, 2018.

DOLZ LAGO, M.J., «Primera sentencia condenatoria con doctrina general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de los requisitos del artículo 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes», *Diario La Ley* nº 8797, 2016.

ECHARRI CASI, F.J. «La diligencia de entrada y registro en despachos profesionales», *Diario La Ley* nº 8260, Sección Doctrina, 27 de febrero de 2014.

EMBERLAND, Marius, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR protection*, Oxford University Press, 2006.

GASCÓN INCHAUSTI, F., «La inviolabilidad del domicilio, registros en dependencias de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.)/MARÍA MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 837-860.

GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis, «La protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas», en *Revista de Derecho Público*. *Comentarios a la legislación penal*. Dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL y coordinados por Miguel BAJO FERNÁNDEZ, t. VII, ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, p 63 y ss.

GOÑI SIEN, José Luis, «La vigilancia empresarial de las conversaciones electrónicas de los trabajadores. A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016, “Barbulescu v. Rumania”», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 18, 2016, pp. 78-84.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio Evaristo, "La imputabilidad de las personas jurídicas y su capacidad para ser parte en el proceso penal", *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 43, 2017.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Editorial de Derecho Reunidas EDESA, Madrid, 1996.

LÓPEZ JURADO ESCRIBANO, F., «La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas: su influencia sobre nuestra jurisprudencia constitucional», *Revista de Administración Pública*, nº 125, 1991.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. «El derecho a la intimidad», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 497-533.

VIDAL MARÍN, Tomás, «Derecho al Honor, personas Jurídicas y Tribunal Constitucional», *InDret* 1/2007, pp. 1-18.

MORETÓN TOQUERO, Arancha, *El secreto profesional de los periodistas. De deber ético a derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

NEIRA PENA, A. M., «La diligencia de investigación de entrada y registro en el domicilio de la persona jurídica investigada», en RODRÍGUEZ TIRADO, A.M. (coord.), *Cuestiones actuales de derecho procesal: reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 597-618.

NEIRA PENA, Ana M^a, *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, tesis doctoral realizada bajo la dirección de los profesores Agustín-Jesús PÉREZ-CRUZ MARTÍN y Xulio Xosé FERREIRO BAAMONDE y defendida en la Universidad de la Coruña, 2015.

NEIRA PENA, A. M., «La representación en el proceso penal de la persona jurídica imputada. Humanización, autodefensa y conflicto de intereses», en MORENO CATENA, V., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 291-314.

OLIVER, P.: «Companies and Their Fundamental Rights: A Comparative Perspective», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, nº 3, 2015.

PORTAL MANRUBIA, J., «El proceso penal contra la persona jurídica en su ausencia», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, mayo 2012, pp. 153-173.

QUINTANA LÓPEZ, T., «Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad del domicilio en nuestro derecho», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 229, año 1989, pp. 145-152.

La naturaleza de los contratos de financiación y su incidencia en los problemas contractuales relativos a la restitución e integración de lagunas derivadas de abusividad: el caso de los préstamos en divisa en Europa

Sumario

Las características económicas de los contratos de crédito y, señaladamente, su naturaleza de intercambio puramente financiero, así como la importancia del elemento de la “selección” del deudor, desempeñan un papel muy destacado para iluminar -y, en buena medida, simplificar- los problemas de Derecho de contratos a los que se enfrentan los contratos de financiación con consumidores. En particular, las cuestiones de ineficacia y restitución, así como el modo de completar el contrato tras la declaración de abusividad de una cláusula, se traducen generalmente en un problema de determinación de quién ha de pagar y cuánto. Con esta perspectiva, tratamos de explicar algunas cuestiones relativas a la contratación de préstamos en divisa, todavía pendientes de solución por el TJUE en cuanto a ciertos aspectos de la aplicación de la Directiva 93/13.

Abstract

The economic features of credit agreements, and most notably the purely financial nature of the exchange involved, and the important role of selection issues as to the borrower, may contribute to illuminate -and, to a large extent, to simplify- some of the contractual problems in consumer finance. Most notably, in what pertains to undoing the agreements and restitution to the ex ante situation, as well as to completion of the contract following a finding of unfairness of a standard term. We use this approach to explore pending issues of foreign currency loans, especially those pending decision by the CJEU in connection with Directive 93/13.

Title: *How to defining features fo financial contracts influence Restitution and Gap-filling in Unfair Contract Terms: The Case of Foreign Currency Loans in Europe*

Palabras clave: préstamos en divisas, contratos de crédito, Directiva 93/13

Keywords: *FC-loans, credit contracts, Directive 93/13*

-

- 1. Introducción**
- 2. Los factores que explican los préstamos en divisa a los consumidores**
- 3. Los contratos de crédito: mercados de selección y obligaciones puramente financieras**
- 4. Vías de intervención sobre los préstamos en divisa**
- 5. Abusividad y restitución en contratos de crédito**
- 6. Conclusiones**
- 7. Bibliografía**

-

1. Introducción*

Cualquiera que haya observado la litigación civil española de los últimos quince años podrá fácilmente observar como los contratos de financiación -hipotecaria, en primer lugar- han sido protagonistas. También en otros países europeos la litigación en materia de crédito ha sido importante tras la crisis financiera del 2007-2008 y la posterior crisis de deuda en nuestro continente. En lo que toca a la pieza destacada del Derecho contractual europeo de este período -la Directiva 93/13¹, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores- los contratos de financiación hipotecaria en un puñado de países -España, Hungría, Polonia- han jugado un papel muy destacado.

Creemos que buena parte -aunque no toda- de las dudas y perplejidades que los tribunales y los analistas jurídicos han mostrado en estos años en cuanto al modo de afrontar las numerosas demandas en este sector se explican en cierta medida por la falta de atención prestada a los rasgos básicos de los contratos de financiación en términos económicos. Es claro que el sustrato material del conflicto jurídico viene dado por operaciones o transacciones económicas. Tener en cuenta los elementos esenciales de las mismas en el plano económico parece, intuitivamente, que debiera ayudar a entender más cabalmente cómo afrontar los problemas contractuales planteados y cómo ofrecer soluciones jurídicas sensatas a las controversias del presente y con ello orientar adecuadamente la conducta futura de los contratantes que vendrán.

Esto es lo que nos proponemos en este trabajo, empleando como campo de pruebas el de los contratos de préstamo en divisa a los hogares. Aunque en España la litigación en esta materia -que aún colea, como muestran algunos casos del Tribunal Supremo ya entrado el 2023- en buena medida parece encarrilada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo -bien o mal, es otra cuestión-. En cambio, en el plano europeo, las incertidumbres persisten gravemente, a pesar de los numerosos pronunciamientos del TJUE sobre estos contratos. Ofrecer un enfoque ajustado a la naturaleza económica de la contratación subyacente entendemos que puede ser útil para las dificultades que aún perviven en este concreto sector de los contratos de crédito. A la vez, podemos ilustrar, en un segmento relevante de esta contratación financiera, de qué manera atender a los rasgos económicos básicos de las operaciones de financiación ilumina el camino para ofrecer soluciones jurídicas provechosas.

El punto de partida es que los agentes económicos, independientemente de su naturaleza (tanto individuos como entidades, empresas o gobiernos), piden crédito esencialmente para anticipar

* Fernando Gómez Pomar (fernando.gomez@upf.edu). Sheila Canudas Perarnau (sheilacanudas@gmail.com).

Es preciso advertir que el primer autor del trabajo elaboró un informe jurídico independiente sobre cuestiones de Derecho de la UE por encargo de la parte demandada en el asunto C-520/21, pendiente en este momento ante el TJUE. Las opiniones expresadas en este artículo no están influenciadas por dicho asunto, en cuyo resultado final no tenemos ningún tipo de interés directo o indirecto.

Agradecemos el apoyo financiero del Ministerio de Ciencia e Innovación español con cargo a los proyectos PID2021-126354OB-I00/MICIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE, sobre "Responsabilidad contractual y extracontractual de las plataformas en línea" y PID2021-127258NA I00/AEI/10.13039/501100011033, UE RYC2018-026249-I, sobre "iConsumers: Protecting Consumers in Digital Platforms" financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia Estatal de Investigación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

¹ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

acciones de inversión o consumo que no serían factibles de otra manera dados sus flujos ordinarios de ingresos o rentas².

Un fenómeno no infrecuente en los contratos de crédito y financiación es que el prestatario contraiga un préstamo denominado en divisas (esto es, en moneda que, para el prestatario, es “extranjera”). Por ejemplo, los Estados de las economías emergentes en África, Asia y América Latina, pero también en Europa, conciertan préstamos en dólares estadounidenses o en euros, ya que no podrían obtener financiación, o solo en condiciones notablemente peores, en sus monedas locales. Sin embargo, esto implica el riesgo de que la moneda local -en la que esos gobiernos obtienen al menos una gran parte de sus ingresos- se devalúe con respecto a la moneda extranjera a la que está vinculado el préstamo.

Las empresas, incluso las de gran tamaño, también suelen endeudarse en moneda extranjera, desde el punto de vista de la ubicación de su centro principal de intereses o incluso de su mercado o mercados primarios en términos de ingresos. A veces lo hacen para cubrirse contra el riesgo de tipo de cambio que afecta a sus ingresos, cuando realizan operaciones en distintas divisas o están expuestas a riesgos de tipo de cambio por otras razones³. También pueden intentar beneficiarse o especular con los diferenciales de tipos de interés endeudándose en divisas de bajo rendimiento e invirtiendo en divisas de mayor rendimiento. Esto se conoce comúnmente como “*carry trade*”, y se basa en el supuesto de que mediante dicha estrategia es posible ganar el descuento a plazo cuando el tipo de cambio al contado futuro sea igual al tipo de cambio al contado actual⁴. Más allá del ánimo de especular con oportunidades de ganancia, una evidente razón para el endeudamiento en divisas por parte de las empresas reside en beneficiarse de unas condiciones de préstamo más favorables o de un mejor acceso al crédito respecto de lo que sería factible en la moneda propia de la empresa prestataria.

Quizá de manera más sorprendente, los hogares también se endeudan en divisas en muchos entornos geográficos y temporales. En Asia, América Latina y Europa Central y Oriental, el endeudamiento en divisas por parte de los consumidores es un fenómeno generalizado: una fracción notable de los mercados de crédito a los hogares en esos países está dominada por el endeudamiento en una o en varias divisas⁵. También en otros países de la UE, aunque con una

² Anticipar la inversión o el consumo es uno de los principales objetivos de la contratación (junto con otros como la transferencia de bienes y servicios para que sean disfrutados por el comprador que presumiblemente los valora más que el precio pagado por ellos, o la asignación o redistribución de riesgos a los que se enfrenta al menos alguno de los contratantes). Véase, SHAVELL y KAPLOW, «Contracting», en JACKSON, KAPLOW, SHAVELL, VISCUSI y COPE, *Analytical Methods for Lawyers*, 2ª ed., Foundation Press, New York, 2010. Para las empresas, los fundamentos de la contratación de crédito en TIROLE, *The Theory of Corporate Finance*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2006.

³ También pueden utilizar para ello contratos a plazo o derivados: BEKAERT y HODRICK, *International Financial Management*, 2ª ed., Prentice Hall, 2012, p. 218.

⁴ BEKAERT y HODRICK, *International Financial Management*, pp. 227-229.

⁵ RANCIERE, TORNELL y VAMVAKIDIS, «Currency mismatch, systemic risk and growth in Emerging Europe», *Economic Policy*, vol. 25, 2010, p. 597 proporcionan datos sobre el endeudamiento en divisas de los hogares en América Latina, Oriente Medio y Europa Central y Oriental. GYÖNGYÖSI, RARIGA y VERNER, «The anatomy of consumption in a household foreign currency debt crisis», *Working Paper n° 2733, European Central Bank*, 2022 describen una serie de episodios de elevados niveles de endeudamiento en divisas de los hogares que provocaron graves efectos debido a la devaluación de las monedas locales (Argentina, Perú, Uruguay, pero también los Estados Bálticos, Azerbaiyán, Grecia e Islandia).

DÜBEL y WALLEY, «Regulation of Foreign Currency Mortgage Loans: The Case of Transition Countries in Central and Eastern Europe», *Working Paper, The World Bank*, 2010 ofrecen un amplio panorama de las crisis de divisas en

incidencia mucho menor que en Europa Central y Oriental, algunos consumidores han concertado hipotecarios en francos suizos o yenes japoneses⁶.

En lo que sigue, dado que el riesgo cambiario para los prestatarios es el mismo, no distinguiremos entre préstamos a consumidores denominados en una moneda extranjera determinada y préstamos realizados en moneda local pero indexados a la misma moneda extranjera⁷ (ambos, “**préstamos en divisa**”)⁸.

Desde el punto de vista jurídico, nuestro trabajo girará esencialmente en torno a las consecuencias de la aplicación de la Directiva 93/13 a los préstamos en divisa, aunque también abordamos otras cuestiones contractuales. No nos ocupamos sistemáticamente de las

los países de Europa Central y Oriental en la primera década de este siglo. Varios trabajos explican con detalle el proceso en algunas de estas economías. Para Hungría, véase GYÖNGYÖSI, RARIGA y VERNER, *Working Paper n° 2733, European Central Bank, 2022*, GYÖNGYÖSI, ONGENA y SCHINDELE, «The impact of monetary conditions on bank lending to households», *Working Paper n° 2114, Institute for the World Economy, University of Kiel, 2019*. Para Bulgaria, BROWN, KIRSCHENMANN y ONGENA, «Bank Funding, Securitization, and Loan Terms: Evidence from Foreign Currency Lending», *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 46-7, 2014, p. 1501. Para Austria, BEER, ONGENA y PETER, «Borrowing in foreign currency: Austrian households as carry traders», *Journal of Banking and Finance*, vol. 34-9, 2010, p. 2198.

⁶ Austria y Grecia han tenido, por razones distintas, volúmenes sustanciales -aunque no dominantes, ni mucho menos- de préstamos en divisas a consumidores. Por otro lado, aunque en términos agregados estos préstamos no han sido generalizados entre prestatarios hipotecarios españoles, algunas entidades de crédito españolas o que operaban en España han ofrecido financiación hipotecaria en divisa a determinados segmentos del mercado hipotecario residencial. Ello ha dado lugar, como es notorio, a una litigación relevante sobre la base de la abusividad de la cláusula de denominación del préstamo en moneda distinta al euro. Aunque estos litigios no han alcanzado las dimensiones experimentadas por otras cláusulas en préstamos hipotecarios, lo cierto es que han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal Supremo -de las que nos ocuparemos en el cuerpo del trabajo-. Un amplio resumen de la evolución de los préstamos en divisas en España puede encontrarse en DE BLAS JAVALOYAS, «La hipoteca multdivisa», en FORTEA y CASTILLO DEL CARMEN (eds.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 457-492.

Algo parecido a España puede decirse de Francia, donde algunos préstamos en divisas concedidos a consumidores franceses por entidades financieras han llegado a la *Cour de Cassation*.

⁷ En términos funcionales, no hay ninguna diferencia significativa entre un crédito denominado en una moneda extranjera y uno indexado a la misma moneda extranjera. Sin embargo, el TJUE consideró que “[...] los contratos de crédito indexados a divisas extranjeras no pueden tratarse de la misma manera que los contratos de crédito en divisas extranjeras [...]”: Sentencia TJUE de 30 de septiembre de 2017, Andriuc, C-186/16 (apartado 40, esencialmente a efectos de la exclusión contenida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13; véase, el apartado 41 de Andriuc y el apartado 51 de las conclusiones del AG Wahl de 27 de abril de 2017 en este mismo asunto).

En la literatura, ESPOSITO, «Dziubak is a Fundamentally Wrong Decision: Superficial Reasoning, Disrespectful of National Courts, Lowers the Level of Consumer Protection», *European Review of Contract Law*, vol. 16-4, 2020, p. 547 parece abogar por ampliar el alcance de esta distinción.

⁸ Los préstamos en divisas en las jurisdicciones de Europa Central y Oriental no solo han despertado el interés de los economistas, también han llamado la atención de los juristas europeos: FAZEKAS, «The consumer credit crisis and unfair contract terms regulation - Before and after Kásler», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 6, 2017, p. 99 (para el caso húngaro); MISCENIC, «Currency Clauses in CHF Credit Agreements: A ‘Small Wheel’ in the Swiss Loans’ Mechanism», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 9, 2020, p. 226 (para Croacia); HABDAS, «Implementing the Mortgage Credit Directive 2014/17 in Poland. Challenges and Dilemmas», en ANDERSON y ARROYO (eds.), *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe. Contrasting Views From Member States*, Europa Law Publishing, 2017, pp. 402-408, y WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, «Unfair Contract Terms in CHF Mortgage Loan», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 9, 2020, p. 206 (sobre el caso polaco).

Un examen de la conexión entre estas y otras cuestiones del Derecho de consumo y la concepción de la libertad contractual en algunos de esos países, singularmente en Polonia, en GROCHOWSKI, «Lost in Transition? Freedom of Contract in Poland and the Central European Experience», MWP 2020/08, European University Institute, 2020 y GROCHOWSKI, «Freedom of Contract on Crossroads. The Struggle over the Concept of Contract Liberty in 20th Century Poland», *Osteuropa-Recht* 1/2020, 2020, p. 34.

disposiciones de la Directiva 2014/17⁹, y especialmente su artículo 23 sobre préstamos en moneda extranjera, excepto cuando se caracterizan los diversos enfoques para regular los préstamos en divisas con herramientas del Derecho de contratos. El núcleo del análisis conecta con la importancia de la naturaleza puramente financiera de los contratos de crédito para comprender de manera satisfactoria las diversas herramientas que los ordenamientos jurídicos pueden desplegar (y despliegan) a fin de abordar las dimensiones problemáticas de los préstamos en divisa (cómo debe configurarse la futura contratación de estos préstamos y cómo debe actuarse sobre la “herencia recibida” de préstamos en divisa concertados anteriormente). Insistimos en nuestra firme convicción de que solo con una comprensión adecuada de las consecuencias de las alternativas, dada la sustancia financiera del contrato en vigor, se pueden encontrar soluciones jurídicas sensatas.

El trabajo se estructura de este modo: en la sección 2 se presenta una síntesis de los factores explicativos del endeudamiento en moneda extranjera de los hogares, con especial atención a Europa Central y Oriental, que ha sido el entorno más estudiado recientemente en Europa. En la sección 3 se examinan las características especiales de los contratos de crédito y la forma en que estas influyen en el funcionamiento de los instrumentos contractuales pertinentes para hacer frente a los problemas de los préstamos en divisas: “deshacer” -en sus diversas variantes jurídicas- el contrato y encontrar soluciones a las lagunas derivadas del carácter abusivo de una cláusula no negociada. En la sección 4 se presenta una taxonomía de los enfoques normativos del Derecho de contratos para abordar los préstamos en divisa a consumidores. La sección 5 analiza en detalle cómo debe aplicarse la Directiva 93/13 en el contexto de los litigios sobre préstamos en divisas en los que los contratos han sido declarados nulos en su conjunto como consecuencia de la presencia de una cláusula abusiva en el funcionamiento del mecanismo de tipos de cambio (pero no porque la cláusula que denomina o indexa un préstamo a una moneda extranjera sea abusiva). Finalmente, la sección 6 ofrece una rápida conclusión.

2. Los factores que explican los préstamos en divisa a consumidores

Sigue siendo un fenómeno desconcertante que los consumidores, en número no despreciable, decidan endeudarse en moneda extranjera, incluso cuando el sector financiero está dispuesto, al menos en cierta medida, a conceder crédito también en moneda nacional, al menos hasta cierto punto. ¿Qué puede explicar que en ciertos momentos y lugares una parte significativa del mercado crediticio esté dominada por préstamos en moneda extranjera cuando, por lo demás, el acceso al crédito en moneda doméstica no es manifiestamente imposible o excesivamente costoso para los consumidores?

Se podrían aducir explicaciones conductuales (sesgos cognitivos y de conducta): puede haber una serie de rasgos del comportamiento que justifiquen por qué los consumidores se sienten atraídos por el endeudamiento en moneda extranjera incluso cuando el endeudamiento en moneda local no es inviable. En primer lugar, los consumidores pueden manifestarse sustancialmente ciegos, -o al menos propensos a subestimarlos- ante riesgos que pueden tener lugar en el futuro, tal vez incluso en un futuro lejano, tales como el riesgo de apreciación de la moneda extranjera con respecto a la local, y por lo tanto, al aumento de la carga financiera del préstamo en divisa en

⁹ Directiva 2014/17/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/EC y 2013/36/EU y el Reglamento (EU) n° 1093/2010.

comparación con uno alternativo en moneda nacional¹⁰. Además, los consumidores pueden mostrarse excesivamente optimistas en cuanto a la evolución posterior de sus ingresos y activos, subestimando así el impacto negativo que el ulterior aumento de la carga financiera del préstamo en divisas tendrá sobre su bienestar futuro¹¹.

Pueden influir factores relacionados con la información relativa al contrato y sus implicaciones: normalmente los consumidores carecen de información relevante para evaluar la existencia y la magnitud del riesgo de tipo de cambio¹², a menos que el prestamista le facilite específicamente dicha información. Si los consumidores perciben erróneamente -porque lo infravaloran- el riesgo de depreciación de la moneda local, si existen diferenciales de inflación entre el país del prestatario y el de la moneda en la que está denominado o indexado el préstamo, un préstamo en divisa puede ser una herramienta atractiva para suavizar el perfil de amortización efectiva del préstamo. Tomar prestado en una moneda local en que la inflación es alta sería caro inicialmente -limitando así el importe inicial del préstamo que los prestamistas pondrán a disposición del prestatario-, pero se volverá (incluso bruscamente, si la inflación es muy alta) más asequible a medida que aumenten la inflación y los salarios, reduciendo así la carga real del reembolso del préstamo. Si el tipo de cambio entre la moneda local y la moneda extranjera solo refleja la diferencia en las tasas de inflación, el coste real para el prestatario de un préstamo en moneda nacional y de un préstamo en divisas será equivalente, pero ese coste se distribuiría más uniformemente a lo largo del tiempo, lo que permitiría al prestatario tomar prestado un importe mayor al principio¹³. Naturalmente, si el riesgo de una devaluación real de la moneda local es superior a la estimación inicial del consumidor, la carga real de la deuda del préstamo en divisas puede ser mucho mayor de lo previsto. También será mayor en términos relativos, en comparación con la alternativa en moneda nacional. Mal informados sobre el riesgo de tipo de cambio, los consumidores pedirán demasiados préstamos en divisas y en cantidades excesivas.

También se podría encontrar una motivación especulativa moviendo la demanda de préstamos en divisas. Una parte de los consumidores de determinados países puede creer que existen diferenciales de tipos de interés entre los préstamos nacionales y los préstamos en divisas basados en las diferencias de los tipos reales de los dos países o divisas. Estos consumidores estarían apostando por la persistencia de las tendencias actuales en los tipos de cambio reales. Esto equivaldría a la estrategia de *carry trade* mencionada anteriormente para las empresas que se endeudan en una divisa con tipo real bajo para comprar activos (depósitos, acciones, activos inmobiliarios) en el país con la divisa con tipo real alto¹⁴.

¹⁰ La evidencia indica que, en algunos países de Europa Central y Oriental, la mayoría de la población no previó la repentina depreciación de sus monedas frente al euro y, más aún, frente al franco suizo.

¹¹ GYÖNGYÖSI, RARIGA y VERNER, *Working Paper n° 2733, European Central Bank, 2022* muestra para Hungría que, tras la considerable depreciación del forint con respecto al franco suizo y el consiguiente aumento de la carga de la deuda para los consumidores que habían contraído préstamos en francos suizos (alrededor del 97% de los que tenían préstamos en divisas), los niveles de impago de los préstamos aumentaron considerablemente y el gasto de consumo disminuyó notablemente para los prestatarios con préstamos en divisas en comparación con los prestatarios con préstamos en moneda nacional.

¹² BECKMANN y SIXT, «Foreign currency borrowing and knowledge about exchange rate risk», *Working Paper, Oesterreichische National Bank, 2015* muestran empíricamente que un mejor conocimiento del riesgo de depreciación reduce la demanda de préstamos en divisas.

¹³ DÜBEL y WALLEY, *Working Paper, The World Bank, 2010*, p. 18.

¹⁴ En Austria parece haber evidencia de que este tipo de motivación subyace en el comportamiento de los prestatarios: DÜBEL y WALLEY, *Working Paper, The World Bank, 2010*, p. 16. Para España, existe evidencia anecdótica de que la demanda (modesta en términos agregados) de hipotecas en divisas en España estuvo

Desde el punto de vista de la demanda pueden concurrir problemas de riesgo moral: los prestatarios pueden contratar en divisa en la confianza de la futura ayuda gubernamental -o de la modificación obligatoria de las condiciones del préstamo impuesta *a posteriori*- de modo que las peores consecuencias de la devaluación de la moneda local resultaran a la postre, al menos parcialmente, compartidas con el contribuyente o con los prestamistas¹⁵.

Se ha argumentado también convincentemente cómo, en ciertas condiciones, los préstamos en divisa pueden ser deseables para consumidores racionales y bien informados cuando tienen limitaciones financieras¹⁶. Incluso cuando los hogares son conscientes del riesgo de depreciación de la moneda local frente a la moneda elegida en el préstamo en divisa, el endeudamiento en moneda extranjera permitiría a los consumidores con restricciones en el acceso al crédito aplazar los pagos de sus préstamos en términos reales. De este modo, podrían endeudarse más a lo largo del tiempo. Este resultado de equilibrio dependería del cumplimiento de una serie de condiciones, a saber: que los tipos en moneda extranjera sean más atractivos que los tipos en moneda nacional¹⁷ (debido a diferencias en la inflación o en las condiciones macroeconómicas o políticas), que los hogares estén expuestos a límites o restricciones en su capacidad financiera y de endeudamiento -y, por tanto, desean endeudarse más de lo que les permitirían sus activos y sus ingresos previstos-, que el endeudamiento es a largo plazo, por lo que la acumulación de deuda es significativa en términos de la cantidad de deuda que puede mantenerse, y que el nuevo endeudamiento estaría limitado por los activos que el prestatario podría utilizar como garantía del préstamo. Si estas condiciones se cumplen -y parecen coincidir con una amplia gama de circunstancias y hogares de países en los que se observan altos niveles de endeudamiento en moneda extranjera- no sería necesario recurrir a explicaciones relacionadas con sesgos de comportamiento, estrategias especulativas, miopía sobre el riesgo de depreciación de la moneda local, riesgo moral y factores similares, para dar sentido al fenómeno observado de una amplia demanda de préstamos en divisas en una economía.

Sin duda, también puede haber factores influyentes que operan del lado de la oferta. Los prestamistas pueden preferir orientar a los prestatarios hacia préstamos en divisas debido a que los primeros, a su vez, tendrán mejor acceso o menores costes de financiación, en la moneda extranjera que se utilizaría para financiar los préstamos a los consumidores. Esta preferencia de los prestamistas por ofrecer préstamos en divisas puede explicarse por distintos motivos: la presencia de bancos extranjeros que reciben su financiación en moneda extranjera de sus

impulsada, al menos inicialmente, por determinados prestatarios con acceso a activos en el extranjero por motivos profesionales o empresariales. Por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo español de 9 de febrero de 2021 y de 20 de julio de 2021, el Tribunal se negó a invalidar las cláusulas en divisas del contrato de préstamo por su falta de transparencia sustantiva en presencia de pruebas de que los prestatarios poseían y gestionaban activamente depósitos en diversas divisas.

¹⁵ RANCIERE, TORSELLI y VAMVAKIDIS, *Economic Policy*, vol. 25, 2010, p. 597. Existen pruebas sobre el uso real de estas medidas *ex post*: GYÖNGYÖSI y VERNER, «Financial Crisis, Creditor-Debtor Conflict, and Populism», *Working Paper*, Kiel Institute for the World Economy, 2020.

¹⁶ KOLASA, «Equilibrium Foreign Currency Mortgages», *Working Paper*, International Monetary Fund, 2021.

¹⁷ Hay pruebas claras de estos diferenciales de tipos para Europa Central y Oriental: ROSENBERG y TIRPÁK, «Determinants of Foreign Currency Borrowing in the New Member States of the EU», *Working Paper*, International Monetary Fund, 2008; CSAJÓK, HUDECZ y TAMÁSI, «Foreign currency borrowing of households in new EU member States», *Occasional Paper n° 2010/87*, Hungarian Central Bank, 2010; BANAI, KIRÁLY y NAGY, «The demise of the halcyon days in Hungary: foreign and local banks before and after the crisis», en Bank of International Settlements (ed.), *The global crisis and financial intermediation in emerging market economies*, p. 195.

empresas matrices, por la tenencia de activos en moneda extranjera o por un mejor acceso a la titulación ulterior de los préstamos en divisas en comparación con los préstamos en moneda local nacional.

En el caso europeo, y singularmente para Europa Central y Oriental -la región europea que experimentó antes de la gran crisis financiera el mayor crecimiento del crédito en divisas a los hogares- hay evidencia que muestra que algunas instituciones financieras desviaron a solicitantes de préstamos en moneda nacional hacia préstamos en divisa en determinados países¹⁸. La entrada de bancos extranjeros y la intensificación de la competencia en la concesión de préstamos¹⁹, junto con una regulación relativamente poco intensa y eficaz en relación con la contratación de hipotecas, que no frenaron políticas agresivas de oferta de crédito para promover e inducir los préstamos en divisa²⁰ también se han mencionado como factores de oferta que han contribuido a aumentar las tasas de endeudamiento en divisas de los consumidores de Europa Central y Oriental. Incluso las políticas gubernamentales incoherentes relativas a las subvenciones a los préstamos en moneda nacional con el fin de fortalecer un mercado hipotecario local pueden haber sido contraproducentes, o haberse vuelto insostenibles, y por lo tanto haber ayudado -inadvertidamente- a acrecentar el segmento en moneda extranjera del mercado hipotecario²¹.

En resumen, no parece que exista una única teoría explicativa para el fenómeno de la contratación de deuda hipotecaria en moneda extranjera por los consumidores. Ni siquiera en relación con fenómenos acotados -la aparición y persistencia de segmentos sociales de hogares con nutrida presencia de préstamos en divisas en Europa Central y Oriental durante los años previos a la crisis financiera- las explicaciones monocausales no parecen resultar satisfactorias. Incluso ni siquiera dentro de un mismo país y en un episodio concreto podemos atribuir todo el peso a un solo factor. Del lado de la demanda, elementos de diversa índole (conductuales, informativos, especulativos, incentivos para incrementar el volumen de la deuda disponible por parte de prestatarios con restricciones crediticias) han estado presentes en medida variable en cada caso. Pero parecen haber interactuado con factores del lado de la oferta (políticas empresariales y beneficios de los prestamistas ligados a la oferta crediticia en divisa, fuerte competencia y entrada de nuevos oferentes en el sector bancario, escasos controles regulatorios a las estrategias crediticias, programas gubernamentales de subvención del crédito hipotecario, política monetaria de los países) para generar determinados niveles de endeudamiento en divisas de los consumidores.

¹⁸ Véase para Bulgaria, BROWN, KIRSCHENMANN y ONGENA, *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 56-7, 2014, p. 1501.

¹⁹ GYÖNGYÖSI, ONGENA y SCHINDELE, *Working Paper n° 2114, Institute for the World Economy*, University of Kiel, 2019, p. 9. En contra, BROWN y DE HAAS, «Foreign banks in emerging Europe», *Economic Policy*, 2012, p. 59 basados en datos de encuestas realizadas a 193 bancos de 20 países, no encuentran pruebas de que los bancos extranjeros tuvieran tasas más elevadas de préstamos en divisas a los consumidores (aunque sí era el caso con respecto a los clientes empresariales). Una evaluación mixta (pero que apunta al hecho de que la entrada de bancos extranjeros fue un catalizador relevante de la propagación de los préstamos en divisas) en DÜBEL y WALLEY, *Working Paper, The World Bank*, 2010, pp. 21 ss.

²⁰ DÜBEL y WALLEY, *Working Paper, The World Bank*, 2010, pp. 24-26.

²¹ Este parece haber sido el caso de Hungría: GYÖNGYÖSI, RARIGA y VERNER, *Working Paper n° 2733, European Central Bank*, 2022, p. 8; GYÖNGYÖSI, ONGENA y SCHINDELE, *Working Paper n° 2114, Institute for the World Economy*, University of Kiel, 2019, p. 8; GYÖNGYÖSI y VERNER, *Working Paper, Kiel Institute for the World Economy*, 2020, p. 6. Un análisis de las políticas de subvenciones en otros países, como la República Checa, Letonia y Polonia, en DÜBEL y WALLEY, *Working Paper, The World Bank*, 2010, pp. 23-24.

Estos niveles de crédito de los hogares en divisa pueden revelarse perjudiciales *a posteriori* -quizá gravemente perjudiciales, si la afectación social es extendida e intensa- para la situación financiera y el bienestar de la población. Lo que es predecible, sin duda, es que si el nivel de deuda en moneda extranjera por parte de los consumidores deja de ser anecdótico, una evolución adversa -para la moneda local de los consumidores- del tipo de cambio va a generar una demanda de soluciones por parte de los sistemas jurídicos. Esa demanda será más apremiante cuanto mayor sea el nivel de deuda en divisa y cuanto más intenso sea el revés en el tipo de cambio. En el caso europeo, como veremos, ello ha llevado a soluciones nacionales “idiosincráticas” en algunos países y también a la búsqueda de soluciones por parte de los tribunales nacionales y el TJUE bajo el manto protector de la Directiva 93/13.

Antes de abordar esos instrumentos jurídicos, entendemos que es imprescindible comprender las características económicas relevantes de los contratos de crédito con consumidores.

3. Contratos de crédito, mercados de selección y naturaleza puramente financiera

Como ya se advirtió en la introducción, sin una comprensión adecuada de las características económicas de los contratos es difícil diseñar y aplicar una política jurídica sólida para abordar los problemas contractuales del crédito a consumidores -en divisa, desde luego, pero no solo aquí. Vamos a dos características relevantes: el crédito al consumo como mercado de selección y la naturaleza financiera de las acciones o conductas de las partes -de las obligaciones, si se prefiere- en virtud del contrato.

La primera dimensión importante que hay que tener en cuenta es que los contratos de crédito al consumo tienen lugar en un mercado de selección. Un mercado de selección²² es aquel en el que las empresas que atienden el mercado no solo están interesadas en vender más, y al precio más alto posible, sino que también se preocupan por con quién contratan. En un mercado de este tipo los consumidores no solo difieren -como suele suponerse en los mercados de consumo- en la “intensidad de su demanda por el bien o servicio”, en otras palabras, en su disposición a pagar, sino también en lo costosos que resultarán para el vendedor. Los costes del contrato para la empresa no dependen únicamente de los costes de producción y distribución, sino que también influye decisivamente quién es la contraparte. Así pues, las empresas deben preocuparse por “seleccionar” a uno u otro consumidor. De ahí la etiqueta de “mercado de selección”.

El crédito al consumo (y el crédito en general) pertenece directamente a esta categoría²³. A los prestamistas no les importa únicamente firmar el mayor número posible de contratos de crédito, sino que les interesa seleccionar como prestatarios a los que tienen más probabilidades de devolver el préstamo, y excluir a los que tienen más probabilidades de impagar²⁴, ya que el

²² Véase, EINAV, FINKELSTEIN y MAHONEY, «The IO of selection markets», en HO, HORTAÇSU y LIZZERI (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. 5, Elsevier (online edition), 2021.

²³ No es el crédito el único ejemplo, desde luego. El seguro es el otro caso paradigmático de mercado de selección. Una excelente y asequible introducción al seguro como mercado de selección en EINAV, FINKELSTEIN y FISMAN, *Risky Business. Why Insurance Fails and What to Do About It*, Yale University Press, 2022.

²⁴ El impago puede producirse, qué duda cabe, en todas o casi todas las relaciones contractuales. Sin embargo, es un problema mucho más grave en un contrato de préstamo, especialmente cuando el crédito es a largo plazo, dado que normalmente el prestamista aporta por adelantado el importe total del capital prestado a cambio de recibir a

impago comporta costes para el prestamista: de cobro, de ejecución en caso de préstamos hipotecarios, legales, un saldo financiero negativo en el préstamo. El impago puede incluso convertir el contrato en una operación perdedora para el prestamista. Esto hace que la selección adversa sea una característica omnipresente y fundamental -y fuente de ineficiencia- en el mercado crediticio. Esto afecta naturalmente al precio, como variable endógena (no determinada puramente por factores externos) más relevante del contrato, pero también puede afectar a las demás condiciones financieras del mismo: duración del préstamo, ratio préstamo/valor, denominación en moneda nacional o extranjera, etc. Todo ello pone de relieve la importancia de las cuestiones de selección en los mercados de crédito.

Sin duda, la caracterización anterior no significa que los prestamistas tengan siempre los incentivos adecuados para tomar decisiones apropiadas sobre la selección de prestatarios. Puede haber factores macroeconómicos (política monetaria flexible, expectativas sobre el valor futuro de las garantías), microeconómicos (mayor competencia en el mercado, percepción errónea de los riesgos de impago, riesgo moral de los prestamistas derivado de la transferencia de riesgos en el mercado secundario a inversores poco avisados) e institucionales y regulatorios (marco y supervisión inadecuados de la evaluación de la solvencia, apoyo público implícito que induce a conceder préstamos agresivos y expansivos) que afecten negativamente a la calidad de la "selección" por parte de los prestamistas y den lugar a resultados -aún más- gravemente ineficientes.

Pero hay otro rasgo económico aun más importante que este, al menos por lo que atañe al Derecho de contratos. Lo más importante, a efectos jurídicos, es la caracterización de los contratos de crédito como transacciones financieras. Esto puede parecer obvio, pero en gran medida se pasa por alto cuando se analizan y aplican soluciones del Derecho de los contratos a los de crédito.

Un contrato de crédito no es una transferencia ordinaria de bienes o servicios por parte de un vendedor o proveedor a cambio de dinero pagado por el vendedor, que permite que esos bienes y servicios pasen de un agente económico a otro diferente (el comprador) que puede suponerse o presumirse que los valora más -pues de lo contrario no ocurriría voluntariamente la transacción, y el contrato se funda en la voluntad común-. Un contrato de crédito implica esencialmente un intercambio de flujos financieros entre las partes. El prestamista proporciona una suma de dinero ahora, y el prestatario promete un flujo de pagos en el futuro, a menudo un futuro lejano. Las acciones de las partes en virtud del contrato son de naturaleza financiera. Son

largo plazo un flujo de pagos del prestatario. En el contexto comercial habitual, el crédito es solo a corto plazo y los riesgos se ven claramente atenuados por la naturaleza repetida de la interacción -el suministro de bienes y servicios del que puede surgir el crédito tiene lugar no una vez, sino varias o muchas a lo largo del tiempo- y por las sanciones relacionales o basadas en la reciprocidad (si el cliente no paga las cantidades pendientes, el proveedor dejará de suministrar bienes o servicios).

solo transferencias de dinero y no implican bienes²⁵ o servicios²⁶ de los que los agentes económicos obtengan un valor intrínseco.

Utilizando la terminología de Markovits y Schwartz, un contrato financiero solo afecta a los derechos sobre el valor y no a los derechos sobre las cosas (o acciones)²⁷.

De tal caracterización se deriva una consecuencia importante. La naturaleza financiera de la actuación de las partes introduce notables y útiles cauces de flexibilidad para el diseño y aplicación de determinadas soluciones del Derecho de contratos a los problemas que aquejan al proceso contractual. Esta característica de los contratos de crédito permite acometer de forma más sencilla y eficaz algunas complicadas tareas que el Derecho de contratos ordena como consecuencias jurídicas ante algunas contingencias y cuestiones contractuales.

²⁵ La visión dominante y extendida en la teoría económica considera que el dinero no es un bien ni un servicio del que los consumidores obtengan un valor intrínseco o una utilidad. Sin embargo, el dinero desempeña varias funciones clave en el funcionamiento de una sociedad mínimamente evolucionada en términos económicos: el papel de medio de pago de bienes y servicios en una economía (al menos de los que se intercambian por dinero en los mercados y fuera de ellos), sirve de numerario (unidad de cuenta) para comparar entre cestas de consumo alternativas de bienes y servicios, y puede utilizarse como depósito -más que como fuente intrínseca- de valor. Las representaciones bien conocidas (incluso más allá de la economía) de la función de utilidad del dinero de los individuos son eso, meras representaciones simplificadas de las preferencias sobre distintas cestas de consumo de bienes y servicios (que uno puede adquirir con dinero).

Puede encontrarse un resumen de la teoría económica en KIYOTAKI y WRIGHT, «On Money as a Medium of Exchange», *Journal of Political Economy*, vol. 97-4, 1989, p. 927; KIYOTAKI y WRIGHT, «A Contribution to the Pure Theory of Money», *Journal of Economic Theory*, vol. 53.2, 1991, p. 215. Para más referencias, PEACOCK, «The Ontology of Money», *Cambridge Journal of Economics*, vol. 41-5, 2017, p. 1471 se interesa por los enfoques filosóficos del dinero.

Sin duda, la teoría económica sobre el dinero es muy consciente del hecho de que sus funciones económicas dependen esencialmente de las creencias colectivas -reforzadas o no por el apoyo del Estado- sobre su función como medio de intercambio y depósito de valor.

Aunque los supuestos sobre las principales funciones del dinero pueden matizarse o relajarse en determinados contextos, creemos que proporcionan un punto de partida útil y factible para explorar las implicaciones de la naturaleza económica de los contratos de crédito para una serie de cuestiones de Derecho del contrato. También cabe mencionar que lo anterior no excluye que las preocupaciones distributivas desempeñen un papel en el análisis, ya que la falta de valor intrínseco del dinero no se traduce en la ausencia de diferencias interpersonales en las preferencias por cestas de bienes y servicios.

²⁶ Eventualmente, un prestamista en una operación de crédito puede prestar asesoramiento financiero o de inversión o algún otro servicio (de estudio y concesión de una solicitud de contratación, o, en otros planos, de pago, de depósito o de otro tipo) al prestatario, por lo que el contrato incluirá una componente de servicio. Sin embargo, estos servicios financieros son accesorios en la mayoría de los casos y no están presentes en todos los contratos de crédito. A título ilustrativo, el TJUE en su sentencia de 3 de diciembre de 2015, *Banif Plus Bank Zrt.*, C-312/14, consideró que el artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que un servicio o actividad de inversión no engloba determinadas operaciones de cambio de divisas efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas.

²⁷ MARKOVITS y SCHWARTZ, «Who Owns What? Re-thinking Remedies in Private Law», *Working Paper*, Yale Law School, 2022, pp. 37-38. Como ellos mismos explican, "el propósito del dinero no es, de hecho, ser una mercancía en absoluto, sino más bien ser un índice de las relaciones de intercambio entre todas las demás mercancías. Es decir, el dinero es una criatura de los precios; y el valor del dinero está constituido por los precios. En realidad, este punto se presupone en el pensamiento económico moderno, que trata el dinero no como un bien independiente, sino como el vector de los precios relativos de todos los demás bienes de una economía. Esta idea también puede expresarse en términos de nuestra teoría de los derechos: poseer un ET [derecho a una cosa o conducta de alguien] en una suma de dinero es una imposibilidad conceptual; el dinero simplemente es - constitutivamente - un EV [derecho al valor]. Además, el valor del dinero se construye a su vez a partir de los términos de intercambio de todas las mercancías reales de la economía cuyos intercambios el dinero contabiliza y facilita". Nuestra afirmación en el texto es, sin embargo, independiente de la de Markovits y Schwartz (véase, MARKOVITS y SCHWARTZ, pp. 33 ss), en el sentido que los derechos de origen contractual -excepto cuando las partes los han definido nítidamente en forma de ET- deben caracterizarse siempre como protegidos por un remedio de responsabilidad.

No es esta la sede para explorar en su totalidad y en profundidad la gama de aplicaciones jurídicas de este grado adicional de libertad que permite la naturaleza financiera del contrato y de las prestaciones que este contempla (por ejemplo, en cuanto a la distinción entre cumplimiento forzoso e indemnización de daños como remedios por incumplimiento). En su lugar, nos centraremos en aquellas dimensiones más estrechamente vinculadas a la interacción entre los préstamos en divisas y la Directiva 93/13.

Uno de ellos está relacionado con la pérdida de eficacia del contrato. El Derecho de contratos (en España y en los demás países) prevén la privación de eficacia del contrato como consecuencia de una serie de hechos o circunstancias que pueden acaecer, desde la génesis a la consumación del contrato, incluso tras ella: el ejercicio del derecho de desistimiento, la resolución y la invalidez, por citar solo los casos más importantes. Con algunas excepciones, todos ellos pueden acabar implicando que el contrato y sus prestaciones tengan que deshacerse, es decir, que las partes devuelvan lo que han recibido como consecuencia de la relación contractual que es inválida, ha sido resuelta o de la que una parte se ha retirado en virtud de una facultad legal o contractualmente otorgada, de forma que se coloque a las partes en la situación en la que se encontraban antes de celebrar el contrato. La situación *ex ante* suele constituir el punto de referencia para hacer operativa la privación de eficacia de un contrato²⁸, aunque ciertas variaciones son posibles en cuanto a su plasmación concreta o a ciertos efectos concomitantes.

Cuando se trata de un contrato ordinario que implica el intercambio de bienes y servicios por un precio (más aún cuando el intercambio es en especie por otros bienes y servicios), el proceso de “deshacer” lo realizado para alcanzar el *statu quo ex ante* se enfrenta a importantes retos: los servicios difícilmente pueden devolverse en especie; los bienes pueden haberse destruido, revendido o hallarse en manos de adquirentes de buena fe. Pueden haberse deteriorado, depreciado por el uso o por obsolescencia, haber supuesto gastos de conservación o inversiones para aumentar su valor²⁹, etc. Además, muchas de estas complicaciones no son susceptibles de respuestas generalizables, ya que se ven afectadas de manera crucial por factores idiosincrásicos relacionados con los bienes o servicios en particular, las partes contratantes y su comportamiento concreto, así como por el entorno de contratación. Por otro lado, la devolución de un bien o un servicio en especie no puede “cancelarse” en todo o parte con la obligación recíproca de devolver el dinero pagado como precio del contrato.

No es de extrañar, a la vista de las complicaciones apuntadas, que la restitución de prestaciones tras la pérdida de eficacia sea casi siempre un ámbito críptico y complejo del Derecho de contratos y del Derecho privado en general. Lo es en España, donde el Código Civil contiene varios regímenes restitutorios en casos de ineficacia contractual más otro general de liquidación de estados posesorios y la jurisprudencia no ha tenido la habilidad -que habría habido que calificar de portentosa, en honor a la verdad- de armonizar y articular de manera coherente los distintos regímenes. Pero también en otros sistemas jurídicos de nuestro entorno es este un sector plagado de incertidumbres y de interpretaciones dispares.

²⁸ Véase, HELLWEGE, «Restitution», en JANSEN y ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 1393 ss.

²⁹ Véase, en varios de ellos, HELLWEGE, «Restitution» (pp. 1401 ss) y «Appendix I to Art. 9:306. Benefits and Expenses» (pp. 1417 ss), en JANSEN y ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

Muchas de estas dificultades, sin embargo, se disuelven o al menos se atenúan notablemente cuando las actuaciones de ambas partes son puramente financieras, dado que entonces el contrato simplemente implica intercambios de cantidades de dinero en ciertos momentos entre prestamista y prestatario³⁰. Las cuestiones de imposibilidad de restitución, destrucción y adquisición por terceros inmunes están, por definición, fuera de foco. La depreciación puede estar en juego aquí (en forma de reducción del poder adquisitivo del dinero), pero es fácil de abordar y resolver de forma general y uniforme mediante la adición del mecanismo de revaloración adecuado, ya que la depreciación del dinero no es, al contrario de lo que ocurre con los bienes, idiosincrática, sino un fenómeno general en una economía. Los costes de oportunidad (o valor de uso, si se prefiere) del dinero también pueden abordarse razonablemente de forma sensata, ya que no es difícil llegar a cálculos generalmente aceptables de dichos costes de oportunidad para todos los casos que se dan en un momento y lugar determinados. Además, dado que las obligaciones de restitución son monetarias, se cancelarían o compensarían por las cantidades concurrentes y solo sería necesario realizar un pago unidireccional por la cantidad pendiente de una parte a la otra. En definitiva, todo se limitará a determinar qué cantidad de dinero ha de pagar “ahora” (en el momento de adoptarse la decisión) un contratante al otro.

En resumen, en el caso de un contrato puramente financiero, la falta de eficacia del contrato como consecuencia del desistimiento, la cancelación, el vencimiento anticipado o la resolución³¹, así como la invalidez -en sus diversas formas- solo requiere alterar (en el tiempo y en la cuantía) el flujo de pagos³² en virtud del acuerdo y sustituirlo por otro que

³⁰ No queremos decir que no haya nunca factores de complicación. Por ejemplo, considerando los préstamos hipotecarios a consumidores, el vencimiento anticipado o la resolución del contrato en caso de impago por parte del prestatario puede suponer costes para el consumidor, ya que a los particulares no les es indiferente verse sometidos a tensiones financieras y enfrentarse a procedimientos judiciales que pueden acabar con el consumidor perdiendo la vivienda o, al menos, teniendo que hacer frente de inmediato al pago de una suma de dinero al prestamista. Estas cuestiones, sin embargo, también pueden surgir en otros entornos contractuales y, lo que es más importante, pueden abordarse -de forma más sencilla, añadiríamos- en los contratos puramente financieros incluyendo en los cálculos para determinar la cantidad de dinero que acabaría sustituyendo al intercambio de flujos de dinero previsto en el contrato, los componentes relativos a la indemnización del consumidor por las consecuencias del impago y la resolución del contrato cuando las causas subyacentes de los mismos puedan atribuirse al prestamista. Estas cuestiones se desarrollarán con más detalle en las páginas siguientes.

³¹ Recientemente, en los dictámenes del AG Hogan en los asuntos acumulados Volkswagen Bank y otros, C-33/20, C-155/20, y C-187/20 y del AG Collins en los asuntos acumulados VK contra BMW Bank y otros, C-38/21, C-47/21, y C-232/21, se sostiene que el desistimiento y la resolución de un contrato de crédito al consumo deben distinguirse claramente, lo que lleva a que el derecho de desistimiento nunca pueda ejercerse cuando el contrato de crédito ha sido ejecutado íntegramente por las partes. La diferencia no radica en el término técnico, sino en las condiciones para aplicar uno u otro y en las consecuencias -para las partes- de tal aplicación. Quizás habría que establecer unos límites al momento del ejercicio del derecho de desistimiento cuando el consumidor no ha recibido la información pertinente para hacer uso del mismo, y evitar desistimientos alejados en el tiempo de la relación relevante. Pero esto no tiene nada que ver, a nuestro juicio, con una supuesta distinción teórica *a priori* entre desistimiento -o cancelación- y resolución. Ambos son instrumentos orientados a obtener determinados fines en favor de una de las partes contratantes y que se realizan precisamente deshaciendo un contrato válidamente celebrado.

³² Esto no significa que dicha alteración sea necesariamente fácil de afrontar por ambas partes, especialmente cuando el deudor neto que ha de pagar con carácter inmediato es el consumidor prestatario. Los consumidores pueden tener dificultades para efectuar el pago inmediato al prestamista del importe debido -una vez fijado este-. Sin embargo, este pago inmediato supone esencialmente tener que acudir a una nueva operación de financiación (una refinanciación del préstamo que se quiere deshacer, si se prefiere) sobre ese importe. En algunos casos, ello se verá facilitado por el hecho de que, en el contexto de la financiación hipotecaria, el consumidor dispone ahora de un activo de capital (el inmueble adquirido con el contrato de crédito inicial) que podría utilizarse como garantía para la nueva financiación (pensemos en el caso de invalidez de un primer contrato de préstamo). En

tenga en cuenta los factores relevantes (el anticipo en los pagos, sin duda, pero también la eventual depreciación y los posibles costes de oportunidad, entre otros) con la vista puesta en los objetivos que el Derecho de contratos persigue con la falta de eficacia que se está aplicando en ese caso. Como veremos más adelante, ese importe podría incluir, cuando sea necesario y/o deseable, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por una de las partes como consecuencia de las acciones que dieron lugar a la necesidad de “deshacer” el contrato y, eventualmente, una “penalización” contractual con efectos disuasorios para prevenir que se incurra en el futuro en las conductas que dan origen a la falta de eficacia del contrato.

En este sentido, no es casualidad que, en los contratos de préstamo, la resolución por incumplimiento o impago del prestatario adopte la forma de vencimiento anticipado, de una “aceleración” del préstamo, es decir, la sustitución del calendario de pagos acordado a lo largo del tiempo por el pago inmediato de una suma de dinero que es el equivalente financiero (en valor presente) de lo que el prestamista debía recibir originalmente en virtud del préstamo -con las consecuencias accesorias procedentes, en su caso, como los intereses de demora-.

En otras palabras, la pérdida de eficacia de un contrato puramente financiero con la restitución de cantidades impuesta a las partes es funcionalmente (es decir, en términos de resultados para las partes interesadas) indistinguible de una alteración o intervención en el flujo de intercambios monetarios entre prestamista y prestatario que afecte al momento y a las cantidades de dinero implicadas. En ambos casos, se trata simplemente de fijar quién y cuánto. En otras palabras, deshacer el contrato -cualquiera que sea la conducta que lo provoca o la figura jurídica que canalice la patología contractual o el remedio jurídico- supone, ni más ni menos, que decidir cuál es la cantidad adecuada de dinero que debe pagar en un momento determinado -generalmente, el “hoy”- el deudor neto en virtud del contrato financiero -el prestamista o el prestatario, dependiendo de quién deba más al otro en concepto de restitución, tras considerar todas las circunstancias pertinentes)- La dimensión importante en la decisión jurídica reside, en última instancia, en cómo determinar la cantidad neta adecuada, lo que, a su vez, depende de los elementos que se desee incluir en dicho cálculo, y del peso que se atribuya a cada uno de ellos.

En definitiva, en los contratos puramente financieros, todo gira en torno a quién es el deudor neto del pago actual y cual es el importe de ese pago actual. Esto nos lleva a cuestionar, en relación con el régimen de las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores, la separación radical que el TJUE ha construido entre el carácter abusivo de una cláusula contractual en un contrato financiero con consumidores y las consecuencias derivadas de la adaptación o revisión del contrato, incluso cuando ambas podrían conducir exactamente al mismo resultado.

En efecto, el TJUE, en una serie de sentencias, ha elaborado una densa jurisprudencia que limita la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar el contenido de un contrato en presencia de una cláusula contractual que infrinja lo dispuesto en la Directiva 93/13 y que deba considerarse abusiva.

cualquier caso, el cálculo del importe pertinente que haya de pagarse por un contratante al otro también podría tener en cuenta estos factores (por ejemplo, mediante la compensación al consumidor por los costes de refinanciación) a fin de permitir que la refinanciación sea realmente viable para el consumidor.

A este respecto, el TJUE ha declarado que, en presencia de una cláusula abusiva, el juez nacional tiene prohibido adaptar el contrato revisando el contenido de la cláusula abusiva³³. Según el TJUE, si los tribunales tuvieran la facultad de revisar el contenido de las cláusulas consideradas abusivas, quedaría en entredicho la consecución de los objetivos de la Directiva 93/13, ya que, en comparación con la simple y completa eliminación de la cláusula abusiva, la adaptación del contrato no enviaría una señal negativa suficientemente enérgica a las empresas para que eviten en lo venidero la inserción de cláusulas abusivas. Las empresas que hagan un cálculo de utilidad acerca de si les compensa infringir o no la prohibición de emplear cláusulas abusivas podrían anticipar que, incluso si la cláusula abusiva fuera declarada nula, el contrato podría no obstante ser adaptado, en la medida necesaria, por el juez nacional de forma que se salvaguarde el interés de la empresa que ha infringido la obligación de abstenerse de utilizar cláusulas abusivas³⁴. Esto debilitaría los incentivos a no insertar cláusulas abusivas en un contrato de consumo: Sentencias del TJUE *Banco Español de Crédito*, *Abanca* y *Bank BPH*³⁵.

Esta desconfianza en cuanto a la intervención *a posteriori* de los tribunales nacionales sobre el contrato que contiene una cláusula abusiva se extiende también a la eliminación de solo una parte (la que contiene el elemento abusivo) y a la pervivencia del resto de la cláusula, tal y como explicitó el TJUE en el asunto *Abanca*.

Así, cuando en un contrato celebrado con un consumidor (incluido un contrato de crédito con consumidores, sea en moneda nacional o extranjera) se encuentra una cláusula abusiva, el contrato debe seguir existiendo, sin más modificación que la resultante de la supresión total de dicha cláusula, en la medida en que, de conformidad con las normas del Derecho nacional en cuestión, el contrato pueda efectivamente subsistir como contrato jurídicamente vinculante sin la cláusula en cuestión.

Esta posición es tan firme y rigurosa que parece que tan solo existen dos excepciones explícitamente permitidas por el TJUE. Una (recogida en la Sentencia *Bank BPH*) se refiere a situaciones en las que, si el juez nacional suprime únicamente el elemento abusivo de una cláusula contractual (y no la totalidad de la cláusula), el objetivo disuasorio perseguido por la Directiva 93/13 queda garantizado por las disposiciones legislativas nacionales que regulan el uso de dicha cláusula -y, por tanto, la facultad del juez de imponer medidas equivalentes, o incluso disposiciones legislativas de carácter general no darán lugar a la excepción-, siempre que el elemento en cuestión consista en una obligación contractual independiente, susceptible de ser sometida a un examen individualizado de su carácter abusivo.

³³ Sentencias del TJUE, 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, 7 de agosto de 2018, *Banco Santander*, C-96/16 y C-94/17.

³⁴ Sentencias del TJUE, *Banco Español de Crédito*, de 26 de marzo de 2019, *Abanca*, C-70/17, y de 29 de abril de 2021, *Bank BPH*, C-19/20.

³⁵ El TJUE parece equiparar necesariamente una adaptación o intervención sobre el contrato que contiene una cláusula abusiva con la concesión de un peso sustancial a los intereses de la empresa, y la eliminación pura y simple de la cláusula abusiva sin ninguna medida de acompañamiento como necesariamente protectora de los intereses del consumidor. A continuación mostraremos por qué este enfoque es reduccionista y no se halla teóricamente bien fundado: es perfectamente posible que un tribunal ajuste o modifique una cláusula o el contrato en su conjunto tras la eliminación de una cláusula abusiva con el objetivo de favorecer los intereses del consumidor y también es perfectamente posible que dejar el contrato intacto (aparentemente), salvo por la supresión total de la cláusula abusiva, sea en realidad perjudicial para los intereses del consumidor.

La segunda comprende situaciones en las cuales, a tenor de las disposiciones del derecho nacional de aplicación, el contrato no podría pervivir tras la supresión de la cláusula abusiva, suponiendo esto que el consumidor quedaría expuesto a consecuencias particularmente desfavorables -como el tener que hacer frente de inmediato a una restitución del importe recibido en virtud del contrato que no puede subsistir-. En este caso, además de suprimir la cláusula abusiva, el tribunal nacional puede evitar la invalidez del contrato en su conjunto mediante el recurso a la norma dispositiva nacional prevista para esa contingencia o circunstancia de la vida del contrato³⁶.

Sin embargo, el TJUE también ha dejado claro³⁷ que este recurso al derecho supletorio, incluso en las circunstancias en las que, en principio, está permitida por la Directiva 93/13, no puede alcanza a las disposiciones nacionales de carácter general que establezcan cláusulas implícitas o complementarias procedentes de los principios generales del Derecho de contratos o de otras fuentes para completar el contrato. Solo cabe acudir a disposiciones legales supletorias que rigen específicamente esa materia concreta³⁸.

Con el debido respeto al TJUE, esta posición respecto a cómo deben proceder los tribunales una vez se ha identificado y eliminado una cláusula abusiva de un contrato no resulta convincente, incluso compartiendo la preocupación por no debilitar el efecto disuasorio de los remedios o reacciones del Derecho privado contra el uso de cláusulas contractuales abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Fuera del ámbito del control abstracto de cláusulas abusivas, la alternativa patrocinada por el TJUE -esto es, suprimir la cláusula abusiva pero mantener vivo el contrato sin el menor cambio o ajuste- es un oxímoron. Cuando un consumidor se enfrenta a un efecto jurídico adverso derivado de una cláusula determinada y alega el carácter abusivo de dicha cláusula como defensa (o, alternativamente, cuando trata de obtener un efecto jurídico favorable impedido por la cláusula), es precisamente porque las condiciones de aplicación de la cláusula han surgido en la realidad o es muy probable que lo hagan. La anulación de la cláusula abusiva es un buen punto de partida (para el consumidor, ya que de lo contrario habría preferido mantener la cláusula en el contrato), pero no es la estación de llegada. La situación anteriormente regulada por la cláusula abusiva está ahí, y no puede descartarse ni dejarse huérfana de solución, en el vacío. Debe haber alguna solución en términos de acciones o efectos para una o ambas partes, pues de lo contrario la relación en lo que a esa circunstancia o dimensión se refiere quedaría condenada a un limbo. La única alternativa a ese limbo es que el contrato no pueda subsistir (nulidad o categoría similar) sin la cláusula abusiva. Con ello se daría respuesta, no a la contingencia concreta antes cubierta por la cláusula abusiva, sino a toda la relación. Pero se trataría de una solución "fuera del

³⁶ Sentencias del TJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13 y su progenie.

³⁷ Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019, *Dziubak*, C-260/18.

³⁸ Aprovechando esta vía, el Tribunal Supremo, en relación con los préstamos en divisa, por su parte, indica en la Sentencia de 24 de mayo de 2022, que en el ordenamiento español “[...] es posible la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario con la supresión de las cláusulas relativas a divisas, al sustituirse las cláusulas abusivas por el régimen contractual previsto en el contrato que permite que el capital y las cuotas de amortización se fijen también en euros”. Esta sustitución de las cláusulas abusivas por la regulación contractual del préstamo en euros es, según el propio Tribunal, compatible con la jurisprudencia del TJUE, dado que en el caso objeto de estudio la supresión de las cláusulas relativas a las divisas suponía la aplicación del régimen previsto para la fijación del capital y de las cuotas en euros.

contrato”, que conduciría necesariamente a las partes a la situación anterior a la celebración del contrato a través de las consecuencias restitutorias asociadas a la nulidad.

Pero si, como acertadamente piensa el TJUE, las soluciones "fuera del contrato" suelen ser menos deseables, sobre todo para el consumidor, no dar ninguna solución a la circunstancia que nos ocupa -la que genera la reclamación o defensa de abusividad planteada por el consumidor contra la cláusula- simplemente no es una opción viable. Se puede argumentar razonablemente acerca de cómo encontrar el contenido de esa solución, pero no sobre la necesidad de disponer de alguna solución.

Pondremos un ejemplo. Pensemos en una cláusula de daños y perjuicios en un contrato que fija una cantidad de 100 que deberá pagar el consumidor en caso de incumplimiento por su parte. El consumidor incurre en incumplimiento y la empresa le demanda. El consumidor suscita el carácter abusivo de la cláusula de daños y perjuicios, y el tribunal nacional considera que, en efecto, es abusiva, ya que cualquier importe superior a 50 debe considerarse una indemnización desproporcionadamente elevada en perjuicio del consumidor. Así pues, el tribunal, en aplicación estricta de la Directiva 93/13 y de la jurisprudencia del TJUE, invalida la cláusula de daños y perjuicios. ¿Y ahora qué? El consumidor ha incumplido el contrato y ese es un dato de la realidad que no se puede hacer desaparecer. Hay que hacer algo. Pero ¿qué?

Una alternativa (la tradicional en muchos ordenamientos jurídicos nacionales cuando hay nulidad parcial que afecta a una cláusula contractual) es sustituir la cláusula por las normas jurídicas por defecto que rigen la materia. En nuestro ejemplo, las normas del Código Civil (o del Código civil de Cataluña, en su caso) que determinan los efectos jurídicos del incumplimiento, más específicamente, la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. Obsérvese que el recurso a las normas legales supletorias no estaría amparado en nuestro ejemplo por la “excepción *Kásler*”, ya que aquí no existe el riesgo de que el contrato no pueda seguir existiendo válidamente sin la cláusula abusiva, y nada indica a priori que el consumidor se vea especialmente perjudicado por la eventual invalidez del contrato.

Otra posibilidad sería reducir la cláusula contractual de liquidación de la indemnización a lo que Omri Ben-Shahar denomina “el mínimo límite tolerable”³⁹. En nuestro ejemplo, se trataría de un importe de la pena convencional igual a 50, dado el supuesto de que los tribunales nacionales fijan en 50 el umbral para que una cláusula de liquidación de daños y perjuicios entre en el territorio de lo abusivo.

El TJUE, comprensiblemente en algunos casos, desconfía de que ambas formas de completar el acuerdo dejado sin efecto en el punto anteriormente cubierto por las cláusulas abusivas sean compatibles con el efecto disuasorio de la Directiva 93/13, al menos si no computamos la eficacia preventiva de las sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a las que están sujetos los Estados miembros, en virtud del artículo 8 ter de la Directiva 93/13, para hacer cumplir las obligaciones establecidas por la Directiva. Si la posición de repliegue de la empresa una vez que el tribunal haya constatado el carácter abusivo de la cláusula es disfrutar de una pena convencional mínimamente tolerable, o de la indemnización que se aplicaría en ausencia de una cláusula penal o liquidatoria de daños y perjuicios, tal vez el incentivo para no utilizar dicha cláusula no sea lo suficientemente poderoso.

³⁹ BEN-SHAHAR, «Fixing Unfair Contracts», *Stanford Law Review*, vol. 73, 2011, pp. 869, 896 ss.

Sin embargo, las normas legales supletorias y la cláusula mínimamente tolerable no agotan las alternativas para llenar el vacío dejado por la cláusula abusiva reclamando alguna solución a la situación en la que se encuentran realmente las partes. En nuestro ejemplo, existe una horquilla entre 0⁴⁰ y 50 para una cuantía viable de la cláusula de liquidación de daños y perjuicios. En función del peso que se conceda al efecto disuasorio y también al principio de efectividad, de modo que el consumidor no se enfrente a obstáculos que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación de la cláusula abusiva, la solución adecuada puede situarse en un lugar u otro dentro de esa horquilla, eventualmente en los extremos de la misma. Por ejemplo, imaginemos que la indemnización media de daños y perjuicios por incumplimiento de los consumidores de esa clase en aplicación de las normas legales supletorias sobre daños y perjuicios por incumplimiento es de 40 (la cláusula mínimamente tolerable, recuérdese, era de 50, cifra ligeramente superior a lo que arrojaría la aplicación de las reglas legales de determinación de la indemnización procedente). Si la solución prevista por el Derecho contractual nacional o por los tribunales nacionales es una liquidación de los daños y perjuicios por importe de 20, ello bien puede satisfacer las preocupaciones relativas al efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y a las exigencias de protección jurídica efectiva de los consumidores.

Durante años se ha estudiado en la literatura la existencia de diversas alternativas para determinar la asignación o el resultado contractual cuando se anula una cláusula abusiva⁴¹. Y la tarea de encontrar una solución atractiva, como veremos a continuación, se simplifica en las relaciones puramente financieras, como los contratos de crédito.

La razón de la afirmación anterior estriba de nuevo en que el contrato de crédito se compone esencialmente -aunque no exclusivamente- de atributos contractuales que son de naturaleza directamente financiera o para los que es factible estimar un equivalente en términos monetarios. A diferencia de otros contratos que implican la transferencia de bienes y servicios, la adaptación de un contrato de crédito existente que pierde una cláusula por ser abusiva suele requerir la modificación de cláusulas que son puramente financieras o para las que es plausible encontrar un equivalente financiero. Esto es más difícil en el caso de las cláusulas que no son financieras, sino que rigen la calidad, la cantidad, el plazo de entrega y las características de algún bien o servicio que se supone que proporciona un valor subjetivo a un adquirente.

Una vez más, no se pretende transmitir el mensaje de que encontrar una solución adecuada cuando el vacío dejado en un contrato tras una declaración de abusividad afecta a una cláusula no financiera de un contrato no financiero sea una tarea hercúlea, de modo que resulte imposible colmar el vacío generado por la calificación de abusiva de la cláusula en cuestión⁴². Se trata

⁴⁰ En términos estrictamente lógicos, no existe un límite inferior igual a cero, por lo que es teóricamente imaginable un pago negativo en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Esto significaría que la empresa habría de pagar una cantidad al consumidor en caso de impago de este, lo que es un resultado difícil de digerir jurídicamente.

⁴¹ Véase, BEN-SHAHAR, *Stanford Law Review*, vol. 73, 201, p. 869; BEN-SHAHAR, «A Bargaining Power Theory of Default Rules», *Columbia Law Review*, vol. 109, 2011, p. 396; GÓMEZ POMAR, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la Sentencia Abanca del TJUE», *InDret*, vol. 2, 2019, p. 4; KATZ y ZAMIR, «Substituting Invalid Contract Terms: Theory and Preliminary Empirical Findings», *Law & Social Inquiry*, 2022, p.1.

⁴² Por ejemplo, uno de los casos explorados experimentalmente por KATZ y ZAMIR, *Law & Social Inquiry*, 2022, pp.11 ss, al proporcionar a los sujetos opciones sobre una opción penalizadora, una moderada y una mínimamente tolerable, se refiere a una cláusula abiertamente no financiera (una cláusula de no competencia).

simplemente de señalar que el proceso necesario para hallar la solución que ha de regir en la circunstancia regulada por la cláusula abusiva es generalmente menos exigente en el ámbito de los contratos de crédito. Y esto incluye también la ponderación de los factores pertinentes planteados por el TJUE en este ámbito, a saber, el efecto disuasorio para las empresas a fin de que no inserten cláusulas abusivas y la oportunidad efectiva y real para el consumidor de encontrar tutela jurídica efectiva frente a la cláusula abusiva. Si se desea, también se podría eventualmente dar entrada a consideraciones distributivas, es decir, de asegurar que el consumidor obtenga una cierta fracción del excedente generado por la interacción, o incluso objetivos redistributivos (transferir riqueza de una parte a la otra en base a objetivos distributivos generales).

Sin embargo, albergamos dudas acerca del peso de las cuestiones distributivas en el contexto de completar un contrato que lo necesita debido a la presencia de una cláusula que se declara abusiva. Tanto por razones interpretativas (de la Directiva 93/13) como teóricas.

La jurisprudencia del TJUE ha dejado meridianamente claro que el sistema de protección definido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se encuentra en una posición de debilidad frente a la empresa, tanto en términos de poder de negociación como de nivel de conocimientos, y que el objetivo es restablecer la situación de igualdad entre las partes del contrato⁴³. Esto parece implicar que los instrumentos de protección desplegados por la Directiva 93/13 tienen como objetivo igualar las condiciones de la interacción contractual entre empresa y consumidor, sin el objetivo definido de que una proporción del excedente contractual corresponda al consumidor, y mucho menos proporcionar un canal general para transferir riqueza de los propietarios de las empresas a la población consumidora.

La segunda razón radica en la cobertura horizontal y global de las disposiciones de la Directiva 93/13, en el sentido de que se aplican a todos los mercados de consumo de todos los bienes y servicios y a todos los entornos contractuales, siempre que se utilicen cláusulas no negociadas. En otras palabras, es una herramienta uniforme, esencialmente invariable con respecto a los factores y circunstancias de la realidad que generalmente hacen factible, viable y/o deseable, una política distributiva o redistributiva a través de normas jurídico-privadas. Acaso se podría confiar en que una legislación de protección del consumidor específica para cada sector y grupo pudiera perseguir e implementar una cierta política distributiva. Difícilmente se puede pensar que ello sea posible a través de una herramienta tan amplia y general como la Directiva 93/13 y la legislación civil nacional que la ha traspuesto en los distintos estados de la UE.

En nuestro entorno, dado que los resultados de la mayoría de las acciones contractuales en un contrato de crédito son monetarios, la tarea de determinar lo bien o lo mal que les va a la empresa y al consumidor con las opciones alternativas que los tribunales pueden utilizar para completar el contrato, cuando están legalmente facultados para ello, resulta comparativamente menos exigente.

En suma, los contratos de crédito -y los contratos de crédito con consumidores, tanto en moneda nacional como extranjera- presentan algunas propiedades distintivas respecto de los contratos ordinarios que canalizan el intercambio de bienes y servicios en cuanto a la forma de abordar algunos problemas relevantes del Derecho de contratos y del Derecho de la contratación de consumo. Con esto en mente, es momento de volver a analizar las alternativas de política jurídica relativas a los préstamos a consumidores en divisas.

⁴³ Sentencias del TJUE de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08 y *Kásler*.

4. Vías de intervención sobre los préstamos en divisa

El endeudamiento en divisas de los consumidores puede acarrear consecuencias negativas para los afectados y para la sociedad en su conjunto. La exposición de los consumidores al riesgo de tipo de cambio, cuando se produce una devaluación relevante de la moneda nacional, significa que la carga de la deuda que gravita sobre ellos se elevará⁴⁴. Por tanto, la capacidad de los prestatarios para hacer frente al servicio corriente de la deuda con sus ingresos disminuirá y, en consecuencia, aumentarán -mucho o poco, dependerá de los niveles de endeudamiento en divisas- los impagos y las ejecuciones hipotecarias. Esto es obviamente perjudicial para los prestatarios que han de devolver sus créditos en divisa.

A su vez, estas consecuencias afectarán negativamente al valor de los activos de los préstamos para los prestamistas y, por tanto, reducirán su solvencia como entidades financieras. Al final, pueden producirse consecuencias nefastas de carácter macroeconómico, como la inestabilidad financiera y la disminución del consumo y la demanda, dado el estrés financiero al que se pueda llegar a enfrentar una parte importante de los hogares. Dadas estas consecuencias poco atractivas de los elevados niveles de endeudamiento en moneda extranjera, el recurso a medidas legales y regulatorias (sobre las entidades financieras) para intentar rebajar el endeudamiento de alto riesgo en divisa hasta niveles más saludables puede resultar una opción atractiva. Gobiernos de distintos países la han puesto en práctica en diferentes ocasiones.

En cuanto a las medidas de Derecho de contratos⁴⁵, los ordenamientos jurídicos pueden bien recurrir a una regulación específica de los préstamos en divisas o bien apoyarse en las herramientas generales contractuales para abordar las cuestiones problemáticas de aquellos.

En el Derecho de la UE, se pueden encontrar medidas reguladoras *ad hoc* para los préstamos en divisas, pero también el uso de instrumentos generales (Directiva 93/13 y las normas nacionales en las que se basa la Directiva para alcanzar sus objetivos). La Directiva 2014/17 prevé cierta información precontractual adicional (Punto 3. Principales características del préstamo en la Ficha Europea de Información Normalizada o FEIN contenida en el Anexo II), y en el artículo 23 un deber más amplio de información postcontractual sobre el riesgo de tipo de cambio unido a dos de protecciones alternativas destinadas a reducir el riesgo de tipo de cambio asumido por el prestatario: (i) la opción del prestatario de convertir (con efectos *ex nunc* y *no ex tunc*) el préstamo en divisa en uno en moneda nacional en cualquier momento de la vida del préstamo y (ii) algún otro acuerdo para limitar la exposición al riesgo de tipo de cambio del consumidor durante la vida del préstamo.

Dado que la Directiva 2014/17 es una Directiva de armonización mínima (salvo en lo que se refiere al formato y contenido de la FEIN y al cálculo de la TAE), se permite a los Estados

⁴⁴ Por lo general, esto también activaría el derecho del prestamista a solicitar garantías adicionales, ya que la relación préstamo-valor de la garantía se habría incrementado.

⁴⁵ Naturalmente, los gobiernos también pueden hacer uso de medidas reguladoras de la actividad crediticia de las instituciones financieras, sin intervenir en el contrato de crédito como tal, en su desarrollo y resultados. Por ejemplo, pueden imponer topes al servicio de la deuda o a la relación préstamo-valor de los préstamos en divisa que los bancos puedan comercializar, con el fin de reducir el sobreendeudamiento en divisas. Pueden limitar el crecimiento de la cartera de préstamos en divisa de los bancos, o subvencionar el endeudamiento en moneda local. Se trata sin duda de medidas importantes y potencialmente eficaces, pero como son ajenas al Derecho de contratos, no las analizaremos en este trabajo, cuyo objeto es de naturaleza contractual. Para una visión general de tales medidas en Europa Central y Oriental, tanto antes como después de la crisis financiera, DÜBEL y WALLEY, *Working Paper, The World Bank*, 2010, pp. 51 ss.

miembros mantener o introducir medidas normativas que protejan a los consumidores en los préstamos en divisas más intensamente que las disposiciones de la Directiva 2014/17⁴⁶.

Entre las medidas legales que proporcionan una mayor protección se podrían encontrar prohibiciones absolutas o cualificadas de los préstamos en divisa a los consumidores. Por ejemplo, los Estados miembros podrían restringir la oferta de préstamos en divisa a determinadas categorías de consumidores, en función de la localización de sus ingresos o activos, o condicionarla al cumplimiento de determinados criterios de sofisticación financiera. Así, el artículo L313-64⁴⁷ del *Code de la consommation*, prohíbe que sea el prestatario quien soporte el riesgo de tipo de cambio excepto cuando el prestatario declara que recibe su principal fuente de ingresos o posee activos relevantes en la moneda extranjera elegida por el contrato.

De manera similar, en relación con los préstamos en divisa se podrían establecer determinados límites en cuanto al servicio de la deuda por los consumidores, la relación préstamo-valor o la exposición al riesgo de tipo de cambio, o podrían prohibirse los préstamos en divisas no amortizables -una figura que fue popular en el caso austríaco en relación con las hipotecas en francos suizos-. Una vez establecidas estas disposiciones, en caso de infracción entrarían en vigor tanto las consecuencias generales del Derecho de contratos relativas a los contratos contrarios a la ley como las cláusulas ilegales de un contrato, que conducen a la nulidad total o parcial.

También podrían encontrarse cláusulas contractuales estándar que pudieran considerarse abusivas en relación con esas disposiciones protectoras (tanto en lo que respecta a la falta de transparencia sustantiva como a la abusividad *stricto sensu*), y serían entonces aplicables las consecuencias previstas en la normativa nacional derivada de la Directiva 93/13. Es probable que también por esta vía el resultado final fuera la nulidad del contrato, ya que probablemente las cláusulas en cuestión revestirían el carácter de definitorias del objeto esencial y el contrato no podría subsistir sin ellas. Por cierto, cabe mencionar que esta tarea se vería facilitada por la naturaleza financiera del intercambio y las obligaciones de las partes en virtud del contrato.

Evidentemente, dado que los préstamos en divisas llevaban años acumulándose en una serie de países, cabe esperar que exista un volumen considerable de contratos de deuda en divisas que preceden a esas medidas legales restrictivas de la contratación financiera en divisas con consumidores. Dado que los problemas económicos y sociales vinculados a esa herencia acumulada pueden ser graves, cabe esperar que los países también recurran a medidas reguladoras *ad hoc ex post* que modifiquen las condiciones o prevean soluciones adicionales para los préstamos en divisas ya celebrados.

Por ejemplo, los ordenamientos jurídicos pueden crear derechos excepcionales a la devolución de los préstamos en divisa en moneda local, a tipos de conversión especificados, pueden

⁴⁶ Por ejemplo, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de contratos de crédito inmobiliario, que incorpora la Directiva 2014/17 al ordenamiento jurídico español, refuerza el nivel de protección otorgado por la propia Directiva al (i) hacer obligatoria para el prestamista la opción del consumidor de convertir el préstamo en divisas en un préstamo en moneda nacional en cualquier momento de la vida del contrato y (ii) disponer que si el prestamista incumple todas sus obligaciones en relación con un préstamo en divisa, el consumidor tiene derecho a considerar que la denominación en divisa no es vinculante y a transformar el contrato de crédito en divisa en uno en moneda nacional con efectos retroactivos a la ejecución del contrato de préstamo. Un estudio más detallado sobre el tema, en relación con la Directiva 2014/17 puede encontrarse en ÁLVAREZ MORENO, «Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 2014/17», en DÍAZ ALABART (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios*, Editorial Reus, Madrid, 2015. Sobre la Ley 5/2019, CARRASCO PERERA, «Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera», en CARRASCO PERERA (ed.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 548 ss.

⁴⁷ Esta disposición se introdujo en marzo de 2016, pero una muy similar se aprobó antes de la Directiva 2014/17, en julio de 2013, como artículo L312-3-1.

directamente reconvertir el préstamo en divisas en un préstamo nacional a tipos favorables -por debajo de los del mercado-, pueden sustituir determinadas condiciones financieras del contrato existente por otras más ventajosas para el consumidor, o también es posible que introduzcan con carácter retroactivo límites a la exposición de los hogares al riesgo de cambio⁴⁸. Estas medidas y otras de orientación similar proporcionarían una forma de "reparto del riesgo" entre prestamista y prestatario en relación con el menor valor de los ingresos previstos del prestatario y el valor del activo garantizado que ha producido la devaluación de la moneda local.

Estas medidas y otras análogas no están prohibidas por la legislación de la UE. De hecho, la Directiva 2014/17 probablemente no sería aplicable por razones temporales a la mayoría de los contratos afectados por las normas de desgravación *ex post*, ya que el artículo 43 de la Directiva estipula que no se aplicaría a los contratos de crédito existentes antes del 21 de marzo de 2016. No obstante, existe una limitación derivada de la Directiva 93/13, ya que el TJUE en la Sentencia *Dunai*⁴⁹ ha declarado que tales medidas legislativas específicas no pueden privar a los consumidores de la totalidad de los derechos que les confiere la Directiva 93/13⁵⁰.

Algunos ordenamientos jurídicos, a su vez, han recurrido a instrumentos generales del Derecho de contratos para hacer frente a los préstamos en divisas. Por ejemplo, algunos han optado por abordar los préstamos en divisas cuestionando su base informativa.

Este es el caso de España, donde el Tribunal Supremo ha abordado la cuestión desde la óptica de la transparencia sustantiva de las cláusulas no negociadas ligada a la Directiva 93/13⁵¹. En una serie de sentencias⁵², el Tribunal Supremo ha considerado que las cláusulas contractuales que determinaban la denominación en divisas del préstamo no satisfacían el nivel de transparencia material exigido para las cláusulas estandarizadas por la Directiva 93/13, ya que la cláusula en sí misma, a falta de información más detallada⁵³ sobre la magnitud y las consecuencias del riesgo

⁴⁸ Sobre el programa húngaro de reembolso anticipado de 2011, BALOGH, GEREBEN, KARVALITS y PULAI, «Foreign currency tenders in Hungary: a tailor-made instrument for a unique challenge», *Paper n° 73, Bank of International Settlements*, 2013, pp. 158-160. Sobre la conversión croata de préstamos a consumidores en francos suizos en préstamos denominados en euros o en kunas croatas, FISCHER y YESIN, «Foreign Currency Loan Conversions and Currency Mismatches», *Working Paper, Swiss National Bank*, 2019, pp. 12-14.

⁴⁹ Sentencia del TJUE, 14 de marzo de 2019, *Dunai*, C-118/17.

⁵⁰ Si bien el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que los Estados miembros recurran a la legislación para poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores por vendedores o proveedores, no es menos cierto que el legislador debe respetar, en este contexto, las exigencias derivadas del artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva.

El hecho de que determinadas cláusulas contractuales hayan sido, por vía legislativa, declaradas abusivas y nulas y sustituidas por nuevas cláusulas, con el fin de permitir la subsistencia del contrato controvertido, no puede tener como consecuencia "el debilitamiento de la protección garantizada a los consumidores": *Dunai*, apartados 42 y 43, Banco BPH, apartados 77 y 78.

⁵¹ En Francia, en ocasiones la *Cour de cassation* también ha anulado préstamos en divisas apoyándose en la falta de información adecuada en posesión de los consumidores: *Cour de cassation*, Chambre civile 1, 29 mars 2017, 15-27.231. Sin embargo, otras sentencias no han considerado defectuosos los préstamos en divisa por motivos informativos y han optado por anularlos por considerar que su naturaleza y contenido eran abusivos, dado que todo el riesgo de tipo de cambio recaía sobre el consumidor: *Cour de cassation*, Chambre civile 1, 29 mars 2017, 16-13.050.

⁵² Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, 31 de octubre de 2018, 16 de marzo de 2021, 10 de noviembre de 2022 y 10 de abril de 2023. Para un análisis sobre este control de transparencia por parte del Tribunal Supremo, véanse, NAVAS NAVARRO, «Hipoteca multidivisa. No se trata de un instrumento financiero complejo. Nulidad parcial por falta de transparencia», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 106, 2018 y ÁLVAREZ LATA, «Control de transparencia y préstamos multidivisa», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 119, 2022.

⁵³ En las recientes Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2022 y de 28 de marzo de 2023 se ha considerado que las cláusulas multidivisa superan el control de transparencia siempre que se acredite que: "el

de tipo de cambio, no permitía al consumidor tomar una decisión informada de celebrar el contrato con la posibilidad de representar las consecuencias jurídicas y económicas efectivas derivadas del contrato de crédito⁵⁴. Como consecuencia, anuló por abusiva la cláusula que denominaba el préstamo en moneda extranjera⁵⁵.

En esta jurisprudencia, el Tribunal Supremo no ha entendido que, dada la importancia decisiva de la denominación del préstamo para la posición jurídica y económica de las partes, el contrato de crédito no podía subsistir con arreglo al Derecho español sin la cláusula considerada abusiva. En consecuencia, el Alto Tribunal sostuvo que el prestatario debía devolver el importe del capital aportado por el prestamista, según el calendario de cuotas inicialmente previsto, aunque en la moneda de curso legal (euro) de la jurisdicción pertinente (España). Eso no fue todo. A pesar de que su siguiente movimiento no estaba amparado por las excepciones a la prohibición estricta de ajustar el contrato tras una declaración de abusividad abierta por *Kásler* (recurrir a las disposiciones legales supletorias cuando sea necesario para evitar la nulidad de todo el contrato con consecuencias negativas para el consumidor) y *Bank PBH* (es posible no suprimir toda la cláusula cuando se anula la parte abusiva y las medidas legales específicas garantizan la disuasión del uso de ese tipo de cláusulas abusivas), el Tribunal Supremo también ha procedido a reemplazar el índice al que estaban referenciados los tipos de interés variable en el préstamo en divisas por el EURIBOR.

El resultado final del litigio sobre los préstamos en divisas es que los consumidores (una muy pequeña fracción de los préstamos hipotecarios que crecieron masivamente en España entre 1998 y 2007) que contrataron una hipoteca en divisas acabaron pagando menos que la gran

prestatario pudiera ser consciente de que: (i) el riesgo de fluctuación de la moneda en que se referencia el préstamo puede influir en el importe de las cuotas periódicas de amortización; y (ii) que también puede influir en la cantidad que haya que amortizar en total, lo que supone que puede acabar pagándose más capital del recibido". En ambas sentencias se reitera que el requisito de transparencia material se ve superado cuando de la valoración conjunta de la prueba se desprende que la información proporcionada era suficiente y fácilmente comprensible. Sobre los deberes precontractuales de información, véase, NAVAS NAVARRO, «Hipoteca multidivisa. Deberes precontractuales de información y error vicio. Perfil experto del cliente», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 99, 2015.

⁵⁴ Esta jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha sido muy criticada: CARRASCO PERERA, «Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera», en CARRASCO PERERA (ed.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 521 ss.

⁵⁵ Desde un punto de vista teórico, cuando una cláusula estándar no es transparente materialmente, el problema no es el carácter abusivo del contenido de la cláusula, de los derechos y obligaciones de las partes que derivan de ella, sino la dificultad, o incluso la incapacidad, del consumidor para evaluar cuál era la mejor oferta global para él (incluida la alternativa de no contratar en absoluto). En consecuencia, el remedio que en teoría parecería más adecuado a la naturaleza del problema en cuestión sería que las cláusulas no transparentes se vieran reemplazadas por un contenido que proporcionara al consumidor el mismo bienestar que le habría otorgado la mejor oferta disponible en el mercado en el momento de celebrar el contrato entre las que fueran suficientemente transparentes y, por tanto, en un escenario (contrafáctico) en el que el consumidor hubiera podido elegir la mejor alternativa. Así, si una cláusula no es materialmente transparente y tiene un impacto en el bienestar de los consumidores, el remedio teóricamente más eficiente sería darle al consumidor el equivalente en términos de bienestar que habría obtenido con la mejor alternativa disponible que el consumidor podría haber evaluado y elegido adecuadamente en el momento de contratar. Esto implica que las deficiencias de transparencia sustantiva en las cláusulas estándar deberían recibir una solución diferente a la de las cláusulas abusivas por su contenido. Las primeras solo darían lugar a la restitución si la mejor alternativa realmente ofrecida no superara tampoco e independientemente el control de calidad *a posteriori* en cuanto al fondo. Somos perfectamente conscientes de que esta posición no es compatible con la jurisprudencia del TJUE (aunque sí con el texto de la Directiva 93/13, que no se pronuncia sobre nada de esto). Pero el malestar en cuanto al estado de la legislación de la UE sobre cláusulas abusivas, y sobre la transparencia sustantiva más en concreto debería arrojar algunas dudas sobre el atractivo teórico de una serie de soluciones elaboradas por el TJUE y los tribunales nacionales.

mayoría de los prestatarios en situación similar que contrataron sus préstamos en euros⁵⁶, ya que se les liberó del riesgo de tipo de cambio, pero mantuvieron el tipo de interés favorable en sus contratos. Tal vez esto era necesario para disuadir a las entidades financieras de ofrecer préstamos en divisas sin la información adecuada sobre el riesgo de tipo de cambio que los prestatarios asumían al tomar prestado en moneda extranjera y para garantizar la eficacia de la protección del consumidor en este contexto. Aun así, cabe preguntarse si para los prestatarios en divisas, verse liberados del riesgo de cambio, incluso al precio de enfrentarse a un tipo de interés ligeramente superior por un préstamo en euros, no era un incentivo suficiente para demandar al banco por la falta de transparencia de la cláusula de denominación del préstamo en divisa. Asimismo, para los prestamistas, quizá el hecho de que un activo (el flujo de pagos previsto del prestatario) que figuraba en su balance como denominado en la moneda extranjera se devaluara en euros en términos reales era suficiente desincentivo para evitar insertar cláusulas en moneda extranjera sin una información suficientemente clara y completa sobre el riesgo de tipo de cambio. En todo caso, no es necesariamente fácil ofrecer una conclusión firme a este respecto.

Otro factor que ha de tenerse en cuenta es la selección adversa, ya que intervenciones *ex post* en un contrato de crédito como las realizadas por el Tribunal Supremo en los préstamos en divisas agravan selección adversa (recordemos que el crédito es un mercado de selección). Esto es especialmente cierto en países o en circunstancias donde existen grandes disparidades entre prestatarios y en cómo afectan a los costes para los prestamistas (por ejemplo, en un entorno de alta inflación, al que esperemos poder sustraernos).

Por último, el uso de instrumentos generales del Derecho de contratos podría adoptar la forma que parece haber dominado los litigios polacos sobre préstamos en divisas que, en algunos aspectos relevantes, ha sido distinta a la seguida en España. Según el resumen facilitado por el AG Collins en su Opinión en el asunto *Arkadiusz Szczesniak c. Bank M. y otros* (C-520/21), cuando el tipo de cambio entre el franco suizo (la divisa extranjera dominante en los préstamos en divisas en el mercado polaco) y el zloty polaco se desplomó en detrimento de este último, muchos consumidores demandaron a los prestatarios basándose en el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que regían el tipo concreto al que la divisa local y la divisa extranjera se convertirían la una en la otra al efectuar un desembolso o pago.

Un número importante de casos se han resuelto por los tribunales polacos con el resultado de que dichas cláusulas contractuales deben considerarse abusivas y, por tanto, deben suprimirse del contrato de crédito. Asimismo, la posición mayoritaria de los tribunales polacos ha sido, a diferencia de lo sucedido en España, que sin dicha cláusula el propio contrato no podría subsistir con arreglo al Derecho polaco.

Para entender el contexto de la litigación polaca hay que tener en cuenta una cuestión fundamental. Al contrario de lo que ha ocurrido en los litigios españoles, no es la cláusula que determina que el préstamo se denomine en moneda extranjera la que se ha considerado abusiva, sino que lo ha sido una cláusula accesoria relativa al tipo concreto que se utilizaría en cada desembolso o pago para convertir una divisa en la otra y viceversa la que ha sido tachada de abusiva. Así pues, de haberse mantenido el contrato de crédito tras la supresión de la cláusula declarada abusiva, las partes seguirían estando ante un préstamo en divisas en el que el prestatario está sometido al riesgo de tipo de cambio, si bien los contornos menores de dicho riesgo no podrían determinarse -salvo que se completara de algún modo el desfase- dada la supresión de la cláusula redactada para regular ese punto concreto del contrato.

⁵⁶ Sin embargo, como ya se ha señalado, cuando el Tribunal Supremo estaba convencido de la motivación especulativa del préstamo en divisas, generalmente se ha negado a anular la cláusula de denominación en divisa, por lo que el crédito original en divisas se ha mantenido vivo.

Como consecuencia del modo en que los tribunales polacos han abordado la problemática de los préstamos en divisas, la cuestión de Derecho de la UE que se plantea se enmarca en el efecto de segundo orden de la Directiva 93/13 sobre la forma en que el Derecho nacional de un Estado miembro regula las consecuencias restitutorias derivadas de la nulidad de un contrato de consumo cuando el fundamento de la nulidad es el carácter abusivo de una cláusula suelo sin la cual, con arreglo a dicho Derecho nacional, el contrato no podría seguir existiendo. Esta es una cuestión intrincada que abordamos de inmediato.

5. Abusividad y restitución en contratos de crédito

En el plano del Derecho de la UE, el análisis debe partir de la observación de que la Directiva 93/13 no aborda directamente la nulidad o anulación de un contrato (de préstamos en divisas o de otro tipo) como efecto jurídico vinculado a la constatación del carácter abusivo de una o varias cláusulas contractuales.

El TJUE ha establecido que la determinación de la posibilidad que el contrato siga existiendo en ausencia de las cláusulas consideradas abusivas va más allá del contenido y del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, y se deja a las legislaciones nacionales de los Estados miembros, siempre que los criterios y el resultado de dicha determinación no sean incompatibles con los objetivos de la Directiva 93/13, y con el Derecho de la UE en general (*Dunai*, *Dziubak*, y *Bank BPH*). En consecuencia, se podría argumentar que la nulidad de la totalidad del contrato no es un remedio, efecto jurídico o sanción en virtud de la Directiva 93/13: *Jörös*⁵⁷ y *Bank BPH*.

Lo anterior no implica que, a pesar de que el principal remedio de la Directiva 93/13 sea la supresión de la cláusula considerada abusiva y la subsistencia del contrato con el resto de cláusulas y condiciones -no abusivas-, el Derecho de la UE de cláusulas abusivas sea ajeno a los efectos protectores que la nulidad de todo el contrato puede suponer para el consumidor⁵⁸. Ello ha llevado al TJUE a considerar que la Directiva 93/13 exige que no se impida a los órganos jurisdiccionales nacionales declarar la nulidad de la totalidad del contrato cuando una cláusula se considera abusiva y el contrato no puede seguir existiendo (*Dunai* y *GT*⁵⁹) o, de otro modo, permitir que se restablezca la situación de hecho y de derecho de que habría disfrutado el consumidor de no existir la cláusula abusiva (*OTP Jelzálogbank*).

Al mismo tiempo, parece claro que la nulidad de todo el contrato a raíz de la constatación del carácter abusivo de una cláusula puede producir consecuencias indeseables para el consumidor, ya que la nulidad suele ir acompañada de la reintegración del *statu quo* anterior a la celebración del contrato por las partes. Esto implica normalmente la restitución de lo que el consumidor había recibido. El TJUE, sin duda, es muy consciente de estas consecuencias: *Kásler*, *Abanca* y

⁵⁷ Sentencia del TJUE, 30 de mayo de 2013, *Jörös*, C-397/11.

⁵⁸ Tal vez esto resulte especialmente claro en el contexto de los préstamos en divisas, en los que la supresión de una cláusula abusiva -por ejemplo, un mecanismo no suficientemente objetivo y equilibrado para determinar el tipo de cambio para los pagos del prestatario-, dejando intacto el contrato por lo demás, seguiría haciendo recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio del préstamo, mientras que la nulidad de todo el préstamo en divisas tendría como consecuencia que el consumidor quedaría liberado de dicho riesgo al quedar el acuerdo como tal privado de efectos jurídicos desde su inicio -tendría que restituir lo percibido en moneda nacional inicialmente, no el mayor valor en moneda nacional que el importa nominal en divisas de entonces representa ahora-. Esto parece recorrer implícitamente los apartados 42-45 de la Sentencia *Dziubak*, el apartado 60 de la Sentencia *Bank BPH* y los apartados 40-42 de la Sentencia *OTP Jelzálogbank* (Sentencia del TJUE de 2 de septiembre de 2021, *OTP Jelzálogbank Zrt.*, C-932/19).

⁵⁹ Sentencia del TJUE, 5 de junio de 2019, *GT*, C-38/17.

*Gómez del Moral*⁶⁰. Esto ha llevado al TJUE a declarar que cuando el contrato no puede subsistir sin las cláusulas abusivas, las consecuencias desfavorables para el consumidor derivadas de la nulidad o anulación de todo el contrato, y en particular el deber inmediato del consumidor de hacer frente a los pagos al prestamista, deben tenerse en cuenta, también a la vista de las disposiciones del Derecho nacional, para restablecer el equilibrio efectivo entre los derechos y obligaciones recíprocos de las partes: *Banca B*⁶¹.

No es una sorpresa, cualquiera que sea el grado de conocimiento del Derecho contractual comparado en la materia, que las regulaciones contractuales de los Estados miembros pueden diferir, y de hecho difieren ampliamente, en cuanto a las consecuencias de la nulidad de un contrato. Buen número de legislaciones nacionales de los Estados de la UE comparten un punto de partida general en cuanto a las consecuencias de la nulidad: el efecto *ex tunc* o retroactivo, que implica el restablecimiento del *statu quo* anterior a la celebración del contrato nulo. Esto tiene lugar normalmente a través de un proceso de invalidación de los actos contractuales que hubieran tenido lugar y de eliminación de sus consecuencias (excepto cuando pueden estar en juego los intereses de terceros). Esto, a su vez, cuando se han intercambiado prestaciones y pagos entre las partes en virtud del contrato inválido, suele conllevar reclamaciones de restitución que permiten a las partes volver a la situación que existía antes del acuerdo⁶². Esta posición general subyace en la normativa de Francia⁶³, Alemania⁶⁴, Italia⁶⁵ y España⁶⁶, aunque los mecanismos técnicos mediante los que se instrumentaliza el regreso a la situación previa al contrato nulo difieren de sistema a sistema. En lo que sigue, centraremos la argumentación de nuevo en los contratos de crédito.

En el contexto de la restitución (en sus diversas manifestaciones técnicas) tras la nulidad de un contrato, se percibe como natural y coherente con el pleno restablecimiento de la situación original que la parte que ha recibido fondos de la otra parte deba pagar al proveedor original de los fondos el coste de oportunidad (independientemente de cómo pueda llegar a cuantificarse ese coste por parte el tribunal) del uso de dichos fondos. Sin este elemento, las partes no regresarían a su situación original anterior al contrato. Sin duda, *la restitutio in integrum* como principio rector la encontramos igualmente, en virtud de la aplicación de los criterios del Derecho de contratos general, como criterio rector en cuanto a los efectos restitutorios por la supresión de una cláusula abusiva. El TJUE fue muy explícito al respecto en el asunto *Gutiérrez Naranjo*⁶⁷.

⁶⁰ Sentencia del TJUE, 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral*, C-125/18.

⁶¹ Sentencia del TJUE, 25 de noviembre de 2020, *Banca B*, C-269/19.

⁶² HELLWEGE, «Effect of Avoidance», en JANSEN y ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press-Oxford, 2018, pp. 724-725; LEHMANN, «Restitution», en SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law. Commentary*, Beck/Hart/Nomos, Oxford, 2012, p. 680; ZIMMERMANN, «*Restitutio in Integrum*: The Unwinding of Failed Contracts under the Principles of European Contract Law, the Unidroit Principles and the Avant-projet d'un Code Européen des Contrats», *Uniform Law Review*, 2005, p. 721.

⁶³ FAGES, *Droit des obligations*, 7ª ed., LGDJ, Paris, 2017, pp. 185-186, para el derecho tras la reforma del *Code Civil*. El punto de partida era idéntico antes de la reforma de 2016: WEILL y TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, 2ª ed., Dalloz, Paris, 1975, p. 355.

⁶⁴ HELLWEGE, «Restitution», en JANSEN y ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Paris, 2018, p. 1394; LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 2ª ed., Carl Heymanns, Köln/Berlin/München, 2008, p. 320.

⁶⁵ VITALONE y DEL BIANCO GIOVANNELLA, *Gli effetti della nullità del contratto*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 109-110; DI MARZO, *La nullità del contratto*, 2ª ed., CEDAM, Padova, 2008, pp. 1066 ss.

⁶⁶ CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, 3ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 778-779; DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 227 ss.

⁶⁷ Sentencia del TJUE, 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15. La misma posición puede encontrarse en casos posteriores, como *Sziber* (decisión del TJUE, 31 de mayo de 2018, C-483/16) y *DV y MA* (decisión del TJUE, 12 de enero de 2023, C-395/21).

La plena reintegración de las respectivas posiciones de las partes antes del contrato es un punto de partida compartido en varios Derechos de los Estados miembros. Naturalmente, esto no significa que el punto de partida sea necesariamente el punto final. Hay varias consideraciones que van a influir, acaso de forma notable, cómo terminará el proceso.

En primer lugar, porque puede haber otros factores que influyan en cuál debe ser el resultado del proceso de deshacer lo acaecido en virtud del contrato nulo. Por ejemplo, las normas generales de restitución por nulidad pueden encontrar excepciones relevantes en el caso de contratos contrarios al orden público o, como ocurre en España, contratos con causa ilícita o con causa torpe. O puede que una de las partes (y no ambas) sea la culpable de la causa de nulidad, y esto pueda tener consecuencias para el flujo neto de pagos entre las partes (ya sea sobre la base de una pretensión independiente por daños y perjuicios o mediante una alteración en el modo de operar de las normas de restitución). Y recuérdese que los contratos de crédito son precisamente aquellos en los que la privación de eficacia al contrato con restitución recíproca de prestaciones es funcionalmente indistinguible de la simple y llana determinación del tiempo y la cantidad neta que una parte tiene que pagar a la otra para "liquidar todo el asunto".

En segundo lugar, hay consideraciones específicas del Derecho de la UE: cuando las disposiciones nacionales sobre restitución tras la nulidad deban aplicarse en casos que inicialmente entran en el ámbito de aplicación de las normas de la UE, deberán tenerse debidamente en cuenta los principios de equivalencia y efectividad⁶⁸, así como los requisitos derivados de la consecución efectiva de los objetivos protectores y disuasorios de las normas pertinentes de la UE, en particular, a los efectos que nos ocupan, de la Directiva 93/13.

A este respecto, el Abogado General Collins, en su Opinión de 16 de febrero de 2023 sobre el asunto C-520/21, tiene razón al trazar una línea divisoria entre la posición de restitución (o la posición financiera neta actual final, como su equivalente funcional) del consumidor y del prestamista a la luz de los requisitos de la Directiva 93/13. La posición del consumidor no está sujeta al escrutinio en cuanto a la satisfacción de cualquier efecto disuasorio, ya que la Directiva 93/13 se basa en el supuesto de que el consumidor no es responsable en absoluto de la existencia de una cláusula estándar abusiva en el contrato. Ello debe extenderse naturalmente a las consecuencias que se derivan, en virtud del Derecho nacional, de la presencia de la cláusula abusiva (nulidad del contrato y necesidad de deshacer la relación contractual). En cuanto al principio de efectividad, la posición del consumidor tras constatarse la existencia de una cláusula abusiva que llevaría aparejada la nulidad del entero contrato y la restitución de prestaciones no puede enfrentarse a obstáculos significativos, de naturaleza cualitativa y cuantitativa, a exigir reparación con arreglo a la Directiva 93/13.

Lo contrario ocurre con el prestamista. Su posición tras la restitución por efecto de la invalidez del contrato basada en la abusividad de la cláusula (en términos propios de la naturaleza financiera del contrato: su posición financiera neta actual) no debe ser tan favorable como para que pueda resultar menoscabado el efecto disuasorio de la Directiva 93/13 frente a las decisiones de los prestamistas de insertar una cláusula abusiva en sus contratos con los consumidores. El TJUE ha declarado que la reducción de una sanción al empresario que infringe el deber de no usar cláusulas abusivas -por ejemplo, la pérdida, total o parcial, de los intereses de una suma de dinero

⁶⁸ Véase, en general, LENAERTS, «National Remedies for Private Parties in the Light of the EU Law Principles of Equivalence and Effectiveness», *Irish Jurist*, vol. 46, 2011, p. 13; CAFAGGI y IAMICELI, «The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions», *European Review of Private Law*, vol. 25, 2017, p. 575.

concedida a un consumidor- pondría en peligro el efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y debería ser rechazada: Sentencias *Le Crédit Lyonnais* y *Home Credit Slovakia*⁶⁹.

Además de ajustar los términos de las pretensiones de restitución (que configuran el valor actual de la posición financiera) del prestamista en atención al efecto disuasorio y al principio de efectividad de la Directiva 93/13, también podrían ponderarse otros factores vinculados a la compensación -cuando se estime oportuna- concedida al consumidor por las consecuencias negativas derivadas de la ruptura de toda la relación crediticia y a las dificultades relativas a la necesidad de obtener nueva financiación para hacer frente a los pagos inmediatos de las cantidades adeudadas al prestamista.

Una vez ponderadas debidamente todas esas dimensiones, puede resultar que el prestamista, una vez declarada la nulidad de todo el contrato de crédito, solo tenga derecho a percibir con carácter inmediato el importe nominal del préstamo inicialmente concedido al consumidor, soportando así toda la pérdida financiera asociada al riesgo de tipo de cambio, al riesgo de depreciación (inflación) y al coste de oportunidad de los fondos concedidos al consumidor. De hecho, el TJUE ha declarado que un órgano jurisdiccional nacional, en un asunto en el que están en juego las consecuencias de la presencia de una cláusula abusiva, no debe abstenerse de declarar la nulidad del contrato aunque, como consecuencia de ello, la empresa no perciba remuneración alguna por los servicios prestados al consumidor: Sentencia *DV y MA*. Sin embargo, el TJUE también ha enfatizado que la Directiva 93/13 pretende proteger los intereses y el bienestar del consumidor, pero no procurarle ventajas económicas, y que disuadir el uso de cláusulas abusivas por parte de las empresas no equivale a dar ventajas o beneficios al consumidor afectado: Auto *S c. AA*, C-566/21⁷⁰.

Sin embargo, lo que resulta totalmente inverosímil es que este resultado final, en el que el prestamista se limita a percibir el importe nominal del préstamo, sea siempre el único resultado que tiene debidamente en cuenta los factores antes mencionados y, por tanto, el único resultado compatible con la interpretación de la Directiva 93/13, como cuestión de derecho, y sin una investigación detallada de la incidencia de dichos factores, como propone el Abogado General Collins en los apartados 61 a 64 de sus conclusiones en el asunto C-520/21⁷¹.

⁶⁹ Sentencias del TJUE, 27.3.2014, *Le Crédit Lyonnais*, C-565/12 y 9.11.2016, *Home Credit Slovakia*, C-42/15. Debe advertirse, sin embargo, que la posición del TJUE se expresó bajo el supuesto de que la "sanción" que no podía ser rebajada había sido determinada por el Derecho nacional para esas circunstancias, y no era en sí misma un efecto de segundo orden de la propia normativa de la UE. En el caso francés, la pérdida de los intereses, en su totalidad o en la proporción fijada por el Tribunal, era la sanción impuesta por el artículo L311-48 del *Code de la consommation*, por no haberse evaluado correctamente la capacidad de reembolso del prestatario en un préstamo al consumo.

⁷⁰ Auto del TJUE 7.12.2022, *S v. AA*, C-566/21.

⁷¹ En el apartado 62 de sus conclusiones, el Abogado General Collins parece rechazar la idea de que si la restitución por el consumidor se limita estrictamente al importe nominal del préstamo original, ello equivale para el consumidor a haber recibido un préstamo sin intereses. Esto es claramente erróneo. Es obvio que si A recibe de B en la fecha 1 una cantidad de dinero X, y en la fecha 2 (quizás 10 años más tarde) A tiene que devolver solo X, A ha disfrutado de un préstamo sin intereses (tanto en términos nominales como reales) de B. El Abogado General argumenta que esta es la consecuencia normal de la anulación *ex tunc*. Una vez más, este no es el caso. Cuando hay que restituir cantidades monetarias tras la anulación de un contrato, con base en el Derecho contractual general (en virtud de distintas doctrinas, es cierto, según el sistema jurídico: normas jurídicas específicas de restitución contractual, cobro de lo indebido, enriquecimiento injusto) el deudor de la restitución tiene que pagar algún interés, en un cierto importe (de nuevo, los ordenamientos jurídicos pueden diferir en la fijación: a veces se determina legalmente, en otros casos es el que comprende la depreciación y el coste de oportunidad, o el interés ordinario en una economía durante el período pertinente). Pero que de manera universal se restituya solo y únicamente el importe nominal recibido supondría comprometer gravemente la *restitutio in integrum*.

Basta un contraejemplo para refutar que, como cuestión de derecho, restringir todos los pagos del consumidor estrictamente al importe nominal del préstamo es el resultado correcto. Pensemos en un préstamo en divisas concedido a un consumidor para financiar la adquisición de una vivienda. El importe del préstamo es de 100. El consumidor no ha realizado ningún pago al prestamista en virtud del préstamo. El consumidor ha comprado una vivienda con el importe del préstamo recibido. En el período intermedio, el tipo de cambio de la moneda nacional se ha deteriorado (digamos, un 40%), pero los precios locales de la vivienda han subido un 25%. El contrato de préstamo se declara nulo, al detectarse una cláusula abusiva en la forma de determinar el importe en la moneda extranjera. El Tribunal tiene que determinar la cantidad de dinero que el consumidor tiene que pagar al prestamista (puesto que el prestamista no ha recibido nada en este ejemplo, no hay necesidad, en principio, de pensar en una pretensión restitutoria en favor del consumidor) con efecto inmediato. ¿Cuál debería ser el importe adecuado? Teniendo en cuenta todos los factores pertinentes (efecto disuasorio, principio de efectividad, indemnización por los posibles daños y perjuicios al consumidor, dificultades para obtener refinanciación para efectuar el pago inmediato) es difícil imaginar que el importe de 100 que debe pagar el consumidor sea la única solución adecuada en estas circunstancias. Hay que tener en cuenta que, por el mero hecho de la nulidad de todo el contrato, se ha liberado directamente al consumidor del riesgo de tipo de cambio (riesgo que se materializó en una pérdida del 40% en este ejemplo), que el consumidor no parece, al menos de manera ostensible, haber sufrido ningún perjuicio claro y que una operación de refinanciación parece razonablemente fácil, dada la evolución de los precios de la vivienda.

Probablemente, una solución por la que el consumidor tenga que devolver 100 más el tipo de interés general de esa economía durante el plazo en que el prestatario haya disfrutado de la suma inicial recibida como préstamo no parece poner en peligro los objetivos de la Directiva 93/13 ni suponer una carga indebida para el consumidor. El prestamista, como consecuencia directa de la inserción de una cláusula abusiva, tiene que hacer frente ahora al riesgo de tipo de cambio que imaginaba que se había trasladado al consumidor. Esto, por sí mismo, parece cubrir o superar cualquier ganancia que la cláusula accesoria abusiva hubiera podido proporcionar. En cuanto al consumidor, deshacerse del riesgo de tipo de cambio -que resultó catastrófico dadas las circunstancias- es un incentivo considerable para reclamar contra la cláusula abusiva, dado que al reclamar el carácter abusivo de la cláusula accesoria de determinación del tipo de cambio acabará eliminando este para el consumidor. Los daños al consumidor y los costes de obtener nueva financiación no parecen alterar sustancialmente la conclusión anterior.

Es cierto que ninguna solución mecanicista puede funcionar adecuadamente cuando hay que ponderar adecuadamente una serie de factores: efecto disuasorio, principio de efectividad, compensación de los posibles perjuicios a los consumidores por la ineficacia de la operación y facilitación razonable de la refinanciación de las cantidades que el consumidor haya de pagar al prestamista. Tal vez la ilusión de seguridad jurídica esté detrás de la propuesta extrema y exclusivista del dictamen del AG Collins. Dudamos que, por fácil que parezca -tanto en su aplicación como en sus consecuencias distributivas- sea una solución sensata para las complejidades jurídicas de las consecuencias de la nulidad de los préstamos en divisa.

Aún menos atractiva parece como planteamiento general de los efectos de la nulidad de todo el contrato tras una declaración de abusividad. El hecho de que se trate de contratos puramente financieros facilita que formas más matizadas de determinar el momento y la cuantía de los pagos recíprocos entre las partes para poner fin a la relación ofrezcan una vía más prometedora para encontrar soluciones razonables.

6. Conclusiones

Los contratos de financiación a consumidores juegan un papel esencial en la economía de un país y suponen también operaciones de notable complejidad y, con frecuencia, pueden afectar seriamente al bienestar económico de quienes los realizan. En España, conocemos bien las consecuencias negativas de los excesos crediticios y también el alto precio económico y social que hay que pagar por ellos. También el sistema jurídico y la administración de justicia se ven gravemente afectados por sus efectos de litigación masiva y persistente. Nosotros aún estamos recuperándonos de todo lo que pasó.

Entender los rasgos económicos esenciales de los contratos de crédito a consumidores es fundamental para no repetir los errores del pasado y pensar en mejores soluciones jurídicas para los problemas contractuales que perviven -y surgirán otros nuevos- en este sector de la contratación. Los préstamos hipotecarios en divisas -entre nosotros, pero también en otros contextos cercanos, como en Europa Central y Oriental-, aunque no son un fenómeno único en la historia financiera reciente, ofrecen lecciones ilustrativas para quienes se interesan por el funcionamiento fluido y productivo de los mercados de crédito a los hogares. También ha planteado interesantes cuestiones jurídicas, tanto a nivel teórico como práctico. Ofrece, además, un campo interesante para ilustrar cómo las propiedades económicas fundamentales de los contratos de crédito pueden iluminar -y simplificar- el tratamiento de problemas contractuales complejos.

Hemos querido destacar dos características económicas: el crédito es un mercado de selección y un contrato de crédito no es más que un intercambio de flujos de dinero organizado en el tiempo. Contrariamente a una creencia popular en la comunidad jurídica, esto no complica la tarea del jurista contractual, sino que la facilita en dimensiones importantes. Un contrato financiero puede ser más difícil de entender para un consumidor en términos de los costes y beneficios que se derivan de él que un intercambio regular de dinero por un bien o un servicio tangible, al menos si se trata de bienes y servicios con los que está familiarizado. Pero es más fácil para el Derecho de contratos y para los tribunales intervenir sobre el contrato financiero una vez que se constata que algo ha ido mal.

En relación con el endeudamiento en divisas, el conjunto de herramientas que los ordenamientos jurídicos pueden desplegar para abordar los problemas contractuales afectados no es ilimitado, pero tampoco decepcionante. Tanto para el futuro como mirando hacia atrás (el stock de contratos anteriores) hay instrumentos potencialmente eficaces, pero no es de extrañar que los ordenamientos jurídicos europeos se hayan basado en la legislación sobre cláusulas abusivas para abordar algunos de los elementos problemáticos de los préstamos en divisas. Dada su cobertura universal y abstracta, la Directiva 93/13 parece a menudo la solución para todo en cuanto a la protección contractual del consumidor.

No pretendemos negar que ha demostrado ser un poderoso instrumento en manos del TJUE, dispuesto a explorar todas las posibilidades de la Directiva 93/13, incluso mucho más allá de los contornos que el legislador de la UE previó inicialmente. También proporciona una vía atractiva para los tribunales nacionales que se sienten presionados a proporcionar alivio en un gran número de casos cuando un legislador reticente no es ágil en su tarea de afrontar la resolución de importantes conflictos sociales y económicos. Este parece ser el caso de algunos países de Europa central y oriental en relación con los préstamos en divisas. También fue el caso de España, durante la década anterior, para hacer frente a las consecuencias del boom inmobiliario e hipotecario de la primera década del siglo.

Creemos que es prudente no esperar de la Directiva 93/13 lo que sus capacidades naturales para abordar los problemas de los mercados de consumo no pueden dar. La doctrina y los tribunales que utilicen este instrumento para tratar aspectos complicados relacionados con los contratos de consumo deben proceder con cautela. También con conciencia de las limitaciones del

instrumento y de lo que se requiere para hacer un buen uso del mismo en pro del bienestar social. Como suele ocurrir con las cuestiones complejas de Derecho privado, solo tras una investigación honesta de los fundamentos económicos y jurídicos de la contratación con consumidores -y de la contratación de créditos en general, por supuesto- puede uno atreverse a ofrecer soluciones.

7. Bibliografía

ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Control de transparencia y préstamos multividiva», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 119, 2022.

ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, «Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 2014/17», en DÍAZ ALABART, Silvia (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios*, Editorial Reus, Madrid, 2015.

BALOGH, Csaba, GEREBEN, Áron, KARVALITS, Ferenc y PULAI, György, «Foreign currency tenders in Hungary: a tailor-made instrument for a unique challenge», *Paper n° 73, Bank of International Settlements*, 2013.

BANAI, Ádám, KIRÁLY, Júlia y NAGY, Marton, «The demise of the halcyon days in Hungary: foreign and local banks before and after the crisis», en Bank of International Settlements (ed.), *The global crisis and financial intermediation in emerging market economies*.

BECKMANN, Elisabeth y SIXT, Helmut, «Foreign currency borrowing and knowledge about exchange rate risk», *Working Paper, Oesterreichische National Bank*, 2015.

BEER, Christian, ONGENA, Steven y PETER, Marcel, «Borrowing in foreign currency: Austrian households as carry traders», *Journal of Banking and Finance*, vol. 34-9, 2010.

BEKAERT, Geert y HODRICK, Robert, *International Financial Management*, 2ª ed., Prentice Hall, 2012.

BEN-SHAHAR, Omri, «A Bargaining Power Theory of Default Rules», *Columbia Law Review*, vol. 109, 2011.

BEN-SHAHAR, Omri, «Fixing Unfair Contracts», *Stanford Law Review*, vol. 73, 2011.

BROWNE, Martin y DE HAAS, Ralph, «Foreign banks in emerging Europe», *Economic Policy*, 2012.

BROWN, Martin, KIRSCHENMANN, Karolin y ONGENA, Steven, «Bank Funding, Securitization, and Loan Terms: Evidence from Foreign Currency Lending», *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 46-7, 2014.

CAFAGGI, Fabrizio y IAMICELI, Paola, «The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions», *European Review of Private Law*, vol. 25, 2017.

CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, 3ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera», en CARRASCO PERERA, Ángel (ed.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

CSAJBÓK, Attila, HUDECZ, András y TAMÁSI, Bálint, «Foreign currency borrowing of households in new EU member States», *Occasional Paper n° 2010/87, Hungarian Central Bank*, 2010.

DE BLAS JAVALOYAS, José Ramón, «La hipoteca multidivisa», en FORTEA, José Luis y DEL CARMEN CASTILLO, Carolina (eds.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Tirant lo Blanch, 2019.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005.

DI MARZO, Fabrizio, *La nullità del contratto*, 2^a ed., CEDAM, Padova, 2008.

DÜBEL, Hans-Joachim y WALLEY, Simon, «Regulation of Foreign Currency Mortgage Loans: The Case of Transition Countries in Central and Eastern Europe», *Working Paper, The World Bank*, 2010.

EINAV, Liran, FINKELSTEIN, Amy y MAHONEY, Neale, «The IO of selection markets», en HO, Kate, HORTAÇSU, Ali y LIZZERI, Alessandro (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. 5, Elsevier (online edition), 2021.

EINAV, Liran, FINKELSTEIN, Amy y FISMAN, Ray, *HRisky Business. Why Insurance Fails and What To Do about It*, Yale University Press, 2022.

ESPOSITO, Fabrizio, «Dziubak is a Fundamentally Wrong Decision: Superficial Reasoning, Disrespectful of National Courts, Lowers the Level of Consumer Protection», *European Review of Contract Law*, vol. 16-4, 2020.

FAGES, Bertrand, *Droit des obligations*, 7^a ed., LGDJ, Paris, 2017.

FAZEKAS, Judit, «The consumer credit crisis and unfair contract terms regulation - Before and after Kásler», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 6, 2017.

FISCHER, Andreas y YESIN, Pinar, «Foreign Currency Loan Conversions and Currency Mismatches», *Working Paper, Swiss National Bank*, 2019.

GYÖNGYÖSI, Győző, ONGENA, Steven y SCHINDELE, Ibolya, «The impact of monetary conditions on bank lending to households», *Working Paper n° 2114, Institute for the World Economy, University of Kiel*, 2019.

GYÖNGYÖSI, Győző, RARIGA, Judit y VERNER, Emil, «The anatomy of consumption in a household foreign currency debt crisis», *Working Paper n° 2733, European Central Bank*, 2022.

GYÖNGYÖSI, Győző y VERNER, Emil, «Financial Crisis, Creditor-Debtor Conflict, and Populism», *Working Paper, Kiel Institute for the World Economy*, 2020.

GÓMEZ POMAR, Fernando, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la Sentencia Abanca del TJUE», *InDret*, vol. 2, 2019.

GROCHOWSKI, Mateusz, «Lost in Transition? Freedom of Contract in Poland and the Central European Experience», *MWP 2020/08, European University Institute*, 2020.

GROCHOWSKI, Mateusz, «Freedom of Contract on Crossroads. The Struggle over the Concept of Contract Liberty in 20th Century Poland», *Osteuropa-Recht* 1/2020, 2020, p. 34.

HABDAS, Magdalena, «Implementing the Mortgage Credit Directive 2014/17 in Poland. Challenges and Dilemmas», en ANDERSON, Miriam y ARROYO, Esther (eds.), *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe. Contrasting Views From Member States*, Europa Law Publishing, 2017.

HELLWEGE, Phillip, «Appendix I to Art. 9:306. Benefits and Expenses», en JANSEN, Nils y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

HELLWEGE, Phillip, «Effect of Avoidance», en JANSEN, Nils y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

HELLWEGE, Phillip, «Restitution», en JANSEN, Nils y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Paris, 2018.

KATZ, Ori y ZAMIR, Eyal, «Substituting Invalid Contract Terms: Theory and Preliminary Empirical Findings», *Law & Social Inquiry*, 2022.

KIYOTAKI, Nobuhiro y WRIGHT, Randall, «A Contribution to the Pure Theory of Money», *Journal of Economic Theory*, vol. 53.2, 1991.

KIYOTAKI, Nobuhiro y WRIGHT, Randall, «On Money as a Medium of Exchange», *Journal of Political Economy*, vol. 97-4, 1989.

KOLASA, Marcin, «Equilibrium Foreign Currency Mortgages», *Working Paper, International Monetary Fund*, 2021.

LEHMANN, Matthias, «Restitution», en SCHULZE, Reiner (ed.), *Common European Sales Law. Commentary*, Beck/Hart/Nomos, Oxford, 2012.

LENAERTS, Koen, «National Remedies for Private Parties in the Light of the EU Law Principles of Equivalence and Effectiveness», *Irish Jurist*, vol. 46, 2011.

LOOSCHELDERS, Dirk, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 2ª ed., Carl Heymanns, Köln/Berlin/München, 2008.

MARKOVITS, Daniel y SCHWARTZ, Alan, «Who Owns What? Re-thinking Remedies in Private Law», *Working Paper, Yale Law School*, 2022.

MISCENIC, Emilia, «Currency Clauses in CHF Credit Agreements: A ‘Small Wheel’ in the Swiss Loans’ Mechanism», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 9, 2020.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Hipoteca multidivisa. Deberes precontractuales de información y error vicio. Perfil experto del cliente», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 99, 2015.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Hipoteca multidivisa. No se trata de un instrumento financiero complejo. Nulidad parcial por falta de transparencia», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 106, 2018.

PEACOCK, Mark, «The Ontology of Money», *Cambridge Journal of Economics*, vol. 41-5, 2017.

RANCIERE, Romain, TORNELL, Aaron y VAMVAKIDIS, Athanasios, «Currency mismatch, systemic risk and growth in Emerging Europe», *Economic Policy*, vol. 25, 2010.

ROSENBERG, Christoph B. y TIRPÁK, Marcel, «Determinants of Foreign Currency Borrowing in the New Member States of the EU», *Working Paper, International Monetary Fund*, 2008.

SHAVELL, Steven M. y KAPLOW, Louis, «Contracting», en JACKSON, Howell E., KAPLOW, Louis, SHAVELL, Steven M., VISCUSI, W. Kip y COPE, David, *Analytical Methods for Lawyers*, 2ª ed., Foundation Press, New York, 2010.

TIROLE, Jean, *The Theory of Corporate Finance*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2006.

VITALONE, Vincenzo y DEL BIANCO GIOVANELLA, Fausto, *Gli effetti della nullità del contratto*, Giuffrè, Milano, 2016.

WEILL, Alex y TERRÉ, François, *Droit civil. Les obligations*, 2ª ed., Dalloz, Paris, 1975.

WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, Aneta, «Unfair Contract Terms in CHF Mortgage Loan», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 9, 2020.

ZIMMERMANN, Reinhard, «Restitutio in Integrum: The Unwinding of Failed Contracts under the Principles of European Contract Law, the Unidroit Principles and the Avant-projet d'un Code Européen des Contrats», *Uniform Law Review*, 2005.

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (octubre 2022-febrer 2023)

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/3256/2022, de 19 d'octubre, JUS/432/2013, de 7 de febrer, i JUS/592/2023 i JUS/593/2023, de 20 de febrer

Sumari

-

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/3256/2022 (l'abast de les normes interpretatives de la voluntat del causant: la crida al fills), JUS/432/2023 (parella estable: divisió de cosa comuna en conveni regulador), JUS/592/2023 (autorització alternativa per a la repudiació d'herència per part de menors d'edat i conflicte d'interessos) i JUS/593/2023 (parella estable: divisió de cosa comuna en transacció judicial).

Abstract

-

Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation JUS/3256/2022 (scope of provisions on the interpretation of wills: designation of children), JUS/432/2023 (cohabitants: partition of property by means of an agreement upon breakdown), JUS/592/2023 (disclaimer of an inheritance by minors: conflict of interests with relatives who consent in lieu of the court) and JUS/593/2023 (cohabitants: partition of property by means of a court settlement).

Title: *Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation (October 2022-February 2023)*

-

Paraules clau: Dret civil català, Registre de la Propietat, recursos governatius, normes interpretatives del testament, parella estable, divisió de la cosa comuna, conveni regulador, transacció judicial, repudiació de l'herència, autorització alternativa, menors d'edat.

Keywords: *Catalan private law, Land Registry, Land Registry complaints, provisions on the interpretation of wills, cohabitants, partition of property, court settlement, breakdown, disclaimer of inheritance, conflict of interests, minors.*

-

2.2023

Miriam Anderson
Universitat de Barcelona

-

Índex

-

1. Resolució JUS/3256/2022, de 19 d'octubre de 2022 (DOGC núm. 8782, de 28.10.2022). L'abast de les normes interpretatives del testament: la crida genèrica o nominativa als fills a l'art. 114 CDCC

- 1.1. Introducció
- 1.2. L'abast de la institució a favor dels fills
- 1.3. L'abast de les normes interpretatives de la voluntat del testador

2. Resolució JUS/432/2023, de 7 de febrer de 2023 (DOGC núm. 8860, de 22.2.2023). Divisió de la cosa comuna en conveni regulador de ruptura de parella estable homologat judicialment

- 2.1. Introducció
- 2.2. La competència substantiva de la DGDEJM i les desviacions del procediment registral
- 2.3. L'equiparació dels continguts dels convenis reguladors de ruptura matrimonial i de parelles estables

3. Resolució JUS/592/2023, de 20 de febrer de 2023 (DOGC núm. 8866, de 2.3.2023). Repudiació d'herència per persones menors d'edat: autorització alternativa a la judicial i conflicte d'interessos

- 3.1. Introducció
- 3.2. La qüestió lingüística
- 3.3. L'autorització alternativa a la judicial en cas de conflicte d'interessos amb un dels parents propers

4. Resolució JUS/593/2023, de 20 de febrer de 2023 (DOGC núm. 8866, de 2.3.2023). Divisió de la cosa comuna en transacció homologada judicialment entre convivents en parella estable

- 4.1. Introducció
- 4.2. La competència substantiva de la DGDEJM per a la interpretació del dret civil català
- 4.3. La convivència en parella estable
- 4.4. La divisió de béns comuns en cas de ruptura d'una parella estable

5. Bibliografia citada

1. Resolució JUS/3256/2022, de 19 d'octubre de 2022 (DOGC núm. 8782, de 28.10.2022). L'abast de les normes interpretatives del testament: la crida genèrica o nominativa als fills a l'art. 114 CDCC*

1.1. Introducció

La causant havia instituït hereu el seu marit, amb substitució a favor dels cinc fills del seu matrimoni, a qui designava nominativament. El marit va premorir, com també una de les seves filles, deixant al seu torn vuit fills, nets de la causant. El testament es va atorgar l'any 1989 i la causant va morir l'any 2021.

Presentada l'escriptura d'acceptació d'herència i adjudicació de béns per part dels quatre fills que van sobreviure la causant, el registrador va qualificar negativament, pel fet d'haver-se prescindit dels nets de la causant, fills de la filla que va premorir, «si fossin els seus successors». La qualificació es basava en el que preveia l'art. 114 CDCC, que recollia el criteri que després va passar a l'art. 144 CS i que coincidia amb el que establí l'art. 176 CDCC per als fideïcomisos. En ser cridats els fills com a substituïts, el registrador va considerar que la delació es va rebre al mateix temps que el substituït i que, per tant, transmet el seu dret als seus successors. Segons es desprèn del resum del seu informe, la qüestió que ara aclareix l'art. 425-4 CCC és la rellevant per a decidir el problema plantejat, i no ja si els fills eren designats de manera nominativa o no.

En el seu recurs, el notari va considerar aplicable l'art. 114 CDCC, en la redacció que li va donar el Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, segons el qual només si els fills no eren designats de manera nominativa es produïa també la crida a favor dels descendents ulteriors. A parer del recurrent, no és fins l'art. 144 CS que s'introdueix el criteri segons el qual la crida nominativa, però per parts iguals, s'interpreta que inclou també els descendents del fill premort. Cita resolucions de la DGDEJ relatives a la interpretació del testament¹ i així com les sentències del TSJC 5/2001, de 25 de gener², i 23/2007, de 26 de juliol³.

Per tal de resoldre, la DGDEJM s'ocupa, d'una banda, de l'abast de la institució a favor dels fills, i de l'altra, de l'abast de les normes interpretatives de la voluntat del testador. Abans, però, determina que, d'acord amb les disposicions transitòries 1a i 4a de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, la successió de la causant es regia per la CDCC de 1984, i el mateix text resultava d'aplicació pel que fa a les normes interpretatives de la voluntat del testador (FD 1).

1.2. L'abast de la institució a favor dels fills

En el segon fonament de dret, la DGDEJM recorda, com ho feia també el notari en el recurs, l'historial de reformes que van conduir a l'actual art. 423-8 CCC, començant pel text de la CDCC, adaptat als principis constitucionals l'any 1984, i havent-se afegit a l'art. 144 CS la precisió que si tots els fills són designats nominativament, però per parts iguals, s'entenen cridats els descendents del premort. El text actualment vigent precisa que cal que la designació nominativa sigui a favor de tots els fills per tal que s'interpreti d'aquesta manera la voluntat del causant.

* Email: miriam.anderson@ub.edu Aquests comentaris formen part de les activitats del «Grup de Dret civil català UB», 2021 SGR 00347.

¹ Una d'elles, la Resolució JUS/3443/2009, de 21 d'octubre [DOGC núm. 5523; comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret*, 1, 2010] feia referència a l'aplicació de l'art. 144 CS i, en la resolució ara comentada, la DGDEJM s'hi remet quant al criteri emprat per a decidir.

² ECLI:ES:TSJCAT:2007:15316.

³ ECLI:ES:TSJCAT:2007:15316.

Es dona el cas que a la nota, el registrador havia obviat, en transcriure l'art. 114 CDCC, la proposició «sense designació de noms», que en tot cas no considerava rellevant, perquè el que era determinant, a parer seu, era el moment de la delació a favor del substitut vulgar. Afegia, a més, que no hi ha cap raó per fer de pitjor condició els fills dels substituïts designats nominativament que els dels designats genèricament. Feia esment també a què la interpretació del testament ha de conduir a concloure que la causant tenia la voluntat inequívoca i expressa d'establir una substitució vulgar.

Per a la DGDEJM, en canvi, segons l'art. 114 CDCC, la designació dels fills pels seus noms comportava que la institució es limités només a aquests, sense que una interpretació àmplia de l'expressió «fills» pogués conduir a incloure els nets i altres descendents del testador. Considera que la diferència de tracte es justifica perquè en el cas de la designació genèrica, es posa de manifest la voluntat del testador de tractar igual tots els seus fills, cosa que no succeeix quan se'ls designa nominativament. No es considera rellevant per a decidir el recurs el que estableix l'actual art. 425-4 CCC, que, a més, no és aplicable a la successió de què es tracta (FD 2.4).

En el fonament de dret tercer, tot i portar per títol «l'abast de les normes interpretatives de la voluntat del causat», en realitat es continua interpretant el referit article de la Compilació. Precisa la DGDEJM que el contrari de la institució genèrica d'hereus a favor dels «fills» no és la institució nominativa a favor de tots per parts iguals, sinó la institució nominativa a favors només d'alguns o a favor de tots però per parts desiguals. Així, «una institució nominativa d'hereus a favor de tots els fills del testador per parts iguals és una institució genèrica d'hereus a favor dels fills del testador i, per tant, s'ha de regir per les mateixes normes», aplicant-hi la regla de l'art. 114 de la CDCC. Ho rebla afirmant que els art. 144.2 CS i 423-8.2 CCC «no estableixen cap nova regla interpretativa, sinó que, acollint la regla tradicional ja recollida a l'article 114 de la CDCC, posen de manifest el que ja hi havia implícit» (FD 3.2).

Aquest raonament sembla una reinterpretació de la norma interpretativa, diferent a la proporcionada al segon fonament de dret de la resolució i que s'aparta també del que havia entès el TSJC amb anterioritat, tant en les sentències de 2001 i de 2007 abans citades, com en la Interlocutòria del President del Tribunal de 21 de juliol de 2000, a la qual al·ludia el TSJC. Així:

«Aquesta novetat és destacada per la interlocutòria del president del TSJC de 21-7-2000, la qual estableix que, si bé en el paràgraf primer l'article 144 actualitza l'antic article 114 de la Compilació, el segon paràgraf, segons l'exposició de motius, suposa una novetat en aquests capítols ja que introdueix el dret de representació en la successió testada en el supòsit d'institució genèrica de fills o de la institució nominada i sense parts de tots els fills. En conseqüència -diu la interlocutòria presidencial- es tracta d'una regla interpretativa no recolzada en la tradició jurídica catalana que el legislador adopta segurament perquè entén que es conforme amb la voluntat probable del testador.» (STSJC 23/2007, FD 5).

El raonament de la DGDEJM és, però, diferent. Continua interpretant l'art. 114 CDCC en els següents termes:

«[C]onvé subratllar algunes qüestions que permeten modalitzar la literalitat de l'article 114 de la CDCC. La primera, que en el text de 1960 la norma, més que voler garantir que els descendents dels fills premorts serien cridats com a substituïts vulgars, pretenia a) excloure de la crida els fills no matrimonials, cosa que la Llei de 1984 va derogar, i b) excloure la crida simultània de fills i nets quan els fills eren vius en el moment de la defunció del testador. Així doncs, la crida als descendents dels fills premorts s'estenia a tots. La segona, que el CS va establir un paràgraf segon a l'article 144, aclarint que si la crida als fills era nominativa i per parts iguals, també s'aplicava la crida als descendents dels fills premorts. Seria bo de recordar que la disposició final primera de la Llei 40/1991, que aprovà el CS, no va derogar la CDCC, sinó que va emprar l'expressió 'Resten

substituïts els articles 63 a 276 de la CDCC' amb una voluntat de donar continuïtat a la llei antiga en tot allò que no fos modificat de manera clara. Afegir un paràgraf a la norma de 1984 com va fer la Llei de 1991 no és pròpiament derogar, sinó més aviat modular o interpretar. Així doncs, no forcem en absolut la norma de l'article 114 de la CDCC, en especial en el text de 1984, si afirmem que la designació nominativa dels fills, essent la institució per parts iguals, té un efecte equivalent a la denominació genèrica de 'fills', cosa que no succeiria si la designació hagués estat per parts desiguals. Hem d'entendre, doncs, que la substitució vulgar a favor dels fills feta en el testament que regeix la successió que ens ocupa en la present resolució inclou la crida a favor dels fills de la filla premorta.» (FD 3.3).

Tal i com ha afirmat la doctrina, resulta poc oportú que les normes interpretatives generin dubtes d'interpretació⁴. El precepte actualment vigent, per fortuna, representa una millora en comparació tant amb la CDCC com amb el CS.

1.3.L'abast de les normes interpretatives de la voluntat del testador

En tot cas, la DGDEJM entén que la norma interpretativa establerta a l'art. 114 CDCC opera llevat que sigui una altra la voluntat del testador. Aquesta voluntat diversa a la que preveu el precepte de referència pot consistir en la limitació de la crida genèrica com a hereus exclusivament als seus fills (sense que operi a favor dels descendents ulteriors, per tant, cap substitució vulgar tàcita o legal, o dret de representació), o bé en exterioritzar «la crida genèrica com a hereus als seus fills de manera diferent a la descrita a l'art. 114 CDCC, designant-los pels seus noms i instituint-los tots per parts iguals» (FD 3.2). I acaba conclouent que: «res en el testament que regeix la successió que motiva la resolució present pot induir de manera raonable a concloure que la voluntat de la testadora era excloure els nets en cas de defunció d'algun dels fills, per la qual cosa hem d'aplicar sense dubte la norma legal d'interpretació de la voluntat en els termes que ho fem en aquest fonament de dret. No hi ha, per exemple, una institució 'amb dret d'acréixer' entre els fills designats nominativament ni una institució a favor dels fills 'que em sobrevisquin', expressions que exclourien la substitució vulgar» (FD 3.3).

Les normes interpretatives, tinguin el sentit que tinguin, topen amb la veritable voluntat del causant, però la DGDEJM considera necessari donar un significat determinat, i diferent del que havia mantingut l'autoritat judicial amb anterioritat, per tal de poder després determinar quina era la veritable intenció de la testadora.

Finalment, s'assenyala, amb tot l'encert, que tant el registrador com el notari s'havien referit als «successors» de la filla premorta, quan en realitat, qui succeirà en el seu lloc, seran els seus descendents, atès que no es tracta d'un dret de transmissió, sinó d'una substitució vulgar o d'un dret de representació en la successió testada (segons quina de les diverses tesis existents, que la resolució no analitza, s'adopti).

Per tant, es confirma la qualificació negativa per la necessària intervenció dels descendents de la filla premorta, però amb una argumentació diferent a la que havia emprat el registrador a la nota.

⁴ LLÀCER MATAÇAS, en EGEA I FERNÁNDEZ / FERRER I RIBA (Dir.), *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. I, 2009, pp. 339-343, p. 343.

2. Resolució JUS/432/2023, de 7 de febrer de 2023 (DOGC núm. 8860, de 22.2.2023). Divisió de la cosa comuna en conveni regulador de ruptura de parella estable homologat judicialment

2.1. Introducció

Es presenta per a la seva inscripció sentència recaiguda en un plet relatiu a la ruptura d'una parella estable, juntament amb la diligència que n'acredita la fermesa. El procediment va ser consensual i la jutgessa va aprovar íntegrament el conveni regulador presentat per les parts, en què s'hi contenien previsions relatives a les filles menors d'edat, al domicili i a l'aixovar, als aliments i a la prestació compensatòria, així com la liquidació dels béns i càrregues comunes. En aquest context, s'atribuïa a una de les parts l'ús i gaudi del que fou l'habitatge familiar i també la meitat indivisa del mateix, de manera que n'esdevenia propietària plena, a canvi d'abonar una quantitat a l'altra part. El mateix succeeix quant a una plaça d'aparcament.

El registrador de la propietat va suspendre la inscripció, per inadequació de la documentació presentada, en no constar la divisió en escriptura pública. Va considerar que el plet versava sobre la guarda, custòdia o aliments dels fills, i que no s'havia exercitat una acció de divisió de la cosa comuna. Entenia que l'homologació judicial del conveni no li resta la naturalesa de document privat, respecte als pactes sobre qüestions alienes al del plet. La nota partia de què no és possible equiparar les unions de fet a les relacions matrimonials i es basava en els art. 234-5, 234-6 i 551-1 CCC, així com en els art. 3 LH i 100 RH, i en doctrina de la Direcció General del Ministeri de Justícia.

L'interessat va recórrer, manifestant la seva disconformitat amb la nota i amb el que considerava una decisió discriminatòria i lesiva per als seus interessos. Es basava en els art. 231-1, 234-6 a 234-8 i 233-3 CCC, i argüïa que el conveni havia estat sotmès a control i aprovació judicial i era d'obligat compliment. A més, tampoc acceptava que s'hagués d'exercitar de forma acumulada l'acció de divisió de la cosa comuna, perquè es tractava d'un procediment de mutu acord, la qual cosa vindria avalada per la disposició addicional 5a de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, referida a procediments contenciosos, així com per la Resolució de la DGDEJ de 26 de novembre de 2015⁵, i el tractament fiscal equiparat als casos de ruptura matrimonial. La jutgessa que havia dictat la sentència també va formular al·legacions en sentit similar.

El registrador va mantenir en el seu informe la qualificació, insistint en què les parelles estables no s'equiparen a les matrimonials i en què únicament es podria pactar l'extinció del condomini en un conveni regulador de ruptura de parella si la seva finalitat fos cobrir les necessitats de la persona menor o de la més necessitada de protecció, o si el valor de les quotes influís en el càlcul de les prestacions alimentàries a favor d'aquelles, cosa que no succeïa, a parer seu, en el cas discutit. A més, tot i elevar el recurs a la DGDEJM, va posar el seu informe en coneixement de la DGSJFP, per si es considerava competent, atès que, segons el registrador, el recurrent pretenia equiparar l'estatut de la parella estable al matrimoni i, d'altra banda, les qüestions documentals i processals són competència estatal. Fins el moment de tancar aquest comentari, no es té notícia que la DGSJFP s'hagi pronunciat per mitjà de resolució, la qual cosa és lògica si es té en compte que no se li va elevar el recurs governatiu.

⁵ JUS/2941/2015 (DOGC núm. 7026, de 28.12.2015). Comentada a *InDret*, núm. 2, 2016. Cal tenir en compte que, en aquell cas, es tractava de determinar si era inscriptible una escriptura en què es procedia a la liquidació de béns de la parella, cosa que la DGDEJ va negar, atesa la necessitat d'aprovació judicial de l'acord en haver-hi fills menors d'edat.

2.2. La competència substantiva de la DGDEJM i les desviacions del procediment registral

De tota manera, atès que en l'informe el registrador manifestava que podria ser competent per a resoldre la DGSJFP, la DGDEJM es pronuncia al respecte, entenent que la fonamentació jurídica de la qualificació i també la del recurs se centren en l'aplicació d'articles del CCC que regulen l'extinció de les relacions de parella estable. Recorda la redacció de l'art. 147 de l'Estatut i de l'art. 1 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, així com el fet que la regulació dels efectes de les crisis matrimonials i de parella és competència exclusiva de la Generalitat de Catalunya. Conclou, per tant, que li correspon resoldre i que la competència per a fer-ho és «substantiva per raó de la matèria» (FD 1.2).

A més, retreu al registrador el fet d'haver enviat una còpia del recurs a la DGSJFP, la qual cosa considera irregular. Esmenta també el fet que si l'interessat adreça el recurs a la DGDEJM, el registrador no en pot qüestionar la competència, atès que correspon fer-ho d'ofici a la DG catalana, tal i com estableix la Llei 5/2009, de 28 d'abril (art. 3.7). Ni aquesta ni els principis generals del dret administratiu permeten desviar la trajectòria vers una entitat diferent d'aquella davant la qual s'ha presentat el recurs (FD 1.3).

L'art. 3.3 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, estableix, en canvi, que el registrador ha d'eleva l'expedient a la DGDEJM si la considera convenient, encara que el recurrent l'hagués interposat davant la DGSJFP, sens perjudici que la primera ho comuniqui a la segona.

2.3. L'equiparació dels continguts dels convenis reguladors de ruptura matrimonial i de parelles estables

La DGDEJM no comparteix l'opinió del registrador conforme a la qual, malgrat l'aprovació judicial del conveni, en tractar-se d'una ruptura de parella estable i no haver-se exercitat acció de divisió de la cosa comuna, el pacte en aquest sentit té naturalesa de document privat, per tractar-se d'una matèria aliena al conveni. Nega que la Resolució de 26 de novembre de 2015 es pugui interpretar en aquest sentit (FD 2.1).

A la Resolució de 2015 citada, la DGDEJ havia equiparat el contingut possible dels convenis reguladors de ruptura matrimonial i de parella, però en el cas el conveni com a tal no s'havia aprovat judicialment i la DGDEJ va considerar que no regia l'art. 233-5 CCC, perquè, havent-hi menors, era necessària l'homologació judicial. En el seu moment, es va considerar que es tractava d'una interpretació restrictiva de la remissió que fa l'art. 234-6.3 CCC⁶.

En la mateixa línia, la DGDEJM considera que, en virtut del principi de no discriminació (art. 231-1 CCC) i perquè cap norma estableix una restricció d'aquest estil, no es pot mantenir que el

⁶ En el comentari a aquesta Resolució a *InDret*, 2, 2016, es deia que: «L'apartat 3 de l'art. 233-5 CCCat estableix la ineficàcia dels pactes en matèria de guarda i de relacions personals amb els fills menors, i també els d'aliments a favors dels fills menors, si no són conformes a l'interès superior del menor en el moment en què se'n pretengui el compliment. La DGDEJ dedueix d'aquesta previsió que, quan hi ha fills menors, el pacte s'ha de sotmetre a l'autoritat judicial per a la seva aprovació com a conveni regulador. Des d'aquesta perspectiva, que no es comparteix, qualsevol acord entre cònjuges o membres d'una parella estable en crisi, si hi ha fills menors, s'ha de portar a judici per tal que sigui eficaç. Res més lluny, al meu parer, del que pretén la norma, que únicament permet que els cònjuges o integrants d'una parella en crisi es considerin desvinculats dels acords que directament afectin els fills (guarda, relacions personals i aliments, però només d'aquests) quan en el moment en què s'han de complir no siguin idonis per a la millor satisfacció de l'interès dels menors. Això no suposa que perdin la seva força vinculant els restants pactes (així, l'eventual prestació compensatòria o alimentària, els acords sobre compensació econòmica per raó de treball o, amb més motiu, els pactes de dissolució del condomini; en canvi, l'atribució de l'ús de l'habitatge podria veure's afectada per una alteració de les circumstàncies relatives als menors, com ho demostraria també la previsió de l'art. 233-21.3 CCCat).»

conveni s'hagi de restringir a les relacions parentals i als efectes entre els convivents (FD 2.2). A més, entén que «el conveni de ruptura de parella no regula una extinció de condomini aïllada, sinó la liquidació de les relacions patrimonials i personals derivada de la ruptura de parella estable» i que tant el pacte entre les parts com l'autorització judicial demostrin que s'han tingut en compte tots els interessos en joc, inclosos els de les filles menors, a l'hora de procedir a la divisió, sense que al marc de la qualificació registral es pugui «entrar a ponderar si el valor de les participacions adjudicades a un dels cotitulars ha influït en l'absència de pensió d'aliments entre cònjuges o de pensió compensatòria, i no cal tampoc expressar en el conveni el motiu de les adjudicacions (FD 2.3).

Finalment, tot i que no caldria per a estimar el recurs, la DGDEJM no considera que calgués l'exercici de l'acció de divisió de la cosa comuna, novament arran de l'equiparació del contingut possible del conveni de ruptura de parella i el de ruptura matrimonial. Recollint un dels motius del recurs, així com una de les al·legacions de la jutgessa, s'estima que si la disposició addicional 5a de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, permet l'exercici de l'acció de divisió quan la ruptura es canalitza per mitjà d'un procediment contenciós, no hi ha cap obstacle per a incloure la divisió pactada en el conveni, que precisament pot evitar o posar fi a eventuals controvèrsies (FD 2.4).

Conclou la resolució en el sentit d'entendre que l'art. 234-6 CCC «equipara els acords assolits després del cessament de la convivència i aprovats per l'autoritat judicial» amb els acords a què es refereix l'art. 233-3 CCC. No s'altera, per tant, la doctrina registral catalana pel que fa als convenis que no hagin estat homologats judicialment.

3. Resolució JUS/592/2023, de 20 de febrer de 2023 (DOGC núm. 8866, de 2.3.2023). Repudiació d'herència per persones menors d'edat: autorització alternativa a la judicial i conflicte d'interessos

3.1. Introducció

El causant va morir intestat l'any 2021. No va deixar ni descendents ni ascendents, però sí una persona amb qui vivia en parella estable, una germana i els seus dos fills menors, i una tia. Aquesta darrera és qui l'acaba heretant, atès que tant la persona convivent com la germana i els nebots van repudiar l'herència. La repudiació de l'herència per part dels menors la van realitzar els seus progenitors, amb l'assentiment dels dos parents més propers de cada línia, que eren l'avi patern i la seva bestia materna, que era tia del causant i, finalment, la seva hereva abintestat. Es dona el cas que la renúncia per part de la germana i dels menors, amb els referits assentiments, es va produir amb vuit setmanes d'antelació a la renúncia per part de la persona que vivia amb el causant en parella estable.

Presentada per part de l'hereva instància privada, amb signatura legitimada, juntament amb les actes de declaració d'hereus i les dues escriptures de renúncia, el registrador en va suspendre la inscripció, per considerar que hi va haver conflicte d'interessos degut a què una de les persones que van assentir a la repudiació per part dels menors va ser qui se'n va beneficiar (la bestia dels menors). Fonamentava la nota en els art. 236-27.e i 236-30.b CCC.

El recurs per part de l'hereva es va basar en què els preceptes esmentats pel registrador no tenen res a veure amb el motiu pel qual es denega la inscripció i en què cap precepte prohibeix que els parents que assenteixen a una repudiació puguin ser declarats hereus i que, en tot cas, no són aquests parents els qui renuncien, sinó els progenitors que representen els menors. Les normes del CCC relatives al conflicte d'interessos se centren en la relació entre representants i

els representats. També esmenta que de la documentació presentada se'n desprèn que no hi havia altres parents que poguessin suplir l'autorització judicial.

En el seu informe, el registrador va confirmar la qualificació negativa, distingint el cas del que va decidir la Resolució de 9 d'octubre de 2014⁷, i afirmant que hi ha perill real que l'actuació de l'hereva estigués condicionada pels seus propis interessos. En seu de tutela i de potestat parental es preveu que, si només hi ha conflicte d'interessos respecte a una de les persones que han de prestar el consentiment, el pot prestar l'altra (art. 222-29 i 236-20 CCC), però constata que no hi ha una norma similar quan es tracta de l'autorització alternativa per part dels parents.

3.2. La qüestió lingüística

Al final de la resolució (FD 3), la DGDEJM crida l'atenció sobre la necessitat que en els registres es doni un compliment més acurat de la legislació lingüística catalana, per tal de garantir el dret d'opció lingüística de la ciutadania. Tot i que la documentació presentada estava redactada íntegrament en català, la nota de qualificació es va emetre en castellà (no així ja l'informe del registrador). Com ha fet en altres ocasions⁸, la DGDEJM entén que una aplicació coherent de la Llei 1/1998, de 7 de gener (en concret, dels seus art. 14 i 17), mena a concloure que, si l'interessat presenta documentació en català, la nota de qualificació també ha de constar en aquest idioma, encara que cap precepte contempli específicament aquesta concreta circumstància.

3.3. L'autorització alternativa a la judicial en cas de conflicte d'interessos amb un dels parents propers

Centrada la qüestió controvertida (FD 1.1) i havent recordat que l'autorització alternativa forma part d'un procés de desjudicialització del dret característic de l'ordenament civil de Catalunya, que deriva del principi de llibertat civil (art. 111-6 CCC) (FD 1.3), la DGDEJM distingeix nítidament entre el consentiment que presten els progenitors i l'assentiment que atorguen els parents que autoritzen l'acte, de la qual cosa en deriva una distinció també quant al conflicte d'interessos, que pot ser directe o de primer grau (en el cas dels representants legals) i indirecte o de segon grau (em el cas de qui presta l'autorització alternativa) (FD 1.4). La Resolució retorna en diversos moments a aquesta classificació, tot i que de vegades amb un sentit diferent. Així, es considera que en el cas discutit hi ha contraposició d'interessos directa, perquè qui assenteix és qui es beneficia directament de la repudiació (FD 2.3 final i FD 2.4).

En tot cas, la Resolució que ara es comenta representa un canvi de criteri respecte al mantingut a la Resolució de 30 de març de 2011⁹, dictada en un cas en què era aplicable el Codi de Família, i en la qual es va sostenir que l'autorització alternativa és excepcional i que, si no hi pot concórrer un parent de cada branca, el mecanisme alternatiu esdevé inviable i cal, per tant, acudir a l'autoritat judicial. Aquesta interpretació va ser corregida arran de la impugnació judicial de la resolució. Tant la SAP de Barcelona (secció 14a) 359/2013, de 21 de juny¹⁰, com la

⁷ JUS/2425/2014 (DOGC núm. 6743, de 5.11.2014). Comentada a *InDret*, 2, 2015.

⁸ En sentit similar, vegeu la Resolució de 18 d'abril de 2006 [JUS/1920/2006, de 18.5.2006; DOGC núm. 4655, de 15.6.2006; comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret*, 3, 2007] i les Resolucions JUS/2464/2017 (DOGC núm. 7482, de 26.10.2017), JUS/2477/2017 (DOGC núm. 7484, de 30.10.2017), JUS/2652/2017, JUS/2655/2017, JUS/2657/2017 (DOGC núm. 7500, de 21.11.2017) i JUS/2685/2017, de 13 d'octubre (DOGC núm. 7501, de 22.11.2017), comentades a *InDret*, 1, 2018.

⁹ JUS/908/2011 (DOGC núm. 5861, de 18.4.2011). Comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret*, 4, 2011.

¹⁰ ECLI:ES:APB:2013:6835.

STSJC 45/2014, de 7 de juliol¹¹, van considerar que el legislador no havia contemplat el cas de menors amb una sola línia de filiació determinada, però que ho havia fet de manera involuntària, i que procedia l'aplicació analògica del criteri que es desprèn de l'art. 236-20 CCC: la finalitat de la norma és desplaçar el control judicial pel familiar, sempre en interès del menor, i existeix la mateixa raó per a aplicar la norma en supòsits diferents als que literalment recull. Acollint aquesta interpretació, la DGDEJM considera ara que no es pot «qualificar com a excepcional l'autorització familiar alternativa, el recurs a la qual cal facilitar sense reserves» (FD 2.1). Per això avança ja d'entrada que: «no és sostenible que la solució hagi de ser diferent si l'afavorida és una de les persones que han de prestar el consentiment –que, com dèiem abans, és un assentiment; en aquest cas és suficient el consentiment de l'altra. Dit d'una altra manera, no és sostenible que, si el conflicte fos amb la mare, fos suficient l'actuació del pare i el consentiment dels dos parents (tres declaracions de voluntat) mentre que, si el conflicte és amb un dels parents, no sigui suficient l'actuació dels dos progenitors i el consentiment del parent amb el qual no hi ha conflicte (igualment, tres declaracions de voluntat)» (FD 2.1).

La Resolució proporciona una relació de normes civils relatives al conflicte d'interessos, que s'hauria de completar amb les pròpies del dret públic, atès que es tracta d'una categoria no definida legalment, i també ofereix un concepte (FD 2.2), així com un recordatori de les resolucions anteriors que han tractat la qüestió¹². A l'empara del que es va afirmar, en particular, a la Resolució de 9 d'octubre de 2014¹³, s'estima que la contradicció d'interessos s'ha de produir entre les persones que intervenen en l'acte controvertit com a representant i representat, però no quant a les persones que emeten una declaració de voluntat complementària o accessòria (FD 2.3).

Tot i això, explica que a la pràctica notarial, quan es produeix aquest tipus de conflicte, és freqüent excloure el parent amb qui es produeix la contraposició «directa» i cridar el parent més proper immediat. Justament per raó del propi parentiu, considera la DGDEJM que amb aquest darrer segurament també hi haurà una contraposició d'interessos indirecta. Per a l'òrgan resolutori català, però, la solució preferible és que el parent amb qui es produeix el conflicte s'abstingui i que, si no ho fa, el seu consentiment no compti, atès que n'hi ha prou amb el prestat pel parent de l'altra línia. Accepta, això no obstant, la pràctica que s'ha anat consolidant durant un quart de segle, reconeixent a més que proporciona l'única solució possible quan únicament hi ha parents d'una branca, perquè altrament només consentirien l'acte el parent que representa i el que assenteix, de la mateixa branca (FD 2.4). Sembla deduir-se d'això darrer que el que no acceptaria la DGDEJM és que hi haguessin únicament dues declaracions de voluntat: la del progenitor i la d'un sol parent de la seva mateixa branca. Mancarà veure quina és la postura dels tribunals en aquest punt, si és que el criteri de la DGDEJM es tradueix en una aplicació pràctica. No sembla massa justificable que si hi ha dues línies parentals determinades, sigui suficient el consentiment d'un dels parents propers, mentre que si n'hi ha només una, calgui el de dos parents propers, per tal que entre tots els intervinents sumin tres declaracions de voluntat.

Finalment, en el cas concret quan la bestia va assentir a la repudiació per part dels nebots del causant menors d'edat, la persona cridada en primer lloc a acceptar l'herència no era ella, sinó la que convivía amb el causant, de manera que es considera que el conflicte era només potencial i depenent d'un fet aleatori (la repudiació de la parella del causant, que es va produir

¹¹ ECLI:ES:TSJCAT:2014:7770

¹² Resolucions de 8 de febrer de 2012 (JUS/628/2012; DOGC núm. 6105, d'11.4.2012), de 9 d'octubre de 2014 (JUS/2425/2014; DOGC núm. 6743, de 5.11.2014) i d'1 de març de 2018 (JUS/389/2018; DOGC núm. 7576, de 12.3.2018), comentades, respectivament, a *InDret*, 4, 2012, *InDret*, 2, 2015 i *InDret*, 3, 2018.

¹³ *Supra* núm. 12.

amb posterioritat). Considera la DGDEJM que la valoració de la concurrència o no de conflicte d'interessos s'ha de realitzar en contemplació de l'acte en concret que s'autoritza, sense que la retroacció dels efectes de la declaració d'hereus al moment de la defunció del causant alteri aquesta conclusió (FD 2.5).

4. Resolució JUS/593/2023, de 20 de febrer de 2023 (DOGC núm. 8866, de 2.3.2023). Divisió de la cosa comuna en transacció homologada judicialment entre convivents en parella estable

4.1. Introducció

Es presenta per a la seva inscripció testimoni d'interlocutòria en què s'homologa la transacció judicial per la qual s'adjudica la finca rústica en qüestió a un dels seus titulars i s'acorden determinades obligacions accessòries a la divisió de la cosa comuna. Es dona la circumstància que els titulars de la finca, segons es desprèn de diversa documentació presentada juntament amb la sol·licitud d'inscripció (incloent la derivada d'actuacions policials i d'actuacions judicials penals), havien conviscut en parella estable.

La registradora suspèn la inscripció, per manca de liquidació tributària, i també perquè considera que per a dur-la a terme és necessari que les parts atorguin escriptura pública, atès que el document presentat és una interlocutòria, que no conté cap pronunciament judicial sobre el fons de l'assumpte. Cita a favor d'aquesta postura l'art. 787.2 de la Llei d'enjudiciament civil. D'altra banda, entén que no s'està davant del supòsit d'homologació judicial d'un conveni regulador amb el contingut que li és propi, atès que no s'ha acreditat que els titulars fossin parella estable.

El recurs es basà fonamentalment en el fet que havia quedat acreditada la condició de parella estable, per haver-se complert els requisits marcats a l'art. 234-1 CCC.

En el seu informe, la registradora confirma la nota quant als dos defectes que identificava: la manca de pagament de l'impost i el fet que, segons reiterada doctrina registral del Ministeri de Justícia, l'homologació judicial d'un acord transaccional no n'altera la naturalesa de document privat, ni el fa inscriptible, sinó que cal una escriptura notarial¹⁴. Sembla que obvia la qüestió de si els titulars convivia en parella de fet, per considerar que no va ser objecte de qualificació, i que no es va donar trasllat del recurs a la jutgessa que va dictar la interlocutòria objecte de qualificació negativa.

4.2. La competència substantiva de la DGDEJM per a la interpretació del dret civil català

Tot i no haver-se qüestionat la competència per a resoldre, la DGDEJM dedica el primer fonament de dret de la resolució a confirmar-la, a partir del que estableixen els art. 147 de l'Estatut i 1 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril. Tot i que la qualificació no es fonamenta en normes catalanes, sí que s'hi refereix el recurs, de la qual cosa la DGDEJM en dedueix clarament la competència substantiva per a resoldre per raó de la matèria, sense que el fet d'al·legar normes de caràcter instrumental relatives a la inscripció alteri el fet que es tracta d'un acte regulat pel dret català.

¹⁴ RDGRN de 5 d'abril de 2017 (BOE núm. 93, de 19.4.2017).

4.3. La convivència en parella estable

El fonament de dret segon es dedica íntegrament a analitzar els documents presentats al Registre, dels quals se'n pot deduir que els titulars de la finca conviuen en parella estable. Es tractava d'informacions extretes d'un plet penal en què eren part els titulars. La DGDEJM considera que no correspon a la registradora la qualificació jurídica de parella de fet, però en la resolució mateixa s'acaba conclouent que resulta acreditada la situació de parella estable. Val a dir que si aquesta determinació no correspon en el moment de qualificar, també excedeix dels límits del recurs governatiu. En tot cas, és partint d'aquesta premissa que es resol la qüestió.

4.4. La divisió de béns comuns en cas de ruptura d'una parella estable

Atenent justament al fet que es considera acreditada la situació de parella estable i el cessament de la convivència, la DGDEJM conclou (FD 3) que no és necessari l'atorgament d'escriptura pública un cop els interessats han arribat a un acord homologat judicialment per interlocutòria, perquè regeix el mateix criteri que en els casos de crisi matrimonial, d'acord amb els art. 231-1, 234-6, 233-4, 552-9.e i 552-11.6 CCC i amb la Resolució de 26 de novembre de 2015¹⁵.

Per tant, es dona el mateix valor a una transacció judicial, que té per objecte únicament la divisió de la cosa comuna, que a un conveni regulador. Segurament, si entre les parts no hi havia més qüestions derivades de la ruptura a resoldre, no tindria sentit requerir que s'hagués tractat concretament d'un plet d'aquesta naturalesa, i de l'aprovació judicial d'un conveni regulador d'abast més ampli, per a arribar a aquesta conclusió. Tot i això, potser per aquesta via es generalitza la possibilitat d'inscriure la divisió aprovada judicialment en qualsevol tipus de procediment, si d'aquest o d'altres fets provats se'n desprèn que els titulars integraven una parella estable, la qual cosa pot suposar un tracte de favor en comparació amb els supòsits de ruptura matrimonial¹⁶.

5. Bibliografia citada

ANDERSON, Miriam, «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques (i Mediació)», *InDret*, 4, 2012, disponible a: <http://www.indret.com/pdf/932.cat.pdf.pdf>; *InDret*, 2, 2015, disponible a: http://www.indret.com/pdf/1136_cat.pdf; *InDret* 2, 2016, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1226_ca.pdf; *InDret*, 1, 2018, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/03/1374-1.pdf>; *InDret*, 3, 2018, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/07/1397.pdf>

LLÀCER MATAÇÀS, Maria Rosa, «Comentari a l'article 423-8», a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan / FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. I, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 339-343.

¹⁵ *Supra* núm. 5. La Resolució JUS/593/2023, ara comentada, fa referència a una altra resolució de 18 de gener de 2023, que no s'ha pogut localitzar al DOGC.

¹⁶ I difícilment s'acceptaria el mateix tractament fiscal que si la divisió tingués lloc en un plet de ruptura matrimonial o de parella. La resolució fa esment al fet que en el recurs no es va impugnar el defecte de la nota consistent en la manca de liquidació de l'impost, de manera que la DGDEJM entén que ha estat solucionat (FD 4). En no ser objecte del recurs, segurament no calia ni tan sols referir-s'hi. En tot cas, denota que l'assimilació que realitza la resolució no es considera extensiva a l'àmbit tributari.

MARSAL GUILLAMET, Joan «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques», *InDret*, 3, 2017, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2007/07/456_cat.pdf; *InDret*, 1, 2010, disponible a: http://www.indret.com/pdf/714_cat.pdf; *InDret*, 4, 2011, disponible a: http://www.indret.com/pdf/856_cat.pdf.

Dolo, imprudencia, ceguera ante los hechos. Comentario a la sentencia nº 8488 dictada el 6 de febrero de 2023 por el Tribunal en lo Criminal 1 de la ciudad de Dolores, provincia de Buenos Aires, Argentina (caso Báez Sosa), por Gabriel PÉREZ BARBERÁ.

Riesgo objetivo y dogmática del dolo. Comentario al voto particular de la STS 749/2022, de 13 de septiembre (caso EREs), por Mauro ROCCASALVO.

-

* 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.

Dolo, imprudencia, ceguera ante los hechos

*Comentario a la sentencia n° 8488 dictada el 6 de febrero de 2023 por el Tribunal en lo Criminal 1 de la ciudad de Dolores, provincia de Buenos Aires, Argentina (caso Báez Sosa)**

Gabriel Pérez Barberá
Universidad Torcuato di Tella (Buenos Aires)
gperezbarbera@gmail.com

1. Introducción

Fernando Báez Sosa (en adelante, FBS o «la víctima») fue atacado a golpes de puño y patadas por un grupo de jugadores de rugby al salir de una discoteca de la ciudad de Villa Gesell, en la provincia de Buenos Aires, Argentina. El caso, por sus características, generó una fuerte conmoción a nivel nacional. Se trató de una golpiza brutal que, además, produjo su muerte. Ello, sobre todo a través de redes sociales y otros medios de comunicación, generó debates de todo tipo, como por ejemplo lo vinculado no tanto con la legitimidad constitucional de la pena de prisión perpetua, sino, antes bien, con su razonabilidad en términos criminológicos.

En este lugar, naturalmente, me ocuparé sólo de la cuestión jurídico-penal propia del caso. Aunque esto no convoque a multitudes en términos de interés, presenta muchas facetas importantes, incluso determinantes para, ya por razones estrictamente legales, cuestionar la pena de prisión perpetua impuesta a algunos de los acusados. El caso, en definitiva, es muy interesante desde el punto de vista penal porque su subsunción no es sencilla y requiere, en consecuencia, una especial pericia en el manejo de la dogmática jurídica, no sólo la de la parte especial del Derecho penal, sino también la de su parte general. En este sentido, el caso ha permitido interpelar a las muchas voces que, en Argentina, manifiestan una fuerte desconfianza respecto de la dogmática penal como método para resolver casos jurídicamente relevantes.

En concreto, a mi juicio son muy discutibles las siguientes cuestiones que plantea el hecho que se juzgó: ¿se trató de un homicidio -simple o agravado- en coautoría o de un homicidio «en agresión»? (este último está previsto con una pena atenuada en Argentina, para cuando no se puede determinar la autoría). En su caso, ¿se trató realmente de un homicidio agravado por las razones asumidas en la sentencia, y cometido, por tanto, con dolo directo de primer grado? (en Argentina, los homicidios agravados imputados aquí requieren esa clase de dolo). Por otra parte, ¿por qué se condenó a algunos de los acusados como coautores y a otros como cómplices secundarios? ¿No fueron acaso todos coautores, con independencia de qué clase de homicidio

* Causa n° 629, caratulada «Thomsen, Máximo Pablo y otros por homicidio doblemente agravado...», del que fue víctima Fernando Báez Sosa.

cometieron? Finalmente, ¿por qué el tribunal descartó con tanta seguridad la tesis más intuitiva, que consideraría que este fue un homicidio simple cometido con dolo eventual? Llegado el caso, ¿puede decirse que hubo realmente dolo eventual, según su conceptualización tradicional? ¿O hay elementos de peso que permitirían ver aquí un caso de ceguera ante los hechos, con las consecuentes dificultades que ello implica para imputar dolo eventual? Todo esto sí será objeto de abordaje específico en este comentario.

2. La sentencia

2.1. El hecho

El tribunal, al explicitar el hecho que tuvo por probado, dijo que FBS, junto a su novia y un grupo de doce amigos, además de los ocho imputados, se encontraban en la discoteca «Le Brique», de la ciudad de Villa Gesell, en la madrugada del 18 de enero de 2020. Alrededor de las 4.30 horas se produce un «altercado» dentro de la discoteca, entre ambos grupos de amigos. Allí hubo una pelea entre FBS, tal vez uno de sus amigos y uno o dos de los rugbistas. Nunca se aclaró por qué ocurrió esa pelea, pero, por lo que declaró un amigo de la víctima, aparentemente habría sido por una provocación de FBS a uno de los acusados. En el momento en que uno de los empleados de seguridad los separa e inmoviliza a uno de los jugadores de rugby, este recibe de parte FBS un golpe de puño en la boca del estómago, lo que provoca que caiga al suelo junto con el empleado de seguridad. Como los amigos de ambos comenzaron a «meterse» en la pelea, los empleados de seguridad deciden expulsar del lugar no sólo a FBS y a aquel rugbista, sino a quienes identificaban como integrantes de ambos grupos. FBS sale sólo, tranquilo. El rugbista, en cambio, estaba tan enfurecido que el personal de seguridad tuvo que hacer un enorme esfuerzo físico para poder sacarlo a la calle, mientras profería todo tipo de insultos; hasta llegó a pasar su dedo índice sobre su cuello, en señal de amenaza a FBS. Lo cierto es que poco después todos estaban afuera -y en las cercanías- de la discoteca; unos porque habían sido expulsados; otros porque, al ver que sacaban a sus amigos de allí, habían salido voluntariamente.

FBS, una vez afuera de la discoteca, compró un helado allí cerca y, luego, se dirigió a la acera de enfrente, sereno, a reunirse con sus amigos y su novia. Todos pensaban que el incidente con el otro grupo había terminado. Conversaban en ronda, parados. No sabían que los jugadores de rugby habían planeado atacar allí a FBS, en «venganza» por aquel altercado en la discoteca, y que se acercaban sigilosamente. De hecho, irrumpen de pronto, y uno de ellos, en forma muy sorpresiva, le pega a FBS desde atrás una «trompada» tan violenta que casi lo tira al piso, pese a que aquel (FBS) tenía una contextura física algo fornida y medía más de 1.80 metros. De inmediato aparece otro de los rugbistas y le pega a FBS de frente, también con un golpe de puño muy violento. Esto dejó a FBS arrodillado en la acera, aturdido y sin capacidad de reacción. En ese instante aparece el resto de los jugadores de rugby. Tres de ellos se suman a golpear a FBS, lo que hacen con un nivel de violencia inusitado, que dejó atónitos a algunos de los testigos. «Por la cantidad y el tamaño de los atacantes no me metí», dijo uno de ellos, que pudo ver el ataque desde cerca. «Se turnaban para pegarle».

Los otros tres rugbistas, entretanto, intentan evitar que la víctima sea auxiliada por sus amigos, sea golpeando a estos, sea rodeando a quienes le pegaban a FBS para que aquellos no pudieran acercarse a ayudarlo. «Intentaba pararse, pero lo golpearon tanto que en un momento no pudo más». Cuando ya estaba en el piso le pegaron sobre todo patadas, muy violentas, tanto en el cuerpo como en la cabeza. «Un chico de bermudas y camisa oscura le pega un par de patadas en

la cabeza y lo termina de rematar». Toda esta secuencia es muy rápida: dura alrededor de 50 segundos. «Hechos como este he presenciado varios..., pero nunca con esa brutalidad», cerró su declaración uno de los testigos presenciales. FBS está aparentemente inconsciente en ese momento, con la cabeza y la cara ensangrentadas.

Tras ello, los agresores se alejan del lugar caminando, a los gritos. «Ahí tenés, negro de mierda», «a este negro de mierda me lo llevo de trofeo», «a ver si volvés a pegar, negro de mierda», son algunas de las expresiones que gritan con clara connotación, en Argentina, más clasista que racista (esto seguramente fue decisivo para que, de antemano, quedara excluida de toda consideración la agravante por “odio racial” del art. 80 inciso 4º del CP argentino). Después del hecho, los agresores regresaron al apartamento que habían alquilado para pasar sus vacaciones allí (Villa Gesell es una ciudad turística junto al mar). Dos de ellos se cambiaron de ropa y volvieron a salir para comer unas hamburguesas en un local de comidas rápidas. Tras ello, volvieron a dormir al apartamento, donde estaban ya durmiendo los demás acusados.

Mientras tanto, FBS agonizaba en la acera por la golpiza sufrida, no tenía pulso y no respondía a las maniobras de rescate cardíaco que le fueron aplicadas por una transeúnte y un policía. Unos 25 minutos más tarde llega una ambulancia que lo traslada al hospital, donde se verifica su fallecimiento como consecuencia de los golpes sufridos en la cabeza por las patadas que le propinaron los rugbistas. En la autopsia, concretamente, se indicó que FBS falleció en virtud «de un paro cardíaco traumático por shock neurogénico producido por múltiples traumatismos de cráneo que generaron hemorragia masiva intracraneana, intraparenquimatosa, sin fractura ósea». La autopsia dejó en claro, asimismo, que por la índole de las lesiones es seguro concluir que la muerte de FBS se produjo en forma «instantánea», en el lugar del ataque.

Los jugadores de rugby son detenidos todos juntos en el apartamento que habían alquilado, unas pocas horas después del hecho, en la mañana de ese mismo día. Se les comunicó que estaban acusados de homicidio y no opusieron resistencia al arresto. Tras el hecho, y antes de ser detenidos, ninguno de ellos huyó (ni intentó huir). También entregaron sus celulares sin oposición alguna, y precisamente tras la revisión judicial de estos dispositivos se supo que, después del homicidio y antes de ser detenidos, se habían enviado mensajes de texto entre ellos, en los que, entre otras cosas, se decían «caducó» (para indicar que FBS había muerto), o «chicos, de esto no se cuenta nada a nadie», o «creo que matamos a uno».

Quedó acreditado asimismo que los agresores, antes de este hecho, en la ciudad en la que residían habitualmente tenían constantemente peleas a la salida de discotecas y en la vía pública, y que por eso eran muy temidos allí; en esas peleas previas nunca nadie murió. En cuanto a la actitud posterior al hecho de este grupo, fuera de lo que ya indiqué se confirmó que llevaron a cabo otro hecho muy reprochable, macabro incluso, porque, ante una pregunta del personal policial que los detuvo, dijeron que otro joven había intervenido en el homicidio, pese a que eso era falso porque dicha persona, en ese momento, ni siquiera estaba en la ciudad balnearia donde se cometió el hecho. Quisieron involucrarla simplemente porque era un joven de su ciudad natal que conocían y al que siempre le hicieron *bullying*, y este fue un episodio más de esa naturaleza; lograron su cometido, de hecho, pues este joven fue detenido y estuvo privado de su libertad algunos días hasta que se acreditó su completa inocencia.

No sólo el homicidio en sí, entonces, sino también esta incriminación arbitraria enardeció a la opinión pública contra los rugbistas. Por lo demás, ninguno de ellos se mostró arrepentido

nunca, salvo sobre el final del juicio, en el que de un modo muy formal pidieron disculpas, seguramente aconsejados en tal sentido por su defensor. Este, a su vez, se quejó fuertemente por el destrato que sus defendidos habían sufrido por parte de los medios de comunicación, y en sus alegatos frente al tribunal expresó su temor a que la sentencia estuviese «ya escrita» por esos medios y por la opinión pública. Por lo demás, las declaraciones de los acusados fueron muy escuetas y absolutamente inverosímiles en los tramos relacionados con hechos externos, porque las propias imágenes de las múltiples filmaciones que registraron el hecho las contradicen. En cuanto a lo subjetivo, los acusados que declararon dijeron que no quisieron matar a la víctima, que no hubo un plan para hacerlo y que, cuando se enteraron del resultado mortal, no podían creer lo que había sucedido.

2.2. La subsunción jurídico-penal del hecho

Hay que aclarar, ante todo, que los imputados llegaron a juicio acusados como coautores (CP argentino, art. 45) de homicidio doblemente agravado, por haber sido cometido con alevosía (CP argentino, art. 80 inc. 2, segundo supuesto) y con el concurso premeditado de dos o más personas (CP argentino, art. 80 inc. 6). Según la acusación, los ocho acusados actuaron con dolo directo de matar desde que tomaron conjuntamente la decisión de atacar a FBS fuera de la discoteca. El tribunal, en cambio, sostuvo que en el juicio se acreditó otra cosa, sin que ello implicara una violación al principio de congruencia (esto es, la garantía procesal conforme a la cual ninguna persona puede ser condenada por un hecho distinto por el que fue acusada).

En concreto, el tribunal dijo que lo que se probó en juicio fue que los acusados, inicialmente, acordaron sólo lesionar a FBS, a través de golpes de puño, patadas, etc. De acuerdo con esto, al pegar los primeros golpes, actuaron con dolo directo de primer grado, sí, pero de lesiones corporales, no de homicidio. Ya sabemos, sin embargo, que los acusados fueron condenados como autores y partícipes de formas de homicidio agravado que, en Argentina, pacíficamente son admisibles únicamente con dolo directo de primer grado. ¿Cómo fundó el tribunal, entonces, la concurrencia de esta forma de dolo respecto del homicidio? Dijo, en concreto, que ese dolo directo surgió en los acusados en el instante en que, tras recibir los primeros golpes, FBS yace indefenso en el piso. A partir de allí -sostiene el tribunal- todas las patadas y demás golpes que recibió FBS en la cabeza y en el resto del cuerpo fueron propinadas con dolo directo (de primer grado) de matar.

El tribunal se apartó de la acusación también respecto de la cuestión de la autoría. Según la acusación, hubo ocho coautores de homicidio. Para la jueza y los jueces, en cambio, hubo sólo cinco coautores, y a los otros tres los consideró cómplices secundarios o no necesarios (CP argentino, art. 46, que establece una pena menor para la complicidad secundaria respecto de la primaria, que está conminada con la misma pena que la autoría). En concreto, el tribunal sostuvo que fueron autores únicamente los cinco acusados que «pusieron manos en la víctima», es decir, los que le pegaron; a los otros tres, en cambio, los consideró cómplices, porque no golpearon a FBS, sino que sólo llevaron a cabo acciones para impedir que la víctima fuera auxiliada (por ejemplo: pegarles a los amigos de FBS que querían parar la pelea y «cercar» el lugar del ataque para que nadie se acercara) y, con ello, asegurar que pueda ser golpeada por sus amigos. Según el tribunal, tal participación fue, además, meramente secundaria o no necesaria, porque, si bien configuró una colaboración útil, no fue «esencial» para que el hecho fuese cometido tal como se cometió.

3. Análisis crítico

3.1. Mi acuerdo con el tribunal: este no fue un caso de «homicidio en riña o agresión»

El art. 95 del CP argentino prevé lo siguiente: «Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión». Las lesiones previstas en el art. 90 son las «graves», y las previstas en el art. 91, las «gravísimas». En el art. 89 se prevén las lesiones «leves», y si estas son las que se producen en el marco de una agresión colectiva, rige entonces el art. 96 del CP argentino: «Si las lesiones fueren las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión».

¿Por qué no se aplicó al caso el tipo penal del art. 95 del CP argentino? La riña queda descartada de antemano porque hay acuerdo doctrinal y jurisprudencial, en Argentina, en que requiere que se trate de una golpiza de unos contra otros. En este caso, en cambio, esa golpiza fue de todos contra uno: «no se verifica la reciprocidad de las acciones», dijo el tribunal. Pero ¿y la agresión? Esta sí es compatible con lo ocurrido en el caso. Creo, de todos modos, que el tribunal dio buenas razones para no tener por aplicable tampoco a este último tipo penal atenuado.

La letra del art. 95 del CP argentino parece indicar que si hay agresión de tres o más personas y no consta quién en concreto causó la muerte, hay que descartar toda posibilidad de *coautoría* -y no sólo de autoría- de homicidio simple, y asumir que hay coautoría de homicidio en agresión. El tribunal, sin embargo, en coincidencia con la jurisprudencia dominante actual efectúa la siguiente precisión: el dolo del homicidio en agresión no debe ser ninguna forma de dolo de matar, pues de lo contrario habrá autoría o coautoría de homicidio simple (o agravado), o, en su caso, complicidad en estos delitos. Y aquí -indica el tribunal- todos los acusados tuvieron dolo de matar, por lo que corresponde tenerlos como coautores o partícipes de los homicidios agravados que les fueron imputados.

A ello, con todo, habría que agregar lo siguiente: en un caso de pluralidad de intervinientes (tres o más personas) en una agresión contra uno, el hecho de que no se pueda establecer quién concretamente causó su muerte no impide, en absoluto, considerar que hubo coautoría de homicidio simple (o agravado). Lo importante es que pueda tenerse por probado que todos los agresores, al emprender la acción conjunta, asumieron por lo menos como posible la muerte de la persona agredida, consintiéndola, menospreciándola, etc. (dolo eventual en sentido clásico); y, por supuesto, que emprendieran su obra conjunta con medios objetivamente idóneos para causar una muerte.

Si eso está dado y la muerte ocurre, entonces hay coautoría de homicidio simple (o agravado), porque para la coautoría funcional por dominio del hecho en el sentido de ROXIN -dominante en Argentina - no interesa diferenciar entre quien causó la muerte y quien, durante la ejecución del hecho, aportó lo necesario para asegurar esa acción colectiva y su resultado. El tribunal sostuvo que todos los acusados a los que consideró coautores de homicidio agravado emprendieron su obra conjunta con dolo directo de matar (a mi juicio, y como luego veremos, no hubo más que dolo eventual, pero esto es irrelevante aquí), y ello es consistente con la decisión de excluir como aplicable al tipo penal del homicidio en agresión.

Es verdad que el art. 95 del CP argentino fue incluido cuando en mi país era absolutamente dominante el concepto objetivo-causal de autor y de coautoría: esto explica su peculiar redacción. Ahora bien, que después la coautoría comenzase a ser definida jurisprudencialmente como «funcional» *à la* ROXIN no torna inaplicable a dicho tipo penal, por lo que la interpretación explicada más arriba -coincidente en lo esencial con la del tribunal- no puede ser tenida como irrazonable. El tipo de «homicidio en agresión», incluso en un marco interpretativo que define a la coautoría como funcional en el sentido indicado, quedará reservado para ciertos supuestos, aunque es verdad que bastante residuales.

En efecto, por un lado, deberá tratarse de casos de agresiones colectivas -que derivan en una muerte- en los que, fuera de que no pueda saberse quién en concreto causó esa muerte, no pueda decirse tampoco que sus intervinientes asumieron siquiera como posible a ese resultado no buscado. Ahora bien, fuera de esto, en Argentina son punibles de otro modo las lesiones dolosas seguidas de una muerte causada sólo con imprudencia. Ello está regulado en el art. 81, inc. 1º, letra b) del CP, que prevé el allí denominado «homicidio preterintencional». Esta norma reza lo siguiente: «Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: (...) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte». Esta norma genera múltiples problemas interpretativos y de aplicación (que ya he comentado en otro lugar). Pero a los efectos de lo que aquí interesa basta con indicar lo siguiente: para que sea aplicable el art. 95 del CP argentino deberá estar claro, además de lo indicado más arriba, que los agresores no sólo no actuaron con ninguna forma de dolo de matar, sino tampoco con dolo directo de lesionar. Porque si ocurre esto último, y se dan las demás circunstancias legales, el «homicidio preterintencional» desplazará al «homicidio en agresión». Este último tipo penal, en suma, será aplicable sólo si los agresores actuaron sin ninguna forma de dolo de matar y sólo con dolo eventual o dolo directo de segundo grado de lesiones corporales.

3.2. Mi desacuerdo con el tribunal (I): este no fue un homicidio agravado

Como vimos, el tribunal descartó, con razón, el «homicidio en agresión». Pero el argumento central que esgrimió para fundamentar esa decisión fue que los acusados obraron con dolo directo -de primer grado- de matar, y que por tanto cometieron un homicidio doblemente agravado: por alevosía y por concurso premeditado de dos o más personas. Que los acusados tuvieran dolo directo de matar es una conclusión que, a mi modesto entender, no se sigue de la prueba reunida en el juicio, y aparece, por tanto, como muy forzada. El homicidio de FBS fue, sin dudas, un hecho espantoso, pero eso no lo convierte en un homicidio agravado en el sentido que el CP argentino da a esta expresión.

Ante todo, es importante aclarar lo que ya adelanté respecto de que, en Argentina, hay acuerdo en que las dos agravantes del homicidio atribuidas a los acusados sólo son admisibles con dolo directo de primer grado. A mi modo de ver, esa es una opinión acertada. Porque, en cuanto a la primera agravante, mata con «alevosía» quien lo hace sobre seguro, sin correr riesgos, pero siendo consciente de ello. Esto vale para todas las formas de alevosía: la «traicionera» o «proditoria», la «sorpresiva» y la alevosía por «desvalimiento», conforme a las palabras del tribunal. Es precisamente el hecho de que el autor *sabe* que obra sin riesgo lo que le hace *querer* matar. Y esto es sólo compatible con lo que en doctrina se conoce como dolo directo de primer grado. Lo mismo ocurre con la segunda agravante: su razón de ser reside en castigar con mayor rigor a quien *se decide* a matar porque *sabe* que cuenta con el concurso previamente acordado

(eso significa aquí «premeditado») de otras dos o más personas: otra vez, esto no es viable con ninguna forma de dolo que no sea la del dolo directo de primer grado.

Tengo la impresión de que el tribunal fue en todo momento muy consciente de que era muy difícil inferir la concurrencia de un dolo directo de matar en un caso que, en definitiva, consistió en un ataque a golpes de puño y patadas, sin que los atacantes emplearan ninguna clase de arma, ni propia ni impropia. No sorprende, entonces, que no haya adherido a la hipótesis de la acusación, que asumía que los rugbistas, desde antes de iniciar la agresión, se habían puesto de acuerdo para matar, premeditadamente, a FBS, y de matarlo con alevosía. Quizá por eso el tribunal decidió recorrer esta suerte de camino intermedio: no hubo premeditación para matar ni intención de actuar con alevosía desde el momento en que los agresores deciden atacar a FBS, sino únicamente desde que este yace «indefenso» en el suelo, después de las primeras «trompadas».

Aparece aquí, entonces, la peculiar «partición del hecho en dos» que lleva a cabo el tribunal: al principio los acusados no querían matar a FBS, sino lesionarlo; sólo quisieron matarlo, y en forma alevosa y premeditadamente, desde que lograron hacerlo caer con los primeros golpes de puño. Digamos que, de los 50 segundos que duró el ataque, durante los primeros 5 segundos los rugbistas sólo tuvieron dolo directo de lesiones corporales, mientras que el dolo directo de matar se presentó en los 45 segundos restantes. Esto, a mi modo de ver, es una mera conjetura que no tiene base en prueba alguna. Semejante fraccionamiento subjetivo es algo que, además, no se condice con la prueba que sí se produjo en el juicio. Este ataque, como bien dijo el tribunal, tuvo un «móvil» (la pelea dentro de la discoteca). Pero esto -según lo admitió el propio tribunal- motivó a los rugbistas sólo a lesionar a FBS, pese a que, mientras los expulsaban del local bailable, estaban enardecidos contra él. ¿Por qué, entonces, habrán pasado a querer matar a FBS después de haberlo golpeado, si antes de eso, cuando más enfurecidos estaban, se habían decidido sólo a lesionarlo? Hay aquí, me parece, una inconsistencia importante en el razonamiento del tribunal.

No hay, tampoco, prueba que avale incluso la mera faz objetiva de las agravantes que el tribunal tuvo por acreditadas. Pensemos primero en la alevosía, asumiendo como cierta la tesis del fraccionamiento subjetivo erigida en la sentencia. No hay elementos de juicio que autoricen a sostener que, desde que FBS cae tras las primeras «trompadas», queda indefenso y que por eso los rugbistas se aprovechan de dicha circunstancia para matarlo, queriéndolo matar. Lejos de ello, lo que surge de los vídeos -tal como fueron descritos en la sentencia-, por un lado, y de las declaraciones testimoniales que prestaron incluso los amigos de FBS, por el otro, es que ese estado de supuesta indefensión no es algo que está *dado* en el caso tras la caída de la víctima (y que por eso es *aprovechado* por los atacantes para matar, tal como lo exige la agravante en cuestión). Antes bien, esa indefensión es algo que los acusados van generando con «cercamiento» y golpes a quienes querían ayudar a FBS. Suponiendo, entonces, que en ese momento hubiesen querido matar, esto no sería «matar sin riesgo», sino todo lo contrario: precisamente porque existía el riesgo constante de que los amigos de la víctima lograsen interponerse para defenderla, es que tres de los agresores, golpeando a esos amigos de FBS, se ocupan de tratar de neutralizar dicho riesgo, el cual, en verdad, nunca desaparece del todo mientras dura el ataque.

Tampoco hay prueba que avale la concurrencia de la segunda agravante: matar con el concurso premeditado de dos o más personas. Es cierto que, como dice nuestra doctrina clásica, lo premeditado debe ser el concurso; pero debe tratarse de un concurso (esto es, de un acuerdo) *para matar*. Por eso, como ya dije, la agravante no puede quedar configurada sin dolo directo -de primer grado- de matar. Es verdad que aquí hubo un concurso premeditado entre más de tres

personas, pero la prueba reunida en la causa no permite inferir que se trató de un concurso para matar, sino, únicamente, para lesionar mediante golpes a FBS. Como ya se vio, el propio tribunal admite esto cuando reconoce que, al comienzo, los acusados acordaron sólo lesionar corporalmente a la víctima. Por eso tuvo que acudir a su tesis del fraccionamiento subjetivo para afirmar que ese acuerdo inicial para lesionar se transformó, de pronto y en medio del ataque, en un acuerdo para matar.

Veamos más de cerca, no obstante, qué debe darse en el caso, y por tanto probarse, para que concurra la agravante del concurso premeditado entre tres o más personas. Aun si se asumiera como correcta la tesis tradicional que asegura que dicha premeditación no requiere una «fría deliberación previa», lo cierto es que, para que el concurso para matar sea premeditado, tampoco es suficiente un mero acuerdo tácito, súbito y concomitante con la ejecución del hecho. Esa forma de acuerdo puede bastar, ciertamente, para configurar una coautoría de homicidio simple. Pero si ello es así, entonces el «concurso premeditado» que dé base a un homicidio *agravado* tiene que consistir en algo más. Tiene que tratarse, como mínimo, de un acuerdo explícito para matar entre varios (tres personas o más, según la ley argentina).

¿Y qué ha probado el juicio en torno a todo esto? Lo habitual, me parece, es que un acuerdo entre varios para lesionar a otro se concrete en una agresión en la que sólo se quiere lesionar. No digo que no sea posible que, repentinamente, una vez comenzado un ataque para lesionar, pueda haber un cambio de planes en virtud del cual los agresores decidan matar a la víctima. Pero como eso es una peculiaridad, entonces, para poder afirmarlo más allá de toda duda razonable, tendría que haber una prueba concreta que demuestre que, en medio del ataque (que en este caso, por lo demás, fue brevísimo), se ha producido esa novación del acuerdo. La sentencia, sin embargo, no da cuenta de esa prueba. No lo es, por lo pronto, la sola brutalidad de los golpes, y esto es todo lo que la sentencia refiere. Y no lo es porque esa brutalidad es compatible, dadas ciertas circunstancias (que en el caso, como luego se verá, están presentes) con un dolo eventual de homicidio; y este, como ya dije, es insuficiente para subsumir el hecho en las agravantes aquí analizadas. Es más, aquella brutalidad es incluso compatible con un dolo directo de lesiones corporales sumado a una mera imprudencia respecto del resultado de muerte (sobre esto volveré después). Por todo esto, en fin, creo que no se puede tener por probada la intención directa de matar; y sin esa intención directa no son viables ninguna de las dos agravantes en las que se subsumió este homicidio.

3.3. Mi desacuerdo con el tribunal (II): todos los acusados fueron coautores

Ya vimos que el tribunal condenó a cinco de los acusados como coautores de homicidio doblemente agravado, mientras que a tres de ellos los consideró meros cómplices secundarios. Una más que llamativa decisión, y una nueva «partición»: ya había, en efecto, escindido el hecho entre los primeros dos golpes y todos los demás; ahora escinde entre quienes golpearon a FBS y los que golpearon a sus amigos. Ese, en efecto, fue el criterio seguido por el tribunal: quienes «pusieron manos» en la víctima, fueron autores; los que no, cómplices (secundarios).

Veamos cuáles fueron las palabras del tribunal: «quienes tuvieron el dominio del hecho, como así también la posibilidad de detener las hostilidades, fueron los cinco que pusieron manos en la víctima, y no estos tres partícipes, quienes subordinaron su accionar a la voluntad de los coautores». Todo indica que el tribunal, para distinguir entre coautores y cómplices, aplicó la teoría objetivo-formal, más allá de esa mención rutinaria al dominio del hecho. Como es sabido,

conforme a la teoría objetivo-formal son coautores únicamente los que, durante la fase ejecutiva del hecho, llevan a cabo acciones típicas; los que no, sólo pueden ser cómplices. Es lo que en esencia asumió el tribunal: dado que FBS fue ultimado a golpes, entonces, en este caso, acciones típicas fueron únicamente aquellas que consistieron en golpear a la víctima. Ahora bien, ¿qué hicieron los tres que no le pegaron? Se dedicaron a golpear a los amigos de FBS para impedir que lo auxiliaran mientras los otros cinco atacantes «se turnaban para pegarle». La pregunta obvia que surge, entonces, es cómo el tribunal pudo considerar eso como una mera complicidad secundaria, cuando es claro que, sin el aporte de los condenados como cómplices, la acción conjunta planificada (a saber: atacar a golpes a FBS) podía fracasar.

Un caso como este, de hecho, es ideal para mostrar -una vez más- uno de los dos principales problemas con los que siempre tuvo que lidiar la teoría formal-objetiva en materia de autoría y coautoría, que en Argentina, por influjo de SOLER, fue dominante durante muchísimo tiempo. Uno de esos problemas, como se sabe, es que nunca pudo fundamentar bien la autoría mediata. Y el otro es precisamente este: que obliga a considerar cómplices a quienes claramente son coautores. La teoría del dominio funcional del hecho, tal como fue presentada por ROXIN en su monumental monografía sobre autoría y dominio del hecho en Derecho penal, tiene la virtud de que brinda un concepto de coautoría acertado en lo esencial y muy útil, además, para la resolución concreta de casos. Es, por lo demás, dominante ahora en Argentina, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Por qué el tribunal, sin embargo, no la aplicó en este caso es algo que, en verdad, no se entiende, algo así como un “punto ciego” de la sentencia.

La prueba deja en claro que en el caso se dieron los dos requisitos esenciales exigidos por la teoría del dominio funcional del hecho para considerar que hay coautoría. Hubo, en efecto, plan común y ejecución conjunta. Lo primero (plan común) fue admitido por el tribunal, sin más. Tenemos diferencias, desde ya, respecto de cuál fue ese plan. Para el tribunal, como vimos, hubo un plan primero para lesionar y luego para matar a la víctima, mientras que, para mí, hubo siempre un plan para lesionar. Esto no importa ahora; lo que interesa es que parece estar realmente probado que hubo un plan (o un acuerdo, que a estos efectos es lo mismo) para atacar en conjunto a FBS. Y lo segundo (ejecución conjunta) me parece que es más que evidente: a FBS lo mataron entre los ocho, conjuntamente. Porque el aporte de cada uno fue esencial para asegurar el éxito del plan, y en particular fue esencial el aporte de los que no golpearon a la víctima pero sí a sus amigos: sin esta colaboración prestada en plena fase ejecutiva, el plan, como dije, podría haber fracasado. Que su éxito fuese seguro dependía pues, esencialmente, de que la víctima no pudiera ser auxiliada por los muchos amigos que la rodeaban.

Difícil encontrar un caso tan claro de coautoría como este. Podría ilustrar las clases de grado en la universidad. Las explicaciones que intenta el tribunal para sostener la diferenciación entre aportes esenciales y no esenciales son sumamente confusas y creo que no merecen mayor comentario. Es más, aun siguiendo coherentemente la teoría formal-objetiva, podría haber distinguido entre autores (los cinco que golpearon a FBS) y cómplices primarios o necesarios (los tres que golpearon a los amigos de FBS); ello habría sido erróneo, pero, al menos, habría tenido el acierto de considerar muy relevante el aporte de estos tres últimos, tal como de hecho lo fue. Pero considerarlos cómplices *secundarios* es, me parece, lisa y llanamente insostenible.

3.4. Un acercamiento a mi posición frente al caso: homicidio simple con dolo eventual

He leído la sentencia más de una vez y -simplificando mucho la cuestión- lo que encuentro en este caso respecto de sus protagonistas es lo siguiente: *a)* un grupo de ocho jugadores de rugby singularmente violentos, con muchas «peleas» anteriores en circunstancias similares; y *b)* un joven anónimo para ellos al que, cuanto menos por su apariencia física, consideran un «negro de mierda», que tuvo el tremendo atrevimiento de pegarle una «trompada» a «uno de ellos», que hasta cayó al piso de la discoteca por el golpe, esto es: una agresión que, seguramente, no estaban acostumbrados a recibir y que, por tanto, requería -de acuerdo con los «códigos» de violencia que seguramente manejaban- una venganza furibunda, rotunda, que dejara muy en claro que eso *a ellos* «no se les hace». Muchos de los gritos proferidos durante y tras la agresión por los rugbistas dan cuenta de que eso es lo que sentían. Es *esto*, a mi modo de ver, lo que explica la furia y la saña de los agresores durante el ataque, no su supuesta intención de matar a FBS.

El tribunal, sin embargo, se refirió a esa pelea dentro de la discoteca como «un insignificante incidente ocurrido en el interior del local bailable». Y yo me pregunto: ¿cómo que «insignificante»? Según la experiencia, para jugadores de rugby como estos -que según la prueba recabada en la causa eran clasistas, racistas, violentos y bulleadores- no puede ser insignificante que alguien a quien perciben «inferior» los tire al piso de una «trompada» en una discoteca; creo no equivocarme si afirmo que deben haberlo vivido como una humillación insoportable. Por eso querían, ciertamente, destrozar a golpes a FBS. ¿Pero matarlo? Es cuanto menos dudoso, razonablemente dudoso.

Ahora bien, de que no haya habido intención directa de matar no se sigue, naturalmente, que tengamos ya nada más que un homicidio imprudente (sobre esto vuelvo más adelante). Un homicidio puede ser doloso aun si es cometido sin intención de matar. Es lo que permite el denominado dolo eventual. En efecto, el tipo penal de homicidio simple, que en Argentina prevé una pena de 8 a 25 años de prisión, es admisible, desde el punto de vista subjetivo, bajo cualquier forma de dolo, incluida, por cierto, la del dolo eventual. En ese tipo penal -y bajo esa forma de dolo- debió encuadrarse, a mi juicio, este hecho, aunque con los fundamentos que brindaré después.

Según la doctrina y jurisprudencia dominantes en Argentina, hay dolo eventual si el autor se representa como posible el resultado típico, pero lo menosprecia y, en consecuencia, sigue adelante con la conducta que puede conducir a ese resultado, precisamente porque le es indiferente que se produzca. Así, para imputar este homicidio a título de dolo eventual según dicha conceptualización tradicional, cada acusado, al momento del hecho, tendría que haber pensado lo siguiente: «no quiero matar a FBS, aunque soy consciente de que, pegándole de esta manera, podría morir; continuaré de todos modos con los golpes [o me aseguraré de que mis amigos le sigan pegando] porque, si muere, no me importa». Tengo mis dudas de que este haya sido el posicionamiento mental de los rugbistas al momento del hecho. Pero me parece más probable que haya sido este antes que el asumido por el tribunal, que, forzando las cosas, consideró probada la intención de matar.

Veamos, no obstante, cómo tendría que haber razonado el tribunal para tener por acreditada la concurrencia de dolo eventual de matar en todos los acusados. Básicamente, tendría que haber sostenido algo así: «fueron tan violentas las patadas pegadas en la cabeza de la víctima que, sin dudas, los acusados se representaron su muerte al menos como posible; y si no obstante

continuaron con su accionar es porque no les importaba que FBS muriera». Esta conclusión se apoyaría, en parte, en la prueba que acredita la violencia de las patadas y el deseo de venganza de los rugbistas, que querían concretar a toda costa (las filmaciones y muchos testimonios presenciales directos dan cuenta de todo esto); y, en parte, en la experiencia: «cualquiera sabe que patadas de semejante nivel de violencia asestadas en la cabeza inerte de un ser humano pueden causar su muerte». Quiero ser claro, sin embargo, con dos cosas: *a)* reitero que no creo que este haya sido el estado mental de los acusados al momento del hecho (más adelante consignaré lo que sí creo al respecto); y *b)* no creo que esa regla de experiencia -cuya existencia no discuto- sea aplicable a este caso. Pero admito que el tribunal tenía margen para argumentar de un modo similar a este y que, si lo hubiera hecho, habría generado una sentencia bastante más razonable que la que dictó.

A nadie se le escapa que esta forma de comprender y de aplicar el dolo eventual (que remite a BELING, a ENGISCH y, en Argentina, a SOLER) ha sido muchas veces cuestionada. Pero la verdad es que las definiciones alternativas que han sido propuestas -antes y después de esta formulación centrada en la idea de indiferencia o menosprecio respecto del resultado- son conceptualmente equivalentes. En efecto, en lo que respecta a este caso, tales definiciones alternativas conducirían a que el tribunal tuviese que probar la concurrencia, en los acusados, de estados mentales muy similares a los que requiere la fórmula «representación como posible de la realización típica (elemento cognitivo) + indiferencia o menosprecio (elemento volitivo)». De hecho, el elemento cognitivo de esta «fórmula» permanece inalterado en todas las demás definiciones del dolo eventual, que plantean variaciones meramente lingüísticas sólo respecto del elemento volitivo.

Por sólo poner algunos ejemplos, la doctrina mayoritaria en Alemania, en lo que atañe al elemento volitivo del dolo eventual, en lugar de indiferencia o menosprecio exige que el autor «se tome en serio» lo que se representó como posible. Por su parte, la jurisprudencia de ese país exige que el autor, en términos volitivos, haya «consentido» o «aprobado» lo que se representó como posible, o que «se conforme» con ello. Hay muchas otras definiciones, pero lo cierto es que cualquiera que fuese aplicada al presente caso conduciría a la misma conclusión.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo dicho hasta aquí, este caso presenta una particularidad inquietante, que examinaré a continuación.

3.5. ¿Imprudencia?

Pese a que, como se vio, la cuestión del dolo es central aquí, la defensa, al respecto, presentó una estrategia que, a mi juicio, desaprovechó ciertas ventajas que el caso le ofrecía. Como ya vimos, los acusados se limitaron a declarar que ellos nunca tuvieron la intención de matar a FBS. Con esto, sin embargo, lo que se habría logrado (si dicha hipótesis hubiera sido aceptada por el tribunal) es dejar fuera de consideración al dolo directo de primer grado y, con ello, a los homicidios agravados. No es poco, por cierto, pero me parece que el caso da margen para plantear -e incluso muy seriamente- que los acusados, en cuanto al resultado de muerte, tampoco actuaron con dolo eventual, sino, únicamente, con imprudencia.

Es verdad que, como ya dije, la defensa planteó como encuadre legal subsidiario al denominado «homicidio preterintencional» (lesiones corporales dolosas seguidas de homicidio imprudente), pero lo hizo muy superficialmente, sin declaraciones de los acusados que apoyasen esa subsunción y que pudieran poner en apuros al tribunal. La jueza y los jueces, entonces, fueron

también superficiales en su respuesta, y rechazaron esta hipótesis en una línea: dijeron que tampoco es aplicable al caso el «homicidio preterintencional que prevé el artículo 81, inciso b), del Código Penal, desde que, conforme los fundamentos esgrimidos al abordar la cuestión segunda del veredicto, la intención de los sujetos activos del delito estuvo dirigida a causar la muerte de la víctima».

Para dejar fuera también al dolo eventual respecto del homicidio, se tendría que haber enfatizado que, en el caso, no sólo no hubo intención directa de matar por parte de los acusados, sino que tampoco se dio ni siquiera el elemento cognitivo de aquella forma de dolo; o que, si se dio, estuvo ausente su elemento volitivo, que nada tiene que ver con la intención de matar, sino con las actitudes internas descritas más arriba (menosprecio, indiferencia, aceptación, «tomar en serio», etc.). Con ello, la defensa podría haber mostrado que la doctrina dominante provee argumentos muy consolidados para apoyar la tesis de que la muerte de FBS, pese a lo espantosa que fue su causación, no era imputable más que como un homicidio imprudente.

Por supuesto que yo rechazo enfáticamente que este homicidio pueda ser tenido como meramente imprudente (vuelvo al respecto enseguida), y es verdad también que, dado el contexto social y del juicio, un planteo defensivo en esa dirección no habría tenido éxito. Pero si este punto hubiese sido mejor argumentado, y si los acusados hubiesen declarado de otro modo, haciendo referencia también a lo indicado en el párrafo anterior, el tribunal, quizá, podría haberse visto compelido a refugiarse en el dolo eventual como única alternativa razonable para impedir el absurdo de la imputación de esta muerte como sólo imprudente. Con ello se habría impedido, al menos, la pena de prisión perpetua, y el caso, además, habría tenido una solución justa.

Para la doctrina y jurisprudencia dominantes en Alemania, España, Argentina y todos los demás países que conforman o receptan la tradición continental europea, si el autor de un delito de resultado, al momento del hecho, no se representa al menos como posible el resultado típico, a lo sumo deberá responder por imprudencia (inconsciente). Y también responderá por imprudencia (consciente) si se representa como posible ese resultado, pero, equivocadamente, confía en que aquel no se produciría. Pues bien, con esto en mente, supongamos que, en el juicio, los ocho acusados hubiesen emitido alguna de estas dos declaraciones:

i) «No sólo no quisimos matar a FBS, sino que ni siquiera nos imaginamos que, con esos golpes, podríamos llegar a matarlo. No nos representamos la posibilidad de su muerte en ningún momento. Y ni pensamos en eso porque habíamos tenido muchas otras peleas en ocasiones anteriores, similares a esta, en las que nunca quisimos matar y nunca nadie murió. Es verdad que, en esta oportunidad, el asunto se nos fue de las manos; también es cierto que estábamos más enojados que en otras peleas previas, pero de todo eso nos dimos cuenta después. En el momento en que decidimos atacar a FBS, y mientras le pegábamos (todo fue muy rápido), pensábamos que era una pelea más. Siempre hemos pegado muy duro al pelear, por eso todos nos tenían miedo en nuestra ciudad. Pero de ahí a siquiera pensar en la posibilidad de matar hay una distancia enorme. Cuando uno en estas situaciones grita “te voy a matar”, o hace un gesto amenazante como de degüello, lo dice o lo hace en un sentido metafórico. Lo que queríamos era destrozarnos a golpes a FBS por lo que había sucedido dentro de la discoteca, pero nada más».

ii) «Nunca quisimos matar a FBS. Mientras lo agredíamos, no obstante, fugazmente pensamos en la posibilidad de que muriera por alguna de esas patadas en la cabeza, pero en el acto descartamos

eso y confiamos en que no moriría. Ya nos habíamos peleado muchas veces antes en circunstancias similares, siempre pegamos muy duro y nunca matamos a nadie, por eso creímos que las cosas no irían tan lejos tampoco esta vez y no nos tomamos en serio la posibilidad de su muerte». Los pasajes de la declaración *i)* que no se contraponen con esto pueden formar parte también de esta declaración *ii)*.

Es claro que tanto *i)* como *ii)* son más favorables para los acusados que lo que concretamente declararon en el juicio, limitándose a decir que no quisieron matar a FBS. Pero lo importante es que cualquiera de las dos declaraciones, de haber sido proferidas, habría tenido fuerte apoyo en la prueba, en el contexto del caso y en la experiencia. Habrían sido, por tanto, declaraciones verosímiles, con poder de convicción suficiente para generar en el tribunal aquella incomodidad a la que ya me referí y que podría describirse así: «esto que dicen los acusados es creíble, pero ¿cómo podemos imputar un hecho tan atroz sólo como un homicidio imprudente?». Y yo les respondería: «bueno, esta es la teoría de la imputación subjetiva que tenemos, o al menos la que sostiene la posición dominante. Y sí, es cierto: genera estas consecuencias axiológicamente inadmisibles. No están obligados a seguirla, porque hay alternativas conceptuales plausibles, pero comprendo que, para un juez, es muy difícil -y no aconsejable- apartarse de la doctrina dominante; salvo, claro está, que ese seguimiento provoque una injusticia intolerable».

Ya dije que creo que ha sido injusto -y jurídicamente incorrecto- condenar a los acusados por homicidio agravado. Pero condenarlos por un homicidio meramente imprudente sería *crasamente* injusto. Veremos, a continuación, cuál es esa concepción alternativa de la imputación subjetiva que posibilitaría impedir esta última injusticia, habilitando la posibilidad de una condena por homicidio doloso (con dolo eventual) aun cuando se tenga por cierto que los acusados, al momento del hecho, no se representaron siquiera como posible ese resultado de muerte que tampoco quisieron provocar.

3.6. ¿Ceguera ante los hechos?

Hay un «detalle» en el hecho de Villa Gesell que es muy importante: dadas las características de las patadas pegadas en la cabeza de la víctima, puede decirse que es epistémicamente irracional no haberse representado la posibilidad de su muerte. Pues bien, de ser ello así, estaríamos ante un supuesto de «ceguera ante los hechos». Veamos, a continuación, qué implicancias puede tener esto para la solución del caso.

Comencemos con lo elemental: la ceguera ante los hechos no es una categoría normativa de imputación subjetiva. En nuestro Derecho penal vigente, esas categorías son únicamente el dolo y la imprudencia. La expresión «ceguera ante los hechos» describe un estado de cosas, es decir, algo que ocurre en el mundo cuando se comete un delito bajo ciertas circunstancias. En todo caso, habrá que determinar si un supuesto de ceguera ante los hechos debe ser imputado como doloso o como imprudente. Pero, antes de pasar a esa cuestión normativa, recordemos que, conceptualmente, hay «ceguera ante los hechos» (o «ceguera fáctica», «ceguera de hecho», etc.; son todas traducciones de la expresión alemana *Tatsachenblindheit*) si se genera un peligro de tal envergadura que es extremadamente probable que derivará en una determinada consecuencia dañosa, por lo que cualquiera se representaría la posibilidad de esa consecuencia; el «ciego ante los hechos», sin embargo, pese a haber generado esa clase de peligro, irracionalmente no se representa como posible la consecuencia en cuestión; o sí se la representa como posible, pero irracionalmente confía en que no se producirá.

A mi juicio, es evidente que la única respuesta axiológicamente consistente a los casos de ceguera ante los hechos consiste en una imputación por dolo (eventual). Sin embargo, y como hemos visto, la doctrina dominante, para imputar cualquier forma de dolo, exige como mínimo conocimiento o representación efectiva de la posibilidad de una determinada consecuencia típica que sea producto de la propia conducta riesgosa. Y ese conocimiento o representación efectiva es precisamente lo que falta en los casos de ceguera ante los hechos. Para poder imputarlos como dolosos resultaría necesario, entonces, modificar el concepto tradicional de dolo, en particular el de dolo eventual, un alto precio que pocos hemos estado dispuestos a pagar (en Alemania, por ejemplo, sólo JAKOBS, PAWLIK y, parcialmente, PUPPE; en España, creo que nadie; y en Argentina, sólo PERALTA y yo mismo).

Lo cierto, entonces, es que, para la doctrina ampliamente dominante en los países de tradición continental europea, los casos de ceguera ante los hechos deben ser imputados como imprudentes. En tales supuestos, según dicha doctrina, ocurre lo que típicamente caracteriza a la imprudencia, es decir: o bien el autor no se representa como posible algo que debió representarse, o bien se lo representa como posible y confía no obstante en que ello no ocurrirá, pese a que no debía confiar en eso. Es cierto que en esta clase de casos la falta de representación o la confianza en cuestión son irracionales. Porque, cabe insistir, es tan elevado el peligro creado que cualquiera habría tenido esa representación o no habría confiado en ese desenlace feliz. Pero a la opinión dominante esto no le interesa en absoluto. Según su punto de vista, la falta de representación efectiva o la confianza en que el resultado lesivo no se producirá, aunque sean irracionales, conducen necesariamente a una imputación por imprudencia.

Se ve, entonces, que incluso si la defensa hubiese admitido que fue irracional que los acusados no se representaran como posible la muerte de FBS o que confiaran en que esa muerte no se produciría, de todos modos tendría todavía a la concepción dominante de su lado para insistir en que el homicidio en cuestión sólo puede ser imputado como imprudente. Por tanto, un tribunal que admita que este fue un caso de ceguera ante los hechos, si no obstante pretende imputar dolo porque la mera imprudencia le resulta -con razón- inadmisibles, tendrá que apartarse del concepto de dolo propio de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias y adoptar otro siquiera parcialmente diferente. Es, por ejemplo, lo que hizo en Argentina el juez Omar PALERMO en el caso «Quiroga Morales» de la CSJ de Mendoza, dictado el 10/09/2019 en un caso en el que él, acertadamente, consideró que había una ceguera fáctica.

Veamos, entonces, cuáles son las teorías disponibles para ampliar el alcance del dolo eventual de modo que abarque también a los casos de ceguera ante los hechos. Si se tratara de un caso de confianza irracional en la no producción de un resultado típico que el autor se representó como posible, se dispone desde hace mucho de la tesis de PUPPE para imputar eso como dolo. Porque, según su opinión, lo único esencial desde el punto de vista psíquico para poder erigir una imputación dolosa es que se tenga esa representación. Así, si el autor generó un peligro de enorme entidad (un «peligro de dolo», en terminología de PUPPE) y se representó como posible que de ello derivara un resultado típico, entonces se le debe imputar dolo con total independencia de que dicho resultado le fuese indiferente o que confiara en que no se produciría. Estos -aunque PUPPE no los describa así- son también casos de ceguera ante los hechos, porque el autor se representa sólo como posible lo que es extremadamente probable. Es decir, es «ciego» respecto de cuál es la entidad real del peligro que sabe que ha generado, o, dicho en términos de PUPPE, se representa como un «peligro de imprudencia» una situación de hecho que, en verdad, es un «peligro de dolo».

También son casos de ceguera ante los hechos, naturalmente, aquellos en los que el autor ni siquiera se representa como posible alguna circunstancia típica. Pero para estos casos la tesis de PUPPE no está disponible, dado que, como vimos, ella exige esa representación de parte del autor para imputar dolo. Para tales supuestos, por tanto, si se los pretende imputar como dolosos habrá que intentar una nueva fundamentación o acudir a las ya elaboradas en los trabajos de JAKOBS y PAWLIK, en Alemania, o en los de PERALTA y míos, en Argentina. En cuanto a mis trabajos, puede verse mi tesis doctoral o, mejor, mi último intento de fundamentación, que brinda un argumento más simple para justificar la imputación como dolosos de los casos de ceguera ante los hechos (y de ignorancia deliberada) sin necesidad de adherir a sistemas tan complejos como el de JAKOBS y el de PAWLIK. Mi argumento, en efecto, es reconstruible con herramientas propias de la dogmática penal más tradicional y cercana a la praxis. No dispongo de espacio, aquí, para reproducir esa fundamentación, por eso, si se desea conocerla en detalle, me permito remitir a esa publicación¹.

Lo importante, en este lugar, es resumir lo siguiente: la prueba producida ante el tribunal que juzgó este hecho de homicidio muestra que, en verdad, este es un caso de ceguera ante los hechos, o que perfectamente podría haber sido presentado como un caso de esa índole. Como tal, debería ser imputado como doloso, de conformidad con la ampliación del concepto de dolo que he propuesto en las publicaciones citadas en el párrafo anterior. Ahora bien, como lo que se amplía con mi fundamentación es el alcance del dolo *eventual* (yo, en efecto, no renuncio descriptivamente a las tradicionales «tres formas del dolo»), con mi tesis, para este caso, se puede imputar sólo homicidio simple; no, en cambio, las agravantes por las que se condenó a los acusados, que exigen dolo directo de primer grado.

JAKOBS, tempranamente, advirtió sobre la incorrección axiológica que implica considerar meramente imprudentes los casos de ceguera ante los hechos, y le sobraba razón. En este caso, su advertencia se aprecia con toda claridad: sobran elementos para creer justificadamente que los acusados, al momento del hecho, ni siquiera se representaron como posible la muerte de FBS. Pero imputar como imprudente semejante hecho habría sido escandaloso; no por la presión mediática, sino por la injusticia real que eso habría producido. No sé qué «test» mejor que este pueda hallarse en la jurisprudencia para que termine de comprenderse que la teoría dominante de la imputación subjetiva debería ser definitivamente abandonada. En países como Argentina ello sería viable incluso sin ninguna reforma legislativa, tal como ha sido reconocido por autores del prestigio de SANCINETTI, RAGUÉS I VALLÈS y PERALTA, entre otros.

4. La importancia de este caso para la discusión ulterior sobre ceguera ante los hechos

La importancia del caso que he comentado aquí reside, creo, en que muestra que es perfectamente posible que en la realidad se dé un caso genuino -y no extravagante- de ceguera ante los hechos. Y que por eso demuestra, como dije, que es realmente necesaria una modificación teórica que permita imputar dolo pese a la admisión fáctica previa de que el autor no se representó como posible alguna circunstancia típica, o que, pese a habérsela representado, confió en que no ocurriría lo que finalmente ocurrió. Hasta ahora, muchos de los ejemplos con los que se trabajaba para ilustrar qué sería un caso de ceguera ante los hechos eran, precisamente,

¹ PÉREZ BARBERÁ, «¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada», en PÉREZ BARBERÁ (ed.), *Pena, ilícito y culpabilidad. Una discusión con Michael Pawlik*, Marcial Pons, Madrid, 2022; publicado también en *En Letra. Derecho Penal*, (11), 2022.

extravagantes, a punto tal que el argumento de la prueba (a saber: «simplemente no estoy dispuesto a creer que el autor no se haya representado el resultado típico», etc.) siempre parecía eficaz para negar relevancia a este problema.

El «argumento de la prueba» es, de hecho, el que emplea el juez astuto que, frente a un caso de ceguera ante los hechos, opta por negar el problema e imputar directamente dolo eventual en el sentido tradicional. Aplicado a este caso, dicho razonamiento sería, aproximadamente, el siguiente: «no es creíble que los acusados no se representaran como posible la muerte de FBS. Cualquiera sabe que pegar semejantes patadas en la cabeza puede matar a una persona; no saberlo equivale a estar demente, y los acusados no estaban dementes al momento del hecho» (PUPPE, al negar que la ceguera ante los hechos represente un problema real, razona de modo similar a este).

¿Y por qué, concretamente, es creíble o verosímil en este caso esa ausencia de representación, o esa confianza en un desenlace no mortal, es decir, lo que muestran las declaraciones *i)* y *ii)* recreadas más arriba? Lo son porque lo que allí se dice respecto de las peleas anteriores que habían tenido los acusados, sin nunca matar a nadie, fue tenido por probado en el juicio. Este es un dato crucial, claramente favorable para los acusados, que el tribunal, sin embargo, tergiversó arbitrariamente, convirtiéndolo en prueba de cargo de la intención de matar. Así lo expresó el tribunal: «De algunos de los testimonios escuchados en el juicio, extraigo que golpear violentamente era una actividad habitual para todo el grupo, lo que me permite inferir que todos conocían la gravedad de las consecuencias que la modalidad de la forma de atacar desencadenaba». Al contrario: precisamente porque se habían peleado muchas veces y nunca habían matado, es verosímil que en esta ocasión no llegaran siquiera a representarse como posible la muerte de la víctima.

El haber tenido varias peleas previas sin que nadie muriera genera lo que JAKOBS ha denominado «habitación al riesgo», una clase de situación de hecho que, por lo general, conduce a imputaciones por mera imprudencia. Lo importante, con todo, es que la habitación al riesgo torna creíble lo que, por lo general, no lo es. Ejemplo: a un conductor inexperto no se le creerá si dice que no se representó que podía perder el control de su automóvil al conducir a más de 100 km/h en un camino sinuoso de montaña; pero dicho esto mismo por un hábil corredor de carreras de *rally*, puede ser creíble. No puedo detenerme aquí en las explicaciones finas de razonamiento probatorio que muestran qué clase de premisas intervienen en argumentos en los que se concluye que se le cree o que no se le cree a un testigo o a un imputado. Sólo quiero destacar que, todo ello asumido, es verosímil que jugadores de rugby habituados a pelear con mucha violencia, y que pese a eso nunca mataron, no se representaran siquiera como posible que, en esta ocasión, matarían; o que se lo representaran como posible, pero que, no obstante, confiaran genuinamente en que ello no ocurriría.

Fuera de esto, que hace al acervo probatorio del caso, está el contexto cultural y la experiencia general que no pueden ser dejados de lado en cualquier valoración adecuada de la prueba. La verdad es que, en Argentina y al tiempo de los hechos, no sólo este grupo de rugbistas se comportaba así. Lejos de ello, esa actitud provocadora, violenta, con múltiples peleas de «varios contra uno», era muy común entre muchos jóvenes que practicaban este deporte. No obstante, siempre estuvo claro que en esas peleas del «mundo rugby» no se buscaba matar; nadie creía tampoco semejante cosa: ningún rugbista violento era tenido socialmente como un «asesino fracasado», más allá de que siempre generaban justificada indignación. Y, finalmente, nunca esas

peleas terminaban en muertes. Se puede decir, por tanto, que en Argentina es una regla de experiencia válida la que reza que, en esta clase de peleas, los jugadores de rugby no quieren matar. Y si, al pegar, no se quiere matar, es posible -o mejor, verosímil- que ni siquiera se piense en ello al momento de golpear.

En síntesis: este caso tiene la virtud de que muestra que, pese al enorme nivel de violencia desplegado, es verosímil que los acusados no se representaran como posible la muerte de FBS, o que, pese a representarse esto, no obstante confiaran en que dicha muerte no se produciría. Es un caso que, por eso, demuestra que puede haber «cegueras fácticas» verdaderas. Por eso creo que casos como este pueden llegar a provocar un cambio de estatus en las concepciones teóricas que afirman que los casos de ceguera ante los hechos deben ser imputados como dolosos: de jugar un papel un tanto testimonial en la academia para ciertos supuestos marginales, pueden pasar a ser tenidas como indispensables en la práctica para poder resolver adecuadamente hechos reales como el que he analizado aquí; hechos que, en el mundo difícil en que vivimos, ocurren ya con alguna frecuencia.

5. Conclusión

Resumo aquí mis conclusiones en torno a este caso:

- a) No es aplicable al caso el tipo atenuado del «homicidio en riña o agresión».
- b) La prueba reunida en el juicio no permite concluir, más allá de toda duda razonable, que los acusados tuvieron la intención directa de matar a la víctima; ni antes del comienzo del ataque, ni durante el ataque. No ha sido correcto, por tanto, subsumir este hecho como un homicidio doblemente agravado, a saber: por alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas; porque ambos tipos agravados requieren dolo directo de primer grado. Fuera de ello, en cuanto a la alevosía, ni siquiera se dan en el caso sus requisitos objetivos.
- c) Es especialmente desconcertante que tres de los acusados hayan sido condenados sólo como cómplices secundarios o no necesarios. La prueba deja en claro que los ocho acusados fueron coautores, y -por las conclusiones que siguen- en particular del delito de homicidio simple.
- d) De la prueba reunida en el juicio podría inferirse que los acusados, al planificar el ataque, sólo querían lesionar a FBS, pero que después, durante la agresión, ante la violencia desplegada se representaron como posible la muerte de la víctima, y que no obstante continuaron porque ese resultado les era indiferente. No habría sido arbitraria, entonces, una condena por homicidio simple con dolo eventual en sentido tradicional, considerando coautores a todos los acusados.
- e) Sin embargo, la prueba reunida en el juicio permite inferir, también, que los acusados no se representaron como posible la muerte de FBS, ni antes del ataque ni durante este; o que, si tuvieron tal representación, no obstante confiaron genuinamente en que dicho resultado no se produciría. Por supuesto que, debido al altísimo nivel de violencia desplegada, ello habría sido epistémicamente irracional, por lo que este sería un caso de ceguera ante los hechos. Los rugbistas, sin embargo, nada declararon al respecto, pues sólo negaron haber tenido la intención de matar, y ello, naturalmente, debilita un poco esta inferencia, más allá de que sea de todos modos viable en virtud del contexto probatorio total. Como sea, es importante destacar que, si los acusados hubieran declarado en el sentido indicado aquí (esto es, negando o bien el elemento

cognitivo, o bien el elemento volitivo del dolo *eventual*), sus declaraciones, a mi juicio, habrían sido verosímiles.

f) Si la inferencia fáctica acertada es la resumida en e), entonces el hecho debería ser subsumido o bien como lesiones corporales dolosas seguidas de homicidio imprudente («homicidio preterintencional», en Argentina), que es la solución extremadamente insatisfactoria a la que conduciría la doctrina dominante en materia de imputación subjetiva; o bien como homicidio simple doloso (con dolo eventual), si se asume la posición minoritaria, que defiende, conforme a la cual los casos de ceguera ante los hechos deberían ser imputados a título de dolo.

Riesgo objetivo y dogmática del dolo

Comentario al voto particular de la STS 749/2022, de 13 de septiembre (caso EREs)

Mauro Roccasalvo
Universitat Pompeu Fabra
mauro.roccasalvo@gmail.com

1. Objetivo del comentario*

En septiembre de 2022, el Tribunal Supremo convalidó la condena dictada por la Audiencia Provincial de Andalucía en el conocido caso de los *EREs*¹: una maniobra de malversación de fondos públicos que, facilitada por prevaricaciones administrativas, ascendió a aproximadamente 680 millones de euros. La sentencia del Supremo supera las 1200 páginas y, por supuesto, no puede ser abordada en su totalidad. Aun así, en lo que sigue podrá ver el lector un resumen que le facilitará la comprensión del caso y su problemática (2).

El presente comentario se centrará en el -no menos extenso- voto particular², el cual, a diferencia del de la mayoría, abogó por la absolución de ciertos funcionarios al entender no satisfechos los presupuestos del dolo eventual de malversación (3). Probablemente se preguntará el lector qué es lo que motiva esta elección. En concreto, dos cuestiones íntimamente ligadas. En primer lugar, su uso recurrente de un término que da materia aprovechable para un comentario: el de «riesgo objetivo». En segundo lugar, las constantes contradicciones en las que esta parte del tribunal incurre, las cuales, si bien obstaculizan una cabal comprensión de cómo de determinadas premisas llega a determinadas conclusiones³, al menos dejan a la vista las funciones que el riesgo objetivo puede cumplir en la dogmática del dolo.

Así pues, la exposición que sigue tendrá un doble objetivo de carácter metodológico. Por un lado, demostrar al lector lo contradictorio de introducir consideraciones materiales sobre el riesgo objetivo y, a la vez, identificar el foco problemático del caso en el aspecto subjetivo del tipo (4.1). Por el otro, partiendo del uso (u omisión) que se hace de este término en distintos momentos del voto particular, señalar las funciones que puede cumplir la idea de riesgo objetivo en la dogmática del dolo (4.2). La exposición concluirá con un breve resumen de los apartados anteriores (5).

* El presente comentario se inserta en el marco del Proyecto de Investigación «La imputación subjetiva en el Derecho penal económico» del Área de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Referencia PID2020-115863GB-I00/MICIN/AEI/10.13039/51100011033).

¹ STS 749/2022, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258), ponente de Porres Ortiz de Urbina.

² Ponente Ferrer García, con la adhesión de Polo García.

³ De allí que, a diferencia de lo usual en esta especie de publicaciones, no pueda aquí tomarse posición sobre la solución de fondo, es decir, sobre si se ha acertado al negar el dolo eventual de malversación en los acusados. A lo sumo, sólo intentará traerse a la luz aquello que en el voto particular no es más que confusión.

2. Los hechos en que se basó la condena, la posición del voto mayoritario y el motivo de la disidencia en el voto particular

Los hechos juzgados por la Audiencia Provincial de Sevilla y sometidos al control casacional resultan complejos y no pueden exponerse con total detalle en un comentario de esta especie⁴. Se volcará aquí más bien una explicación de índole estructural, tendiendo a simplificar los hechos para que el lector conozca concreta y directamente el problema objeto de discusión en la sentencia.

A partir de la década de los 90 el gobierno andaluz puso en práctica un programa de subvenciones destinado a paliar los efectos de la crisis económica en empresas y trabajadores con residencia en dicha Comunidad. Su ejecución, es decir, la decisión de conceder tales ayudas a los concretos destinatarios, se encontraba formalmente en cabeza de un órgano específico: la Consejería de Empleo. De interés aquí son los hechos ocurridos a partir del año 2000, que dieron lugar a la condena de varios funcionarios encargados directa o indirectamente de la distribución de las subvenciones. Pero antes de avanzar sobre ello, es necesario hacer ciertas precisiones sobre los momentos de desarrollo del programa y las personas implicadas. Por un lado, pudo verificarse que, a nivel organizativo, desde la fecha señalada fueron cometidas graves irregularidades⁵ con el objeto de eludir posibles fiscalizaciones y tornar más ágil el proceso administrativo de obtención y distribución de los fondos públicos. Tales comportamientos fueron calificados por la Audiencia Provincial de Sevilla como configurativos del delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP). A sus responsables (para ayuda del lector y al igual que en la sentencia) se los identifica aquí como aquellos funcionarios «ajenos a la Consejería de Empleo». Por otro lado, ya a nivel de ejecución, fue posible comprobar que gran parte de los fondos legalmente destinados a empresas y trabajadores necesitados de asistencia económica arribaron a destinos disímiles a los acordados, produciéndose con ello un perjuicio al erario público por aproximadamente 680 millones de euros. La Audiencia provincial entendió que tales conductas encuadraban en el delito de malversación agravada (art. 432.2 CP)⁶, condenando como autores a los funcionarios «de la Consejería de Empleo», es decir, a aquellos sujetos encargados de adjudicar las ayudas en concreto.

No obstante, el punto central de la sentencia radica en que la Audiencia no se limitó a condenar a los funcionarios «ajenos a la Consejería de Empleo» sólo por los actos prevaricadores. Al respecto, entendió que el comportamiento de aquellos también era configurador de la referida forma agravada de malversación. ¿Cuál fue el argumento utilizado? Que, al asumir el posible

⁴ Para el interesado, pueden hallarse a partir de la p. 4 de la sentencia, donde se reproducen los hechos probados por la Audiencia Provincial.

⁵ Una explicación sucinta de estas irregularidades administrativas puede hallarse en el FD 33.1 del voto mayoritario (p. 320 s.).

⁶ Dado el momento de comisión de los hechos, el texto aplicable fue aquel original plasmado en el CP de 1995, es decir, previo a la importante reforma operada por LO 1/2015. Cabe recordar que la LO 15/2003 sólo afectó al apartado 3 relativo a la modalidad de malversación atenuada, actualizando la cuantía de pesetas a euros y elevando la cuantía de la pena de suspensión de empleo o cargo público. De seguido, para ayuda del lector, se consigna la redacción utilizada por la sentencia: «Art. 432. - 1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. / 2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público.».

destino espurio de los fondos, tales funcionarios actuaron con dolo eventual. A pesar de las impugnaciones de los acusados, este encuadramiento típico fue convalidado por el voto mayoritario del Tribunal Supremo. Sobre el aspecto objetivo, destaca la mayoría la existencia (al menos implícita) de una estructura organizativa, cuya esfera de actuación, lejos de limitarse a la mera prevaricación, mediante cambios en los criterios de presupuestación posibilitó una disposición arbitraria (como si fueran propios) de los fondos públicos, en favor de empresas y personas libremente determinadas y siguiendo preferencias e intereses políticos. Según detalla, tales funcionarios tenían facultades decisorias sobre los caudales ilícitamente dispuestos, sea por tenerlos materialmente a su cargo o por su capacidad funcional de decidir sobre el destino en virtud de su posición jerárquicamente superior. De esta forma, siguiendo las propias palabras del voto mayoritario, el carácter antijurídico de la conducta de los funcionarios «ajenos a la Consejería de Empleo», aún actuando a nivel organizativo, no queda agotado con la mera prevaricación, sino que resulta constitutivo, a su vez, del delito de malversación agravada, concurriendo ambos tipos de forma medial. A diferencia de lo que sucede con el delito de prevaricación, en el que se rechaza una coautoría funcional y se afirman distintas ejecuciones individuales explicables por una finalidad común y su desarrollo continuado en el ámbito de una misma organización administrativa, el voto de la mayoría no precisa la forma de autoría en el delito de malversación. En este punto, se limita a aceptar que la cuestión es más compleja. Sólo alude a cuestiones que no tienen que ver con la forma de intervención sino con el modo en que fue ejecutado el delito: que quienes intervinieron directamente en la disposición de los fondos realizaron la conducta típica bajo la forma comisiva de la sustracción, mientras que, quienes conociendo la distribución espuria -en infracción de su deber- no la evitaron, se comportaron bajo la forma omisiva impropia del consentir tal sustracción⁷. Finalmente, sobre el aspecto subjetivo y aludiendo al cúmulo probatorio señalado en la sentencia condenatoria, comparte el voto que el conocimiento de la situación no sólo resulta incuestionable por quienes concedieron las subvenciones, sino también por aquellas autoridades que operaban a nivel organizativo y, tanto aprobaron las partidas presupuestarias, como fueron informadas de la gestión altamente irregular de las ayudas⁸.

Con ello queda plasmada una base -mínima, pero- suficiente para abordar ahora el contenido del voto particular. El motivo de la disidencia (así al menos se expresa) viene dado porque esta parte del tribunal no comparte que los miembros «ajenos a la Consejería» hayan actuado con dolo (eventual). A partir de ello, aboga por su absolución dada la ausencia de tipificación de la modalidad imprudente de malversación. De seguido se expondrán los argumentos brindados a tal efecto.

3. Síntesis de los argumentos del voto particular

3.1. Introducción

Aunque el voto particular ubica el núcleo problemático del caso en el dolo eventual de algunos de los funcionarios condenados, la exposición brindada demuestra saltos argumentativos desde problemas de tipo objetivo a problemas de tipo subjetivo que no permiten dilucidar la relación que entiende existente entre ambas categorías. Más concretamente, de la afirmación o rechazo

⁷ Véase FD 33.1-3 (pp. 320 ss.), 37.2 (p. 347), 40 (esp. p. 357), 42.2-3 (pp. 360 ss.), 43.3-4 (pp. 367 ss.), 43.5 (pp. 370 ss.)

⁸ FD 33.4 (pp. 326 ss.).

de un determinado grado objetivo de riesgo, este voto pasa sin mayores aclaraciones a afirmar o negar la representación de tal riesgo por parte de los sujetos intervinientes.

Una exposición lineal de los argumentos utilizados no sería útil para el lector, pues el voto en varias ocasiones intercala cuestiones de índole procesal y sustantiva, volviendo sobre tópicos vinculados a ambos órdenes. En lo posible, se intentará reagrupar la argumentación distinguiendo, por un lado, el desarrollo teórico-conceptual sobre el dolo y, por el otro, las afirmaciones de índole probatoria. Los posibles saltos lógicos que notará el lector en el desarrollo teórico-conceptual son justamente aquellos previamente mencionados.

3.2. Los argumentos del voto particular para rechazar el dolo eventual

1. El punto de partida de la minoría es simple y así comienza su argumentación: a diferencia de la lógica seguida por el voto mayoritario, debe estrictamente distinguirse entre a) la conformación de un sistema ilegal de asignación presupuestaria destinado a agilizar la concesión y pago de ayudas ante una situación de crisis; y b) que en su fase de ejecución aquellos fondos fuesen desviados por la Consejería de Empleo hacia un destino distinto al establecido, provocando un daño al erario público⁹.

Según su opinión, la sentencia de la Audiencia provincial presenta -tanto a nivel probatorio como de argumentación jurídica- un importante déficit en el aspecto subjetivo de la malversación, dando lugar a lo que denomina un «salto al vacío» al atribuir a los acusados «ajenos a la Consejería de Empleo» un dolo eventual referido a un resultado producido por aquellos que integraban este último órgano; ello, justamente en una estructura que, debido al reparto funcional, «necesariamente se rige por el principio de confianza»¹⁰. No sólo se aparta de la solución brindada por el voto mayoritario en este aspecto. También entiende que este último ha excedido su competencia al afirmar el dolo directo de los acusados, cuando el tribunal de juicio habría fijado el límite en el dolo eventual¹¹.

2. Pero antes de continuar, debe advertirse que, en su análisis del tipo subjetivo, el voto particular intercala una serie de consideraciones que, como se explicará más adelante, generan dudas sobre la corrección de la estrategia escogida para la resolución del caso. Ello se debe a que resalta particularidades del tipo objetivo de la malversación que, si bien son útiles para la delimitación del objeto de una eventual representación subjetiva, ponen ya en jaque la verificación misma de la cualidad objetivamente típica de la conducta analizada, sea por razones probatorias o por motivos de valoración.

Sobre este tópico comienza alegándose lo siguiente: «[p]ara apreciar la existencia del dolo eventual como elemento subjetivo del tipo penal de la malversación [...], se requeriría, [...], según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de esta Sala, que concurriera una alta o elevada probabilidad de que las infracciones legales practicadas con el fin de aligerar la distribución de las ayudas sociolaborales [...] determinaran un perjuicio grave y fraudulento para los caudales

⁹ FD Primero (p. 1116), FD Sexto, pto. 3 (p. 1155).

¹⁰ FD Primero (p. 1117); también FD Séptimo, pto. 2 (pp. 1159 s.), alegando la falta de cualquier tipo de análisis sobre la distribución de competencias y las relaciones de confianza entre los órganos.

¹¹ FD Primero (p. 1117), FD Segundo, pto. 1 (p. 1119), FD Séptimo, pto. 1 (pp. 1156 ss.). Tanto la efectiva presencia de tal exceso como su eventual viabilidad jurídica resultan tópicos que, por los fines perseguidos en este comentario, no pueden ser aquí abordados.

públicos»¹². En otras palabras, «que la conducta que realizaron directamente los acusados ajenos a la Consejería de Empleo hubiera generado un riesgo típicamente relevante que se acabara materializando en el peligro concreto para el bien jurídico que tutela el artículo 432 CP»¹³. Y agrega a continuación que la sentencia de la Audiencia carece de toda argumentación sobre «este primer elemento del dolo eventual», sea desde el prisma probatorio como desde el normativo¹⁴.

Las referencias a la ausencia de todo razonamiento probatorio sobre la realización del tipo objetivo de la malversación por parte de los acusados suelen repetirse¹⁵. Al respecto, se resalta la necesaria comprobación de una «situación de alto riesgo de peligro concreto», es decir, «que el sistema procedimental implantado [...] llevara consigo un peligro tan elevado y concreto de menoscabo [...] que fuera muy probable que se materializara en el resultado propio del delito de malversación [...]», en tanto sobre tal objeto habrían de recaer los elementos intelectual y volitivo del dolo eventual¹⁶.

Fijada tal premisa, expresa el voto particular que la potencialidad indiciaria del razonamiento empleado recae sólo sobre el delito de prevaricación, no siendo por tanto extensible al de malversación; máxime cuando la conducta constitutiva de esta última fue materializada de forma dolosa por integrantes «de la Consejería de Empleo» que actuaban por su cuenta y sin que se acreditase su connivencia con los acusados ajenos a tal órgano¹⁷. En apoyo a esta conclusión, indica que, sin perder de vista el carácter prevaricador, los comportamientos de estos últimos se orientaban a agilizar la tramitación de subvenciones urgentes a fin de ser distribuidas a trabajadores y empresas¹⁸. En este sentido, a juicio de la minoría, el riesgo inherente a la supresión de controles con el fin mencionado no supuso una alta probabilidad de que cualificados funcionarios «de la Consejería de Empleo» fuesen a realizar conductas dolosas fraudulentas¹⁹. La sentencia condenatoria habría recurrido a un «liviano dolo eventual» basado en el asumir la eventualidad del destino de los fondos públicos, con el solo propósito de subsanar aquel déficit probatorio en el ámbito del tipo objetivo²⁰. Tal instrumentalización del dolo eventual resultaría objetable, pues su entendimiento en un sentido tan amplio y la adopción de una actitud laxa en su verificación procesal podrían llevar al anacronismo de los delitos cualificados por el resultado²¹.

3. Llegado este punto, cabe abordar la posición del voto particular en materia de distinción entre dolo e imprudencia. Como punto de partida, la minoría adhiere a un concepto volitivo de dolo. Según expresa, «dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal»²². En la modalidad eventual, tal querer aparecería manifestado en el asumir o

¹² FD Cuarto, pto. 1 (p. 1126).

¹³ FD Cuarto, pto. 1 (p. 1126).

¹⁴ FD Cuarto, pto. 1 (p. 1126).

¹⁵ Al menos, FD Cuarto, pto. 1 (pp. 1126-1128), FD Noveno, pto. 3 (p. 1196).

¹⁶ FD Cuarto, pto. 1 (pp. 1126 s.).

¹⁷ FD Cuarto, pto. 1 (pp. 1127 s.).

¹⁸ FD Cuarto, pto. 1 (p. 1127).

¹⁹ FD Cuarto, pto. 3 (p. 1130).

²⁰ FD Noveno, pto. 2 (p. 1187).

²¹ FD Sexto, pto. 3 (p. 1155), remitiendo a STS 474/2013, Penal, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:2913).

²² FD Segundo, pto. 2 (p. 1119).

aceptar la probabilidad del resultado lesivo a evitar²³. Sin embargo, a su criterio, el núcleo problemático de la sentencia podría verse ya en el aspecto cognoscitivo del dolo. En palabras simples, a la verificación -no realizada- del tipo objetivo debería haber seguido una práctica que -según se indica- tampoco habría sido satisfecha: la comprobación de que los acusados «ajenos a la Consejería» tenían conocimiento de que muy probablemente los fondos públicos estuviesen siendo distribuidos de forma indebida²⁴. En este punto, se expresa que, a la hora de desencadenar resultados perjudiciales para caudales públicos, una conducta prevaricadora como la ejecutada puede generar dos grados de riesgo disímiles: por un lado, la mera posibilidad de que funcionarios «de la Consejería» aprovecharan dolosamente la omisión de controles para realizar comportamientos malversadores; por el otro, la alta probabilidad de que ello suceda²⁵. La primera hipótesis -afirma el voto- es «la propia de la conducta imprudente con culpa consciente centrada en un pronóstico de mera posibilidad»; la restante, en cambio, «la del dolo eventual que ubica el grado de la conducta dolosa en la alta posibilidad de que en el caso concreto se produzca el quebranto doloso para el patrimonio público»²⁶. Siguiendo esta línea, se indica entonces que, conforme la doctrina mayoritaria y jurisprudencia de la Sala, el grado de peligro necesario para la afirmación del dolo eventual en la malversación no ha de ser meramente abstracto o general. Por el contrario, debe verificarse un «elevado peligro concreto» que dé cuenta de una inminente lesión al bien jurídico; característica -a su juicio- no advertible en las conductas de los funcionarios «ajenos a la Consejería»²⁷. Al respecto, agrega el voto que la sentencia recurrida evidencia un vacío probatorio en lo que atañe a ambas hipótesis; vacío que debe ser subsanado a fin de despejar el interrogante generado por tal omisión²⁸.

4. Según plantea la minoría, aunque debidamente encuadrada en el delito de prevaricación, la actuación de tales funcionarios no permite asumir «que supieran que en la Consejería de Empleo se estuvie[se] distribuyendo y adjudicando el dinero de una forma fraudulenta»²⁹. A su juicio, la sentencia de la Audiencia carece de una argumentación idónea sobre las circunstancias que habilitan concluir que los acusados sabían que muy probablemente el sistema de implantado conllevaría comportamientos ilícitos dolosos por parte de terceros³⁰. En otras palabras, no se presenta explicación alguna que justifique el salto argumentativo que supone atribuir al descontrol doloso en el otorgamiento de subvenciones un permitir dolosamente la ejecución de actos fraudulentos por parte de otros funcionarios³¹. Según se expone, este conocimiento del «elevado peligro concreto» de menoscabo al patrimonio público no debería fundarse en meras especulaciones genéricas ni en pronósticos de probabilidad abiertos, sino en elementos de prueba que acrediten una situación concreta de peligro fácilmente advertible y generadora de desconfianza en la estructura funcional de la Consejería de Empleo³². Ante la carencia de pruebas en tal sentido, según este voto resulta perfectamente factible concluir que los acusados

²³ FD Segundo, pto. 2 (pp. 1119 ss.).

²⁴ FD Cuarto, pto. 2 (pp. 1128 s.).

²⁵ FD Cuarto, pto. 3 (p. 1130).

²⁶ FD Cuarto, pto. 3 (p. 1131).

²⁷ FD Cuarto, pto. 1 (p. 1126), pto. 3 (p. 1131).

²⁸ FD Cuarto, pto. 3 (p. 1132).

²⁹ FD Tercero (pp. 1123, 1125).

³⁰ FD Séptimo, pto. 2 (p. 1159).

³¹ FD Séptimo, pto. 2 (p. 1162).

³² FD Séptimo, pto. 2 (p. 1161).

confiaron en el buen proceder de terceros³³, e incluso un exceso de confianza no habilitaría a resignificar la conducta recurriendo para ello a la «modalidad liviana» del dolo eventual³⁴.

Así pues, en un nuevo salto desde lo objetivo hacia lo subjetivo, agrega lo siguiente: «es importante advertir que el hecho de que las infracciones normativas integrantes del delito de prevaricación pudieran haber generado [...] el conocimiento de una notable situación de descontrol, [...] solo permitiría hablar de la posibilidad o probabilidad genérica y abierta de tal situación, sin que solo por ello se cubriera el requisito del conocimiento del peligro concreto de que tal situación se materializara en la práctica por el comportamiento de los propios funcionarios de la Consejería de Empleo»³⁵. Solamente una específica focalización del peligro permite «pasar de unas expectativas o posibilidades abiertas propias de un delito imprudente, a unas conductas mucho más concretas en las que el grado de peligro se introduce en las raíces propias del dolo, con las graves consecuencias punitivas que ello entraña»³⁶. En este contexto, «ese peligro concreto materializado después por las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo no consta que fuera conocido y asumido por los responsables de otros departamentos de la administración autonómica»³⁷. Intentando superar las dificultades interpretativas que suscita este último párrafo, podría decirse que -a juicio de la minoría- los funcionarios «ajenos a la Consejería»: a) generaron un riesgo objetivamente abstracto de malversación por parte de terceros, y b) por tal motivo, sólo se representaron un riesgo de tal magnitud (y no uno de carácter concreto). Si esta interpretación es correcta, concordará el lector con que el voto podría haber desarrollado su posición de forma más clara y concisa.

En lo que sigue, se abordará la problemática argumentativa de este voto particular.

4. Análisis de los argumentos del voto particular: dolo y riesgo objetivo

4.1. La malversación por los funcionarios «ajenos a la Consejería»: ¿un problema de tipo subjetivo?

Entiendo compartirá el lector que no deja de ser llamativa la decisión de resolver el caso recurriendo al aspecto subjetivo de la malversación. Si uno se atiene a los argumentos esbozados por la minoría, no se comprende con qué finalidad pone tanto énfasis en la no verificación del tipo objetivo de la malversación³⁸, si es que luego resolverá el caso negando el dolo eventual en los acusados. En este punto, las referencias brindadas no son muy claras, ni en lo que atañe al estricto contenido del tipo objetivo (aparentemente ausente), ni en lo referente a la función del

³³ FD Séptimo, pto. 2 (p. 1159).

³⁴ FD Séptimo, pto. 2 (p. 1162).

³⁵ FD Octavo, pto. 2 (p. 1168).

³⁶ FD Octavo, pto. 2 (p. 1168).

³⁷ FD Octavo, pto. 2 (p. 1168).

³⁸ Por ejemplo, indicando que sobre este punto la sentencia condenatoria «carece de sustento argumental probatorio» (FD Cuarto, pto. 1 [pp. 1126 s.]), que la Audiencia Provincial «ni siquiera ha razonado probatoriamente» (FD Cuarto, pto. 1 [p. 1128]), o bien que «no consta prueba directa alguna de que [los] acusados intervinieran en acto concreto alguno insertable en el tramo final del reparto y distribución del dinero público» (FD Noveno, pto. 3 [p. 1196]). También FD Quinto, pto. 4 (p. 1146), refiriendo que los argumentos utilizados para afirmar la autoría en la prevaricación se trasladan sin más para fundamentar tal forma de intervención en el delito de malversación.

tipo subjetivo (también aparentemente ausente) en su relación con el tipo objetivo. De seguido se intentará echar algo de luz sobre el asunto.

Conforme se ha detallado en el apartado anterior, para el voto particular la conducta prevaricadora ejecutada por los acusados «ajenos a la Consejería» podía generar dos grados disímiles de riesgo con respecto al erario público: a) uno objetivamente abstracto (la mera posibilidad de que terceros aprovecharan la oportunidad para realizar una malversación), al cual se identifica con la imprudencia consciente; o b) uno objetivamente concreto (una probabilidad alta de tal situación), al que se identifica con el dolo eventual. En opinión de la minoría, tales funcionarios sólo habrían generado un riesgo de la primera especie, por lo que su comportamiento -siendo atípica la malversación imprudente- debería permanecer impune. Con tal base, puede llegar a entenderse que el problema que intenta poner de relieve el voto no se vincula a la ausencia de cualquier actividad probatoria sobre el riesgo generado, sino a la capacidad de rendimiento del material probatorio recabado. A todo evento, sólo habría sido acreditado un riesgo abstracto o, lo que es lo mismo, no habría podido verificarse el riesgo concreto requerido.

Como podrá advertir el lector, surge aquí algo llamativo. Si la crítica ensayada a la Audiencia radica en que ha llenado «el vacío probatorio [...] entre los hechos de la primera fase con los de la segunda [...] acudiendo a una aplicación del dolo eventual como un posible hilo conductor»³⁹, es decir, a costa de omitir toda fundamentación sobre el tipo objetivo, no se entiende por qué la solución del caso se sustenta negando el dolo eventual y no rechazando ya de plano la adecuación del comportamiento al tipo objetivo de la malversación. En algún punto, parecería como que el voto particular “se ha sentido forzado” a seguir la misma vía argumentativa que la Audiencia, centrando el núcleo problemático en la presencia o ausencia del dolo eventual. Pero, al mismo tiempo, los argumentos que ofrece hacen de tal problema algo sólo aparente: ¡el vicio, y la razón para la absolución, se hallaría ya en la ausencia de tipicidad objetiva! ¿Cuál es el motivo de todo este embrollo? A fin de dilucidar este interrogante, creo que la mejor estrategia es poner a la vista dos problemas esenciales que presenta este voto: por un lado, la coexistencia interna de dos modelos de responsabilidad disímiles; por el otro, la diferencia entre aquello que pretende decir (cómo quiere resolver el caso) y aquello para lo que efectivamente rinden sus argumentos (cómo realmente lo resuelve).

De tenerse por válida la hipótesis que plantea el voto sobre el proceder de la Audiencia, detrás de ambas argumentaciones podrían vislumbrarse dos modelos de responsabilidad distintos. La Audiencia habría empleado la (presunta) subjetividad de los funcionarios «ajenos a la Consejería» como factor fundante de la responsabilidad. El voto minoritario, en cambio, ha partido -y esto puede tenerse por cierto- de consideraciones vinculadas al riesgo objetivo de las conductas desarrolladas. Ambas formas de proceder representan modelos de responsabilidad excluyentes. En el primero, la responsabilidad se asienta en la parte subjetiva del delito. Para ello requiere de un aspecto objetivo valorativamente neutro, es decir, causalmente considerado desde una perspectiva *ex post* y, de este modo, pasible de ser delimitado a través de su contracara subjetiva. En el segundo, la responsabilidad se asienta ya en el aspecto objetivo (léase mejor intersubjetivo), el cual desde una perspectiva *ex ante* y mediante consideraciones valorativas delimita los contornos del comportamiento reprochablemente prohibido. En el primero, prohibición y

³⁹ FD Séptimo, pto. 2 (p. 1162).

condiciones de responsabilidad se encuentran escindidas⁴⁰; en el segundo, el ámbito semántico de la prohibición aparece ya delimitado por las condiciones de responsabilidad⁴¹. El primer modelo responde a la lógica de la imputación⁴², la cual, sujeta a un reordenamiento de sus juicios⁴³ o restricción de sus presupuestos⁴⁴, no ha dejado de estar presente en las construcciones de la teoría del delito. El segundo modelo responde a la lógica de la infracción de la norma, iniciada principalmente por BINDING⁴⁵ y seguida -velada o expresamente- por las corrientes que adhieren a la teoría del comportamiento desaprobado⁴⁶.

A los fines de este comentario poco interesa si tal diferencia se presenta entre la resolución de la Audiencia y el voto aquí comentado. No obstante, sí es de interés el hecho de que ambos modelos (entre sí excluyentes) aparecen confundidos en el voto particular: más precisamente, entre «aquello que se quiere decir» y «aquello que efectivamente se dice». La posición minoritaria pretende resolver el caso bajo el primer modelo, pero utiliza argumentos propios de su opuesto. Su intención es ubicar el núcleo problemático en el aspecto subjetivo, es decir, en la presencia o ausencia de dolo, pero da razones -incluso expresas- sobre la ausencia del riesgo objetivo requerido para el tipo en cuestión. En pocas palabras, intenta negar la imputación cuando ya previamente ha negado la infracción de la norma. Si su finalidad era centrarse en la presencia del dolo como aspecto problemático del caso, entonces la estrategia a seguir resultaba clara: debía analizar el tipo objetivo desde una perspectiva causal y *ex post*, a fin de permitir que, una vez afirmado aquel, la imputación subjetiva cumpliera su función reductora del objeto. Dicho de otro modo, tenía que haber recurrido a la metodología que reputa empleada por la Audiencia. Sin embargo, este proyecto queda totalmente frustrado con el propio proceder del voto. Al negar la presencia de un riesgo *ex ante* objetivamente típico, tal reducción aparece ya practicada en el nivel analíticamente previo del objeto. Por ello, el avance que realiza el voto hacia el aspecto

⁴⁰ En este sentido, suele expresarse que la norma no puede establecer las condiciones de su infracción. Al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29, 80; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 42, 62.; MAÑALICH, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2003, pp. 170, 174; VALIENTE IVÁÑEZ, «La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal», *RECPC*, (22), 2020, pp. 6 s.

⁴¹ Claro a este respecto, expresando que toda antinormatividad implica al mismo tiempo la infracción de un deber, GÖSSEL, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 8ª ed., t. 2, 2014, § 39/2. Véase también, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 408; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 587, 623 s., 626; ROBLES, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, 67 s., esp. 73, 87. Una aplicación práctica de este modelo puede verse en MURMANN, «Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung», *FS-Herzberg*, 2008, pp. 123 ss.

⁴² Sobre sus presupuestos y orden de análisis, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 25 ss.; HRUSCHKA, «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf», *ZStW*, (96-3), 1984, pp. 672-674.

⁴³ Sólo a fines ilustrativos de esta reestructuración, en el modelo analítico de la imputación el análisis de la denominada *applicatio legis ad factum*, como juicio de subsunción -y no de infracción a la norma-, debería preceder a la *imputatio* (tanto *facti* como *iuris*), en tanto juicio sobre la infracción al deber. Sobre este modelo analítico, ilustrativo MAÑALICH, *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2003, esp. pp. 174 ss. A la misma conclusión debería arribarse en el modelo causal-naturalista, que parte de un injusto meramente objetivo, previo a la culpabilidad.

⁴⁴ La concepción de la culpabilidad en el sistema causal-naturalista, como mera relación psicológica del autor con el hecho (al respecto, v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 18ª ed., 1911, p. 162), implicaría la supresión de la *imputatio iuris* y, muy probablemente, al prescindir del requisito de dominio, también una reducción de las condiciones de la *imputatio facti*.

⁴⁵ Sobre la fundamental distinción entre norma de comportamiento y ley penal, véase BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, pp. 4, 7. Un relevamiento de la sistemática en BINDING puede hallarse en ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, pp. 13 ss., 45 ss.; KAUFMANN, Arm., *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 1-35.

⁴⁶ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 407; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 620 ss. (esp. 627 s.).

subjetivo del delito (hacia la pregunta por el dolo) no sólo luce metodológicamente improcedente, sino también innecesario⁴⁷.

En conclusión: a) con su foco en lo subjetivo, la intención del voto particular es resolver un caso de malversación -que debería considerar- objetivamente consumada (cuya relevancia finalmente niega por ausencia de dolo); b) con su foco en el aspecto objetivo (rechazado), sus argumentos brindan una base sólida para finalizar el análisis alegando la atipicidad objetiva del comportamiento; ab) pero con su posterior (e inusitado) abordaje del aspecto subjetivo, se aventura al análisis de lo que, en su estructura, no sería sino ¡una tentativa objetivamente inidónea de malversación! (cuya punibilidad también niega por ausencia de dolo). Es justamente en este avance donde saltan a la luz la confusión de ambos modelos, la importancia de la coherencia metodológica, y la diferencia obrante entre lo que el voto quiere decir y lo que realmente su argumentación expresa.

4.2. Sobre el riesgo objetivo y su empleo en el voto particular

Suele entenderse que, desde una perspectiva *ex post*, no puede haber algo tal como un riesgo sino sólo certeza positiva o negativa: o bien un estado de cosas fue causado por otro (complejo de estado de cosas, o bien no lo fue. Por oposición, la idea de riesgo, en tanto fundada en un juicio de probabilidad sobre sucesos futuros, sería hija de la perspectiva *ex ante*⁴⁸. La idea de riesgo no prescinde del resultado, porque todo riesgo se encuentra referido a una consecuencia. Pero con ella no se busca delimitar las condiciones que permiten explicar un resultado, sino por el contrario proyectar la posibilidad de un resultado dadas ciertas condiciones. Ahora bien, si a efectos de analizar el carácter delictivo de un comportamiento se parte de este último enfoque, cabe entonces distinguir dos tipos de juicios sobre el riesgo⁴⁹: aquel que objetivamente (intersubjetivamente) se practica sobre la conducta ejecutada, y aquel que el propio sujeto realiza

⁴⁷ Prescindiendo de su caracterización del comportamiento objetivamente típico, tiene razón JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW*, (97), 1985, pp. 761, 762 s., cuando indica que, en un Estado de libertades, la pregunta por lo interno (léase, aquella subjetividad requerida para el dolo) sólo puede tener lugar una vez verificada una exteriorización jurídicamente relevante. A decir verdad, esta expresión no es incompatible con el modelo de la infracción a la norma, si se diferencia entre aquello interno útil para el juicio de relevancia jurídica del comportamiento externo (es decir, aquello que condiciona la infracción a la norma) y aquello interno útil para graduar el reproche por tal infracción (léase, los estados mentales propios del dolo y la imprudencia).

⁴⁸ Esta distinción no es del todo correcta, por razones sobre las que aquí no puede ahondarse. Baste con recordar, por un lado, la estructura sintética (y no analítica) de la proposición que expresa tal suerte de «certeza»; por el otro, la dimensión no sólo explicativa (*ex post*) sino también predictiva (*ex ante*) del método causal basado en leyes. En este sentido, tanto la explicación *ex post* como la predicción *ex ante* se caracterizan por ser juicios probabilísticos, aun cuando se asienten en leyes de cobertura que permitan expresar que tal probabilidad resulta rayana a la certeza. En todo caso queda claro que la opción por una perspectiva u otra no refleja la aceptación o rechazo del método causal, sino sólo aquel aspecto del método que, en virtud de otras finalidades, ha de ser tomado en consideración.

⁴⁹ Con esto no pretende reflejarse aquella antigua discusión dogmática sobre la naturaleza ontológica o epistémica del peligro, es decir, si el peligro, como producto de un juicio, es un concepto subjetivo (así, por ejemplo, FINGER, «Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht», *Festgabe für Reinhard von Frank*, t. I, 1930 [reimp. 1969], pp. 237 s.) o, en cambio, al reflejar una magnitud efectivamente existente, es un concepto objetivo independiente del juicio emitido (en estos términos, VON KRIES, «Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben [Zweiter Artikel]», *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie*, [12], 1888, pp. 287-289). Aquí se asume que el peligro es un concepto subjetivo pues depende de un juicio. No obstante, tal juicio puede ser emitido por un observador externo, basándose en estándares de análisis objetivos (intersubjetivos), o por el propio sujeto actuante (sea siguiendo aquellos estándares -conocimiento-, o no siguiéndolos -error-).

sobre su comportamiento. Mientras uno suele ubicarse en el denominado tipo objetivo, el segundo aparece como inherente al tipo subjetivo.

En el voto comentado, el FD Cuarto inicia con dos afirmaciones que, a los estrictos fines de este estudio, resultan curiosas. Por un lado, que el dolo eventual de la malversación requiere una alta o elevada probabilidad (objetiva) de que la conducta precedente de prevaricación determine un perjuicio grave y fraudulento para los caudales públicos. Por el otro, que este «primer elemento del dolo eventual» carece en la sentencia de toda argumentación y análisis⁵⁰. Ahora bien, ¿qué pretende decirse al caracterizar la alta probabilidad como «primer elemento del dolo eventual»?

Conforme lo previamente expuesto, el voto particular toma como punto de partida dos alternativas de riesgo objetivo: una alta, a la que asimila al dolo eventual, y una abstracta, que compatibiliza con la imprudencia consciente. Vistos los saltos argumentativos que de un párrafo a otro realiza⁵¹, no resulta fácil comprender cómo es que llega a tales conclusiones, es decir, cómo es que pasa desde lo objetivo a lo subjetivo. Tanto puede deberse a un vicio metodológico (i) como a algún tipo de planteamiento que -al menos a la simple lectura- permanece oculto (ii). En los términos de la hipótesis (i), es posible que medie una confusión conceptual entre la afirmación objetiva de un riesgo y su representación subjetiva por parte del autor. Si ello es así, la distinción de juicios con la que el voto -al menos nominalmente- opera deja de tener todo sentido. Es casi innecesario aclarar que, si ambos juicios se mantienen escindidos, ni la correspondencia asumida es real ni tampoco quedan excluidas otras alternativas. Mantener expresamente la distinción y, a la vez, derivar del primer juicio objetivo el contenido del segundo, no implica más que una contradicción. De seguirse en cambio la hipótesis (ii), puede que aquello pretendido no sea sino utilizar el carácter objetivo del riesgo como materia aprovechable para la dogmática del dolo. En caso de ser así, ello podría lograrse recurriendo a dos vías entre sí excluyentes: bien quebrando la distinción de juicios objetivo y subjetivo y reduciendo el concepto de dolo a una dimensión de riesgo objetiva, o por el contrario manteniendo tal distinción, pero empleando el riesgo objetivo como mero indicio procesal de una representación subjetiva.

El apartado siguiente estará dedicado a exponer los pormenores de estas últimas dos alternativas. A la vez, se intentará dilucidar si algún pasaje del voto particular alude a su utilización en alguno de tales sentidos.

4.3. El riesgo objetivo en el voto particular: ¿elemento del dolo de malversación o presupuesto probatorio para el dolo de malversación?

a) ¿Un dolo meramente objetivo?

Bajo esta primera alternativa, debería entenderse que la concepción de dolo -e imprudencia- empleada resulta meramente objetiva, es decir, dependiente del grado objetivo del riesgo y no de aquel asumido por el autor. Ello encuentra sustento en la siguiente expresión: que el dolo eventual de malversación requiere que la conducta prevaricadora precedente (en el caso, sólo destinada a aligerar la distribución de ayudas) haya (objetivamente) generado una alta o elevada probabilidad de perjuicio grave y fraudulento para los caudales públicos⁵². Paradójico es, sin

⁵⁰ FD Cuarto, pto. 1 (p. 1126).

⁵¹ Al respecto, véase ap. 3.2. de este comentario.

⁵² FD Cuarto, pto. 1 (pp. 1126 s.).

embargo, que en la misma frase se caracterice al dolo eventual como «elemento subjetivo del tipo penal». Pero si la hipótesis fuese incorrecta, no llegaría a comprenderse el motivo por el que este voto particular, luego de destacar la diferencia entre un riesgo abstracto y otro concreto de malversación, inmediatamente conecta el último al caso del dolo eventual y el primero al de la imprudencia consciente. Tres observaciones al respecto:

¿Es esta idea compatible con el concepto volitivo de dolo que el voto particular dice seguir? Todo indica que no. Una teoría del dolo cimentada en el riesgo objetivo parece ser -en principio- más asimilable a las vertientes cognitivas que a las volitivas. La razón de ello es bastante simple: el nivel de riesgo que objetivamente pueda predicarse de una conducta nada indica sobre su aceptación o rechazo. Más allá de su desaprobación, el riesgo, en tanto conclusión dependiente de un cálculo de probabilidades, se presenta como producto de un juicio cognitivo y no de un proceso volitivo⁵³.

Por otro lado, ¿afecta este planteamiento al denominado tipo subjetivo? La respuesta no puede ser más que afirmativa. Contrariamente a una concepción clásica del dolo, esta vertiente objetiva no encuentra su base en el pronóstico de riesgo emitido por el sujeto actuante⁵⁴, sino en aquel ya empleado para analizar la presencia del tipo objetivo. Las consecuencias de este proceder son claras: un tipo subjetivo cuyo contenido es idéntico al del tipo objetivo ya no resulta necesario⁵⁵. En otras palabras, si no se distingue entre un juicio objetivo y otro subjetivo, ya no cabe hablar de un tipo subjetivo, ni tampoco de «dolo». Más propiamente, debería hablarse de un «tipo doloso», sustentado en un riesgo objetivo elevado, por oposición a un «tipo imprudente», cuya base se encuentra en un riesgo objetivo meramente abstracto. Que esta construcción no resulta viable queda ya evidenciado por el hecho de que, desde el prisma de la penalidad resultante, no todos los riesgos bajos merecen (o necesitan de) la sanción atenuada de la imprudencia, ni todos los riesgos altos la agravada del dolo. Solo un ejemplo: en la vida cotidiana, los accidentes viales suelen ser producto de creaciones de riesgos altos, pero nadie pensaría que todos ellos deben ser castigados con la penalidad del dolo.

Ya en tercer lugar, difícilmente pueda aceptarse que una conceptualización como la esbozada resulte -conforme se adjudica el propio voto comentado- compatible con aquella seguida por la jurisprudencia de la Sala. Es cierto que algunas sentencias de los últimos años, aunque de forma no concluyente, parecen orientarse a un concepto de dolo eventual puramente objetivo, es decir, prescindente de un estado cognitivo de representación y basado en la situación objetiva de riesgo generada⁵⁶. Pero tales reflexiones sólo pueden entenderse como marginales pues, en la práctica,

⁵³ Que un proceso volitivo pueda ser eventualmente causa de aquello que, a través de un proceso cognitivo, se determina como «riesgo», no cambia la cuestión; en tal caso será sólo un elemento más del juicio cognitivo.

⁵⁴ Obviamente, este pronóstico subjetivo también se reconstruye «desde afuera», es decir, siguiendo reglas objetivas propias del proceso probatorio. Pero una cosa es determinar si un comportamiento es objetivamente riesgoso, y otra distinta es si objetivamente puede decirse que el sujeto se representó ese comportamiento objetivamente riesgoso. Sobre ello, véase el subapartado siguiente.

⁵⁵ O sólo es necesario para especiales elementos subjetivos distintos del dolo, si es que no se los objetiviza al igual que a este último.

⁵⁶ Así, por ejemplo, en STS 277/2018, Penal, de 08 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2056), FD Sexagésimo, que alude a un «desentenderse» con efectos incriminantes, es decir, a la indiferencia que refleja la generación de una alta probabilidad de malversación producto de la ausencia total de controles en procedimientos previos. También en STS 16/2006, Penal, de 13 de marzo (ECLI:ES:TS:2006:2425), FD Quinto, que, sin necesaria aplicación al caso juzgado, menciona «la indiferencia de quien pone la colaboración que se le solicita sin preocuparse de sus consecuencias -principio de indiferencia-, o no [quiere] saber aquello que puede y debe saberse -principio de la ignorancia deliberada-».

el Tribunal Supremo culmina reconduciendo estos casos a la estructura clásica del dolo eventual, es decir, teniendo por acreditado algún grado de representación en el acusado⁵⁷. Un ejemplo de tal proceder puede hallarse en su sentencia sobre el caso «Messi», en la que, además, con referencia a pronunciamientos previos, se reputa contraria al principio de culpabilidad toda pretensión de equiparar el dolo a estructuras no basadas en la cognición⁵⁸. Si ello no fuese suficiente, el carácter subjetivo del dolo queda ilustrado en el voto mayoritario de la sentencia que aquí se comenta: el sujeto debe representarse una alta probabilidad de que se estén malversando fondos públicos⁵⁹. A diferencia de la posición minoritaria, nunca indica que baste con una probabilidad objetivamente elevada de que tal malversación suceda.

En este sentido, queda claro que para el Tribunal Supremo el dolo es un concepto que alude a la subjetividad del agente, es decir, que requiere (al menos) un estado mental de representación. No puede obviarse que, en las últimas décadas, el concepto de dolo se ha visto sujeto a una progresiva «normativización». Tal proceso supuso el empleo de criterios valorativos orientados a eludir problemas propios de una comprensión psicológico-conceptual del dolo⁶⁰, pero de ninguna manera implicó la total «objetivación» del concepto en el sentido de que su contenido (y no ya su objeto) quedase reducido a un determinado nivel de riesgo⁶¹. A lo sumo, las teorías que prescindían del estado mental de representación pretenden sustentar la forma de evitabilidad dolosa (no en la cuantía del riesgo objetivo sino) en la intensidad de la infracción al deber de conocer⁶². Para quienes sí requieren la representación como estado mental ineludible, correctivos normativos pueden hallarse, por ejemplo, en referencias tales como que sólo la confianza «seria», es decir, basada en circunstancias objetivamente fundadas, permite excluir el dolo⁶³. También así en quienes demandan que la representación se sustente en un juicio de la

⁵⁷ A modo ilustrativo, suele recurrirse a la afirmación de una sospecha delictiva, basada en que quien tiene intención de ignorar sabe en realidad lo que ignora (STS 797/2006, Penal, 20 de julio [ECLI:ES:TS:2006:6981], FD Decimosexto). También así a la asunción de las posibilidades inherentes al ámbito de interacción (STS 1106/2006, Penal, de 20 de noviembre [ECLI:ES:TS:2006:7475], FD Noveno; STS 1637/1999, Penal, de 10 de enero de 2000 [ECLI:ES:TS:2000:16], FD Quinto). Un problema distinto, que aquí no puede abordarse, es si, en la búsqueda de una subjetividad presente, acaso no se retrasa el conocimiento a circunstancias que lejos están de ser aquellas que dotan de relevancia jurídica al comportamiento.

⁵⁸ STS 374/2017, Penal, de 24 de mayo (ECLI: ES:TS:2017:1885), FD Sexto, pto. 2. A diferencia de la posición esbozada por la Audiencia provincial, según la cual un déficit de conocimiento no impide la afirmación del dolo (véase al respecto SAP Barcelona, Sección 8ª, causa 110/15, de 05 de julio de 2016), el Tribunal Supremo ve en el hecho juzgado un caso clásico de dolo eventual, en el que el estado mental requerido se encuentra plenamente acreditado. Para un comentario de ambas sentencias, véase RAGUÉS I VALLÈS, «¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal por Lionel Messi», *En Letra: Derecho Penal*, (VI-11), pp. 72-90.

⁵⁹ Así, el voto mayoritario en FD 32.3.viii (p. 320); también FD 140 (p. 1046)

⁶⁰ Sobre los problemas de una comprensión psicológica del concepto de dolo, véase RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 168 ss.

⁶¹ Esto último ni siquiera resulta aplicable a la contribución de PÉREZ BARBERÁ. Su concepto de dolo es claramente normativo, en el sentido de que supone una valoración de datos de diferente índole. Que en un caso de «ceguera ante los hechos» la hipótesis de probabilidad de previsión del resultado se construya sólo y simplemente a partir del dato «peligro objetivamente elevado», no implica que se trabaje con un concepto de dolo cuyo contenido quede satisfecho con ese único elemento. En realidad, se trata allí de un «caso de dolo», es decir, de uno de los casos captados por el concepto de dolo, mas no del único caso de dolo posible. Sucintamente sobre la conformación de la hipótesis de probabilidad en estos supuestos, véase PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 777.

⁶² En este sentido, JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, 2020, pp. 34, 44 s.; EL MISMO, «Gleichgültigkeit als dolus indirectus», *ZStW*, (114-3), 2002, p. 594; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 394, 406 ss.

⁶³ Así, por ejemplo, STS 474/2013, Penal, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:2913), FD Primero, pto. 4, aludiendo a una «extravagante confianza que carece de una sólida base empírica» y por tanto no excluyente del dolo. En la jurisprudencia alemana, al menos nominalmente y sin mayores referencias a su carácter procesal o sustantivo,

experiencia válido⁶⁴, o en quienes requieren que los factores reconocidos y causados por el agente representen, conforme a reglas generales de la experiencia, una estrategia sensata, es decir, un método apropiado, para la provocación de un resultado⁶⁵.

Cerrando este punto, puede decirse que la argumentación del voto particular apunta a un concepto de dolo que queda satisfecho con la comprobación de un determinado grado de riesgo objetivo. Sus afirmaciones sobre el carácter subjetivo del dolo y el encuadre de su propuesta dentro de la línea seguida por el Tribunal Supremo sólo son evidencias adicionales de la discordancia obrante entre lo que el voto pretende expresar y lo que los argumentos empleados realmente expresan.

b) *¿El grado objetivo de riesgo como indicio para la determinación de un estado mental?*

La segunda alternativa interpretativa es de índole procesal, y puede vincularse al reconocimiento jurisprudencial de una dimensión fáctica en el dolo, es decir, a la aceptación de que los estados mentales, al igual que cualquier estado de cosas, deben ser objeto de prueba a través de un proceso inferencial⁶⁶. Como correctamente se expresa en la STS 70/2014, por internos, estos elementos no dejan de ser hechos y, como tales, pertenecientes a la *quaestio facti*. Por ello, resultan determinables mediante prueba indirecta, es decir, indiciaria: con el procedimiento inferencial, de datos externos se busca concluir la existencia de datos internos⁶⁷. De todos modos, esto no debe hacer pensar que el método garantice un acceso directo y exacto a la mente del sujeto en el momento del hecho, tal como requeriría una aproximación psicológico-procedimental a los estados mentales⁶⁸. Por el contrario, sólo supone una objetivación del procedimiento empleado para su atribución.

En el voto comentado pueden hallarse referencias en este sentido. Por ejemplo, cuando indica que, a efectos de verificar el aspecto cognitivo del dolo, la jurisprudencia suele recurrir a la prueba indiciaria, o bien cuando expresa que, siguiendo máximas de la experiencia y reglas de razonabilidad socialmente legitimadas, de elementos externos -y como tales empíricamente

BGH, 2 StR 52/03, de 23 de abril de 2003, nm. 2 (NStZ, 2003, p. 603). En la doctrina, véase el comentario de SCHNEIDER, «§ 212», *MiKoStGB*, 4ª ed., 2021, nm. 62 ss. Que este proceder «desde la imprudencia» debe tener un necesario impacto en la conceptualización del dolo, resulta a todas luces evidente.

⁶⁴ Así, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 8/23.

⁶⁵ Configurando así su denominado «peligro de dolo», PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, (103-1), 1991, pp. 17 s.; LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, pp. 39 s.; LA MISMA, «Begriffskonzeptionen des dolus eventualis», *GA*, 2006, p. 74.

⁶⁶ Un buen resumen de las posiciones jurisprudenciales sobre la naturaleza de los estados mentales y su ubicación dentro del relato de los hechos objeto de acusación (y prueba), o bien dentro de la fundamentación jurídica, puede hallarse en STS 474/2013, Penal, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:2913), FD Primero, ptos. 3 s. Véase también STS 70/2014, Penal, de 3 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:472), FD Tercero. En este sentido, el voto mayoritario de la sentencia aquí comentada indica que el problema de la existencia o inexistencia del estado mental no es propio del juicio de tipicidad sino del procedimiento probatorio (véase FD 133.2, p. 998).

⁶⁷ STS 70/2014, Penal, de 3 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:472), FD Tercero; también así, STS 277/2018, Penal, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2056), FD Noveno, con referencia a los límites del recurso de casación. En la doctrina, sobre la prueba indiciaria y los procesos inferenciales, véase por todos, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 237 ss., con mayores referencias. Sobre los presupuestos requeridos para la capacidad convictiva de la prueba indiciaria, STS 215/2019, Penal, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1412), FD Primero, pto. 3; asimismo, véase el voto mayoritario de la sentencia aquí comentada (FD 45.2, pp. 381 s.)

⁶⁸ Crítico a este último respecto, caracterizando tal perspectiva como una concepción psicológica de la determinación del dolo, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 205, 231, 257 s., esp. 258 ss.

verificables- debe poder inferirse el grado de conocimiento del acusado⁶⁹. Según estas manifestaciones, al analizar la presencia o ausencia de dolo se trataría, al fin y al cabo, de lo que objetivamente puede atribuirse como estado mental del autor. Cómo cuadra ello con los argumentos del propio voto, según los cuales el dolo quedaría satisfecho con un riesgo objetivo alto, es algo que la minoría no explica y, a todas luces, evidencia una contradicción. O bien el dolo es un concepto objetivo, o bien es un concepto subjetivo determinable a través de un procedimiento objetivo. Ambas cosas no pueden ser.

Más allá de tal contradicción, cabe señalar que la perspectiva procesal aquí analizada no implica suprimir la distinción de juicios sobre el riesgo. Por el contrario, sólo evidencia algo obvio: que también el juicio de riesgo emitido por el autor es determinable desde un prisma objetivo. Si se sigue esta línea de pensamiento, el riesgo objetivo aparece entonces como un elemento indiciario de utilidad para inferir (objetivamente) el grado de riesgo subjetivamente asumido por la persona actuante. Aunque no determinante de la inferencia, pues debería sopesarse con otros datos, el recurso al riesgo objetivo puede resultar apropiado en ciertos grupos de casos. Por ejemplo, la jurisprudencia alemana ha puesto constantemente de resalto su peso indiciario a la hora de afirmar el dolo (eventual) en delitos contra la integridad física y la vida⁷⁰. Que ello resulta enteramente trasladable a la criminalidad económica cuando las tipologías penales aluden a riesgos o resultados lesivos, no debería presentar el menor reparo⁷¹. Ahora bien, ¿qué puede decirse sobre el uso de esta perspectiva en el voto?

Por un lado, es llamativo que el desarrollo de la utilidad de la prueba indiciaria no se encuentre expuesto junto al cúmulo de argumentos empleados para afirmar la ausencia de representación por parte de los acusados, sino en un apartado posterior, destinado a objetar la decisión del voto mayoritario y de la Audiencia, es decir, una vez que la minoría ha fundamentado ya su postura hacia la absolució⁷². No caben dudas que la misma metodología, aun sin aludir a la prueba indiciaria como herramienta de análisis, fue utilizada en la parte del voto en la que se exponen los fundamentos para la absolució. Ahora bien, la necesidad de este nuevo apartado, es decir, si compone o no la *ratio decidendi* del voto minoritario, es algo que no queda suficientemente claro.

Por otro lado, y ya para finalizar, resulta llamativo que, a pesar del aparato conceptual desarrollado en torno a determinado grado de riesgo objetivo como rasgo configurador del dolo, dentro de este nuevo apartado en el que se destaca la utilidad de los indicios no se utilice tal idea en absoluto. Podría haberse alegado, por ejemplo, que, ante la ausencia de toda prueba de un riesgo alto de malversación, la posibilidad de inferir en los acusados una representación como la

⁶⁹ FD Décimo, pto. 1 (pp. 1197 s.).

⁷⁰ BGH, 4 StR 51/83, de 07 de junio de 1983 (NStZ, 1983, p. 407); BGH, 4 StR 422/02, de 16 de enero de 2003, nm. 2 (NStZ, 2003, pp. 431 s.); BGH, 2 StR 52/03, de 23 de abril de 2003, nm. 2 (NStZ, 2003, p. 604). Un ejemplo en la jurisprudencia española (no expreso pero sí similar) puede verse en STS 69/2010, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2010:902), ponente A. G. J. Barreiro, FD 3, pto. 4, cuando se alude a los medios utilizados para el ataque, la reiteración y las partes del cuerpo de la víctima afectadas.

⁷¹ Ilustrativo a este respecto, RÖNNAU/BECKER, «Vorsatzvermeidung durch Unternehmensleiter bei betriebsbezogenen Straftaten», NStZ, 2016, pp. 569 ss.

⁷² Véase FD Décimo, pto. 1 (pp. 1197-1999). Este nuevo apartado se limita a resumir su argumentación previa, reiterando el vacío probatorio sobre ciertos aspectos que considera centrales, poniendo de resalto la prueba indiciaria que -según entiende- contradice la afirmación de que pudiese tenerse por probado el estado mental requerido en los acusados, y destacando la contradicción en que incurre el voto mayoritario al inferir, ante elementos indiciarios similares, la representación en algunos acusados y no en otros (al respecto, véase FD Décimo, pto. 2 [pp. 1199 ss.]).

requerida resultaba fuertemente debilitada. También así, a la asunción de tal riesgo por el voto mayoritario podría habersele opuesto su carácter meramente indiciario (y por tanto no concluyente), enfatizando -incluso adicionalmente- sobre la presencia de otros elementos de igual índole que daban cuenta del estado mental opuesto. Nada de ello ocurre. La totalidad de los indicios empleados se orientan a demostrar la ausencia de la representación requerida, pero en ningún momento se alude a la falta de un riesgo alto como elemento indiciario de la no representación por parte de los acusados.

Esta omisión permite descartar la hipótesis de este subapartado: el riesgo objetivo no es tomado como indicio de un estado mental. Pero, aun así, no se entiende el recurso a indicios que permitan inferir estados mentales, si el dolo eventual, ya conceptualmente, quedaría satisfecho con la verificación de una determinada cuantía objetiva de riesgo (en el caso presuntamente ausente). Nuevamente, una cosa es lo que el voto particular quiere decir, y otra lo que sus argumentos expresan.

5. Conclusiones

El voto particular presenta un problema de base: existe una clara discordancia entre cómo pretende resolver el caso (negando el dolo eventual) y lo que los argumentos utilizados implican (la negación del tipo objetivo de la malversación y, por tanto, la solución en un paso analíticamente previo). Conforme aquí se expone, el motivo de tal discordancia puede deberse a la coexistencia de dos modelos de responsabilidad excluyentes dentro del mismo voto: el de la imputación y el de la infracción de la norma.

Esta discordancia se repite con el empleo del método inferencial destinado a establecer la presencia o ausencia de estados mentales a través de indicios. Tanto el uso de este método como las referencias al carácter subjetivo del dolo son meramente nominales. Bajo los propios argumentos del voto particular, el concepto de dolo resulta enteramente objetivo, es decir, dependiente de una dimensión de riesgo objetivamente elevada. Su rechazo en el caso juzgado encuentra causa en que, a criterio de la minoría, tal grado de riesgo no ha sido acreditado. Con tal base, todas las referencias posteriores realizadas en el voto aparecen como superfluas.

Jessie Singer, There Are No Accidents. The Deadly Rise of Injury and Disaster -Who Profits and Who Pays the Price, Simon & Schuster, 2022, 352 páginas

**Pablo Salvador Coderch
Universitat Pompeu Fabra**

En un curso, como «Derecho de Daños», 11ª edición, en el cual el lexema o raíz «accident» - accidente, accidentarse, accidental, etc.- aparece 424 veces, no se puede preterir la corriente doctrinal que niega la existencia de los accidentes en el sentido de que, por tratarse un accidente de un «suceso eventual o acción de que involuntariamente resulta daño para las personas o las cosas», si su causante es una empresa mercantil, esta debería responder por el daño producido y el accidente, por definición involuntario, no es o no debería servir como excusa. O, dicho de otro modo, la circunstancia de que el daño no sea doloso no basta para excusar a su causante empresarial: las empresas han de responder por los accidentes que hayan causado. Es más, la misma palabra «accidente» debería ser proscrita.

Tal es la propuesta de Jessie SINGER, periodista, cuya obra es un muy buen ejemplo reciente de esta doctrina. Desde luego, SINGER no está sola, ni su tesis es en absoluto singular: como ella misma indica (p. 5), la *National Highway Traffic Safety Administration* estadounidense borró la palabra «accidente» del mapa en 1997 y el *British Medical Journal* la prohibió en 2001. La idea subyacente es que llamar «accidente» a un suceso sugiere indebidamente que es un riesgo fuera del control de quien lo ha generado porque sería impredecible e imprevenible -neologismo por «imprevisible»-.

No es así, pues en derecho es pacífico que hay muchos accidentes por los cuales sus causantes deben de responder, sea por culpa (grave, leve, levisima), o sea sin culpa alguna cuando la ley establezca que basta con que se pueda probar su causación, o incluso, sin necesidad de probarla cuando se originan en el ámbito propio de la realización de actividades que pueden causar tal o cual daño, como ocurre en supuestos de daños medioambientales. La propuesta de SINGER es que las empresas respondan siempre por causación de daños, no solo en los supuestos en los cuales las leyes lo establezcan sino en todos ellos sin excepción.

En los Estados Unidos, escribe SINGER al comienzo de su libro, mueren cada año en accidentes doscientas mil personas, las tres primeras causas son los accidentes de tráfico, las caídas y los envenenamientos, los afroamericanos o los indígenas sufren muchos más accidentes que los hombres blancos, los ancianos más que los jóvenes y adultos. Y, en definitiva, los americanos sufren muchos más accidentes mortales que los holandeses, por ejemplo. Por ello, SINGER escribe que no usa la palabra «accidente» en el libro. No hay tal cosa, añade (p. 13, p. 256).

Ya hemos escrito que, en derecho, no todos los accidentes excusan a su causante, pero haberlos, haylos. Lo que quiere decir SINGER es que muchos errores humanos -la mayor parte- son excusables, pero no debería serlo la generación de una condición peligrosa en el ambiente. Bien está que de los riesgos de la naturaleza responda el Creador, pero de los riesgos de los artificios

construidos por el ingenio humano -carreteras, medicinas o maquinarias de todo tipo- deberían responder primariamente sus creadores.

SINGER reivindica la figura del peatón imprudente que cruza la calle por donde no debe, en inglés *jaywalker* (p. 22), para ella el resultado de una campaña organizada hace un siglo para desplazar el riesgo creado por los (fabricantes de) automóviles a los peatones. El error humano, escribe, es un rasgo de la especie y no habría de ser utilizado para negar deberes indemnizatorios a quienes crean o mantienen condiciones inherentemente peligrosas. El objetivo es acomunar los principios, hoy generalmente aceptados en materia de accidentes laborales, de restringir la (cor)responsabilidad de los trabajadores por cuenta ajena a los casos de dolo y culpa grave. E igualmente en los supuestos de accidentes automovilísticos con daño para los conductores: los vehículos deberían estar fabricados a prueba de colisiones, como había propuesto ya en 1966 Ralph NADER. Todo artefacto, todo lo que es fabricado o construido, ha de ser seguro y lo ha de ser en el preciso sentido de que ha de ser capaz de absorber los errores humanos, la condición humana. Los automóviles habrían de ser como las hueveras, recipientes sobradamente seguros de contenidos inherentemente frágiles (p. 57).

Y es que los accidentes, en sistemas de cierta complejidad, resultan inevitables, ocurren (Charles PERROW, *Normal Accident Theory*, 1972), nunca se habría de permitir que los responsables de tales sistemas externalizaran sus riesgos a sus víctimas (p. 73). Hay que evitar la fatiga de la empatía, asociada a los riesgos que no se concretan en daños y a la consiguiente apreciación distorsionada a la baja de su gravedad (p. 78).

Parecidamente, urge corregir la práctica, donde persista, de utilizar para las pruebas de resistencia a las colisiones (*crashworthiness*) maniqués contruidos a partir del cuerpo de un hombre, sin tener en cuenta la fragilidad, normalmente más elevada, del de una mujer: en una colisión frontal, las mujeres, escribe, tienen una probabilidad de morir superior en un 28 por ciento a los hombres (p. 88). O la naturaleza extraordinaria o en todo caso infrecuente de los accidentes no debería silenciar la diferencia en la percepción del riesgo en comparación con la manifestada ante accidentes frecuentes, normales (medicina, pesticidas): hay que tener en cuenta el riesgo real no el percibido (p. 89).

Algunas de las páginas más logradas del libro son las relativas al estigma asociado a determinadas conductas de riesgo como un medio para obviar la obligación de indemnizar a sus víctimas (pp. 107 ss.): no queremos ver los daños que sufren las personas cuya conducta nos desagrada, como por ejemplo, aquellas de las adictas a sustancias tóxicas, y, casi en consecuencia, no exigimos recetar naxolona, un medicamento que revierte rápidamente una sobredosis de opioides, como la oxicodeona, a quienes consumen estos últimos sin control médico. Como, igualmente, nos resistimos a los programas de distribución de jeringuillas desechables. El auge y caída de la reputación de la familia Sackler, propietaria de Purdue Pharma, fabricante de OxyContin, y la quiebra de la compañía, es una de las historias de los vaivenes de filántropos caídos en desgracia -grandes museos del mundo borraron el nombre de Sackler de las colecciones artísticas que habían donado- que hacen reflexionar sobre la imprescindibilidad de transparencia absoluta en la comercialización de sustancias adictivas: «No hay accidentes... [pues] todo aquello que llamamos un accidente es predecible y prevenible» (p. 114). Bueno, no es así, pero se quiere decir que, en adelante, los fabricantes habrían de responder por los daños causados por sus productos, no solo por los derivados de los defectos de sus productos.

Aunque esta tesis, por sí misma, no resolvería las cuestiones relacionadas con los riesgos de desarrollo, su problema principal consiste en que, si bien podemos concebir una responsabilidad general por daños de producto (sea o no defectuoso), es mucho más difícil proyectar la tesis sobre los daños causados por las prestaciones no defectuosas de servicios: no se puede operar sin bisturíes y todos cortan.

La dificultad del libro en materia de servicios se acentúa si tiene en cuenta que la autora detesta el test del coste-beneficio, promueve su abolición y pretende prescindir de él en el análisis regulatorio (p. 253). Pero entonces resulta muy costoso comparar proyectos de regulación alternativos cuando uno de ellos reduce la esperanza de vida de las víctimas, otro afecta negativamente a su capacidad de trabajar, un tercero lo hace con la posibilidad de disfrutar activamente la vida, o cuando todos hacen lo mismo, pero en medidas distintas. ¿Qué quimioterapia es preferible si una mata más que la otra, pero permite mejor calidad de vida y la segunda es mucho menos costosa que la primera? En algún momento hay que adoptar decisiones difíciles y el análisis económico contribuye a reducir su dificultad. El dinero no es la medida de todas las cosas, por supuesto, pero es una medida universal: ¿cuánto estamos dispuestos a gastar para evitar tales o cuales accidentes? ¿Cuántos recursos hay que detraer de tal o cual asignación histórica para gastarlos en prevenir más accidentes y ello tiene un coste marginal muy elevado? Naturalmente, la observación es irrelevante para quien defiende con carácter universal la tesis de la Visión Cero (*Zero Vision*): tenemos que pagar cualquier precio posible por proteger la vida humana (pp. 218-219). Esta tesis, factible a medio plazo en materia de accidentes de circulación, ¿lo es en todo accidente? Decida el lector.

Lidia Arnau Raventós (Dir.), La digitalización del derecho de contratos en Europa, Atelier, Barcelona, 2022, 240 páginas

Rosa Barceló Compte
Universitat de Barcelona

-

El volum recull, entre altres, les ponències presentades en les jornades titulades «La incorporación al Derecho español de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 en materia de contratos de suministro de elementos digitales y de compraventa», organitzades per la Dra. ARNAU RAVENTÓS i que varen tenir lloc els dies 30 de març i 6 d'abril de 2022 a la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona. Aquelles jornades i el present volum són part de les activitats organitzades en el marc dels projectes DER 2017-82129-P, PID2021.126857NB-I00 i de les activitats del Grup de Dret civil Català (2017 SGR 151) i de la Càtedra Jean Monnet de Dret privat europeu de la Universitat de Barcelona.

El llibre s'estructura en set capítols i està dedicat, principalment, a l'estudi de la incorporació de les directives 770 i 771 (les anomenades *twin directives*) al dret català i al dret estatal. També s'analitza la qüestió relativa a la transposició d'aquestes directives al dret portuguès i, finalment, s'incorpora un capítol relatiu a la responsabilitat que té la plataforma en línia pels danys soferts pels consumidors a conseqüència dels productes defectuosos que ofereixen els usuaris professionals. Anem per parts.

El primer capítol, a càrrec de la Dra. ARROYO AMAYUELAS (Universitat de Barcelona), introdueix i situa les dues directives en el context de la contractació amb consumidors i analitza les diferències principals que hi ha entre una i l'altra, com ara els períodes de garantia o els terminis de presumpció de presència de la manca de conformitat al temps del lliurament, entre d'altres. L'autora també reflexiona a propòsit de la conformitat jurídica (és a dir, la responsabilitat de l'empresariat en cas de drets i pretensions de tercers que el comprador ni conegués ni hagués pogut raonablement conèixer en el moment de concloure el contracte), especialment en el context del subministrament de continguts i serveis digitals, per constatar el dèficit de protecció del consumidor que aquí s'observa atès que estan per definir, en aquest àmbit, les expectatives raonables del consumidor. La Dra. ARROYO planteja la possibilitat de compensar el dèficit assenyalat mitjançant l'aplicació de la directiva sobre clàusules abusives.

En el segon capítol, la Dra. ARNAU RAVENTÓS (Universitat de Barcelona) ofereix una exposició completa de la nova categoria de béns amb elements digitals nascuda de les directives. Així, si bé d'entrada es pot afirmar que els béns amb elements digitals recauen en l'àmbit d'aplicació de la directiva de compravenda de béns, perquè així sigui, s'han de complir dos requisits: a) l'element digital (contingut o servei) ha d'estar incorporat o interconnectat al bé comprat i b) ho ha d'estar en virtut del mateix contracte de compravenda. La directora de l'obra també examina la qüestió competencial del legislador català en relació amb la incorporació de les dues directives en el Codi civil de Catalunya; així, i a manera d'exposició aprofundida, estudia la ubicació sistemàtica que cal donar al contracte de subministrament de continguts i serveis digitals (tot fent notar que el

text europeu no persegueix pas una nova tipologia contractual) i recalca que el subministrament de béns amb elements digitals es pot qualificar, també, d'arrendament, i aquesta possibilitat mena cap a l'àmbit d'aplicació de la normativa relativa al subministrament d'elements digitals — que seria la que escauria aplicar aquí, i no la de la compravenda. En clau de transposició i en matèria de remissió del contracte de subministrament d'elements digitals (amb causa onerosa) al contracte de compravenda, són igualment interessants les observacions que fa l'autora sobre l'opció del legislador català, que, tot i optar pel model integrador, condiciona o supedita aquesta remissió al fet que les normes que l'integren s'avinguin amb la naturalesa del contracte atorgat. I això per palesar que, i atesa la diversa tipologia dels contractes que es puguin arribar a concloure, no es poden desconèixer les característiques especials que es prediquen en la normativa de subministrament de continguts i serveis digitals: l'obligació de posar a disposició de l'adquirent els continguts i serveis digitals; la possibilitat per al consumidor d'exigir la darrera versió disponible; la manca de conformitat que resulta de la integració incorrecta dels elements digitals, dels terminis específics de garantia i de presumpció de presència de manca de conformitat (tot i distingint si el subministrament és en un únic acte o actes separats o si, en un altre sentit, és continuat); els remeis de la resolució o reducció del preu, o la facultat atorgada al subministrador de modificar unilateralment els continguts o serveis digitals.

El llibre avança amb un capítol dedicat als requisits objectius de conformitat amb el contracte, que presenta la Dra. CASTILLA BAREA (Universitat de Cadis). Ens situem davant dels requisits que van més enllà de qualsevol declaració de voluntat dels contractants: la finalitat, la quantitat, la qualitat i qualsevol altra característica que presenti normalment un bé del mateix tipus i que el comprador pugui raonablement esperar. L'autora no es limita a analitzar amb profunditat la relació entre els dos criteris (objectiu i subjectiu), sinó que qüestiona que aquests criteris o regles d'aplicació hagin canviat substancialment en relació amb la regulació anterior (la Directiva 1999/44). Així, el punt de vista majoritari que defensa part de la doctrina —que la Dra. CASTILLA qualifica de reformista— atorga més transcendència als criteris objectius, i relega en segon terme els subjectius. Des d'aquest punt de vista, la relació d'elements objectius exigibles com a criteri de conformitat constitueixen el mínim legal exigible en qualsevol cas; en conseqüència, l'àmbit de la llibertat contractual es desplaça i només permet elevar a través del contracte el mínim que imposen els criteris objectius. El segon punt de vista (el batejat com a tradicional) és el que considera que els aspectes objectius només actuaran supletòriament i, per tant, caldrà atènyer-se als aspectes que hagin previst les parts en el contracte. A parer de l'autora, cal concloure, doncs, que no és possible determinar quin model o punt de vista ha de ser el prevalent, atès que tampoc no és clara la voluntat del legislador europeu en aquesta qüestió.

El quart capítol s'ocupa dels remeis que té el consumidor davant de la manca de conformitat. Amb la finalitat del seu estudi, la Dra. ÁLVAREZ MORENO (Universitat Complutense de Madrid) n'analitza la transposició feta pel legislador estatal en el TRLGDCU (text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris). Aquesta autora assenyala la preferència del legislador pels remeis que tenen un aire més conservador (per permetre la conservació del contracte), això és, el remei de la reparació i el de la substitució del bé o element digital. El capítol li serveix de pretext a l'autora per examinar les diferències existents en matèria de remeis en els contractes de compravenda de béns i en els de subministrament d'elements digitals. Així, i en relació amb la reparació o la substitució del bé o de l'element digital, la Dra. ÁLVAREZ MORENO estudia quins són els requisits que han de complir aquests remeis de conformitat amb el que estableix el TRLGDCU: a) la gratuïtat, això és, que el venedor ha d'assumir totes les despeses de la posada en conformitat; b) la necessitat de dur a terme la reparació o la substitució en un

termini raonable i c) sense inconvenients significatius per la part compradora. L'autora, sobre la suspensió del termini de garantia i de la presumpció de presència de manca de conformitat al temps del lliurament, fa una doble distinció: d'una banda, el retorn del bé, reparat, permet reiniciar el còmput del termini des de la suspensió. Ara bé, d'altra banda, en relació amb el lliurament del bé substituït, l'autora es mostra crítica amb el tenor literal de l'article 122.1 del TRLGDCU i es mostra partidària de mantenir l'aplicació de la regulació prèvia a la modificació operada per la transposició de la Directiva 2019/771. És a dir, superada la suspensió pel lliurament del bé substituït, el termini de garantia tornaria a començar de nou atesa l'entrega d'un nou bé. Pel que fa a la segona jerarquia de remeis (la rebaixa del preu i la resolució del contracte, les accions edilícies reconegudes per l'article 1484 del Codi civil espanyol), l'autora analitza quan entrarien en joc: si la reparació o substitució del bé o element digital resultessin impossibles o els costos fossin desproporcionats; si malgrat la reparació o substitució persistís la manca de conformitat, i també, directament, si la manca de conformitat fos tan greu que justificués, precisament, aquesta elecció. Si s'opta per la rebaixa del preu, el remei és definitiu i, per tant, s'entén compensada la manca de conformitat. Pel que fa a la resolució del contracte, la norma del TRLGDCU la limita atès que el comprador no pot resoldre el contracte si la manca de conformitat és lleu; si aquest fos el cas, només es podria exigir la reducció proporcionada del preu. Finalment, i per cloure, l'autora aborda algunes mesures complementàries, com ara el dret de la part compradora a suspendre el pagament del preu fins que la part venedora no compleixi les obligacions derivades de la posada en conformitat del bé i la indemnització per danys i perjudicis que pot reclamar el consumidor.

La Dra. ESPERANÇA GINEBRA (Universitat de Barcelona) és l'encarregada d'abordar l'aplicació de la regulació del contracte de compravenda i del subministrament de continguts i serveis digitals, en el cinquè capítol. I ho fa amb la vista posada a la transposició feta pel legislador català en el Codi civil de Catalunya. L'autora analitza, en primer lloc, l'eficàcia o la vigència territorial que té la regulació del contracte de compravenda i del subministrament d'elements digitals al territori català. Ara bé, el territori marca el límit de vigència, però no el d'aplicabilitat (així, en els supòsits de conflicte de dret interregional, el dret català es pot aplicar més enllà del límit territorial). La regulació catalana del contracte de compravenda i del subministrament de continguts i serveis digitals és preferentment aplicable a Catalunya i constitueix dret comú a Catalunya i, per tant, s'aplica supletòriament als contractes mercantils en defecte de norma mercantil, estatal (article 149.1.6 de la Constitució espanyola). La qüestió relativa als conflictes de lleis és el centre del capítol de la Dra. GINEBRA i l'analitza des d'una doble perspectiva: internacional i interregional. D'una banda, i pel que fa als conflictes internacionals, el Reglament Roma I permetria escollir la llei catalana com a llei aplicable atès el plantejament dispositiu que té aquest text. D'aquesta manera s'estendria el règim de la conformitat i els seus remeis més enllà dels contractes amb consumidors. Aquesta elecció no impedeix que es puguin aplicar, també, disposicions d'una altra llei que no es poden excloure a través de pacte (per exemple, en els contractes de consum en què intervingui un «consumidor passiu»). A manca d'elecció de llei aplicable, i amb caràcter general, regeix la llei del país on el venedor o subministrador de l'element digital tingui la seva residència habitual. D'altra banda, i en el supòsit de conflicte interregional, cal tenir present no només la diversitat legislativa en relació amb el contracte de compravenda, sinó, també, la diferent regulació (de moment estatal i catalana) del contracte subministrament de continguts i serveis digitals. Els criteris que determinen la llei aplicable en un supòsit de conflicte interregional són diferents dels que emanen del Reglament Roma I, no contenen cap norma específica per als contractes amb consumidors i, en general, resulten poc adequats. L'autora clou tot fent una crida al legislador estatal perquè revisi les normes de dret interregional.

El capítol sisè, que escriu el Dr. MORAIS CARVALHO (Universitat Nova de Lisboa), està dedicat a la transposició de les directives en l'ordenament portuguès. L'autor fa una anàlisi crítica d'aquesta transposició i assenyala que el resultat final és menys favorable per al consumidor que el que es contenia en la regulació precedent. A diferència de la regulació catalana, el decret llei que s'ocupa de la tasca legislativa interna d'incorporació limita el seu àmbit d'aplicació a la contractació amb consumidors. L'autor fa una reflexió pausada sobre dos temes: la responsabilitat de l'empresari (període de garantia) i la càrrega de la prova (els terminis de presumpció de presència de la manca de conformitat al temps del lliurament). Així, s'amplia el termini de garantia a tres anys en la compravenda de béns mobles (en la regulació anterior eren dos) i, pel que fa als immobles, a deu (abans eren cinc). La novetat en el règim portuguès és la manca de coincidència entre els dos terminis: el de garantia i el de presumpció de la manca de conformitat. Una altra qüestió innovadora en el règim portuguès és la relativa a la jerarquia de remeis: només es pot recórrer a la resolució o reducció del preu si s'han esgotat, prèviament, els remeis de primer nivell (reparació o substitució). A partir d'aquí, l'autor examina algunes qüestions que la directiva deixava en mans dels estats membres de la Unió Europea: en primer lloc, la responsabilitat directa del productor. El legislador portuguès ha mantingut l'opció establerta en la regulació anterior, que permet al consumidor dirigir la reclamació contra l'empresari i contra el productor, fins i tot simultàniament. En segon lloc, el Dr. MORAIS defensa l'aposta portuguesa (influenciada pels treballs de l'*European Law Institute*) relativa a la responsabilitat directa dels mercats en línia prevista en el decret de transposició. D'aquesta manera, el proveïdor del mercat en línia que sigui soci contractual de l'empresari que subministra el bé o l'element digital serà responsable solidari de la manca de conformitat. El text estableix que s'entén per soci contractual i exigeix que tingui una influència directa (un rol actiu) en la conclusió del contracte.

Una última aportació tanca el volum: l'estudi que fa el Dr. GARCÍA-MICÓ (Universitat de Barcelona) sobre la responsabilitat d'Amazon pels danys soferts pels consumidors a conseqüència dels productes defectuosos. L'autor introdueix el setè capítol tot recorrent a l'estadística per mostrar la preponderància d'Amazon en el sector del comerç electrònic. La qüestió principal que recull el text és si la plataforma ha de ser responsable dels productes defectuosos venuts per un tercer (empresari) a través d'aquesta. En aquest sentit, l'anàlisi es fa des de la perspectiva nord-americana i des de la perspectiva europea. Pel que fa als Estats d'Units, el professor GARCÍA-MICÓ fa un examen de casos que han resolt a favor i en contra de la responsabilitat de la plataforma. Des de l'òptica de la Unió Europea, i a manca d'alguna sentència que plantegi la qüestió, l'autor aborda la possibilitat d'atribuir responsabilitat a la plataforma des de la definició que fa la Directiva 85/374 de productor (stricto sensu i aparent) i des del concepte de prestador de serveis d'intermediació contingut en la directiva de comerç electrònic (amb una clara referència al cas l'Oréal) i també recull l'aposta recollida al nou reglament de serveis digitals (el Reglament UE 2022/2065). Per cloure el capítol, l'autor es fa ressò del treball acadèmic elaborat per l'*European Law Institute* en relació amb la doctrina de la influència predominant i la possibilitat, aquí sí, de responsabilitat que podria tenir la plataforma atès el control substancial que té aquesta sobre el proveïdor que finalment ven el producte al consumidor. Sembla que la nova proposta de directiva del Parlament Europeu i del Consell, de responsabilitat per productes defectuosos —COM(2022) 495 final; 2022/0302 (COD)—, aniria en aquesta direcció.

En aquesta recensió s'ha volgut posar de manifest la important aportació que té l'obra per a l'estudi de la transposició que ha fet el legislador català de les directives de 2019, i també ha

pretès servir de pretext per a l'exercici de dret comparat que planteja el text, atès que permet apreciar les semblances i diferències entre les solucions adoptades pel legislador català i l'estatal (i també el portuguès). El volum, però, com s'ha vist, va més enllà: la profunditat d'aquest invita a la reflexió i permet apreciar els detalls rellevants que es prediquen de la digitalització del dret contractual.

ExLibris

Sección coordinada por *Pablo Sánchez-Ostiz*

Recensiones:

Recensión a Dyango BONSIGNORE FOUQUET, *La construcción del sujeto peligroso. Historia, función y formas de la peligrosidad criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2023, 372 páginas, por Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ

Recensión a Percy GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte General*, 4.^a ed., Pacífico Editores, Lima, 2022, 943 páginas, por Ronald VÍLCHEZ CHINCHAYÁN

Recensión a Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en el Derecho penal económico*, Editorial Atelier, Barcelona, 2022, 183 páginas, Ángel José SANZ MORÁN

Réplicas:

Réplica a la Recensión de Nicolás Eduardo AYESTARÁN a *Teoría de las normas e injusto penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2022, 471 páginas (*InDret* 1.2023), por Alfredo ALPACA PÉREZ

Réplica a la Recensión de Eduardo RIQUELME PORTILLA a *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 427 páginas (*InDret* 1.2023), por Giorgio Darío María CERINA

-

Dyango Bonsignore Fouquet, La construcción del sujeto peligroso. Historia, función y formas de la peligrosidad criminal, Marcial Pons, Madrid, 2023, 371 páginas

Leopoldo Puente Rodríguez
 Universidad Autónoma de Madrid
 Leopoldo.puente@uam.es

Es difícil hacerse cargo del abuso con el que adjetivamos de «original» una obra hasta que uno se encuentra con un trabajo como el aquí recensionado, que merece en grado sumo tal calificación. Esta originalidad como rasgo característico de dicho trabajo solo compite con la profundidad de algunas de sus reflexiones y con el talento narrativo del autor, que dispone de una capacidad literaria fuera de lo común. La razón por la que la monografía resulta original es que, pese a abordar una temática «antigua» (la peligrosidad criminal), lo hace de un modo insólito. No debe esperar el lector encontrar en sus páginas una descripción al uso de la materia en la que el autor discuta con sus contemporáneos. La apuesta metodológica del trabajo es otra: se opta por un estudio histórico fuertemente influido por planteamientos *foucaultianos* (como el propio autor reconoce, p. 35, nota 41). Al decantarse por un enfoque así, el autor participa indudablemente de las virtudes de este método, que nos permite reexaminar categorías que hemos ya naturalizado a la luz de su explicación sociopolítica, aunque lo hace también, ocasionalmente, de una leve «vaporosidad», que dificulta en ocasiones distinguir la descripción de la crítica.

Para estudiar el objeto de su trabajo, BONSIGNORE esboza una genealogía del concepto de «peligrosidad» que encontrará tres puntos de apoyo: el pobre peligroso, el anormal peligroso y el terrorista peligroso. Estos «puntos de apoyo» conformarán el grueso de la obra y compondrán tres capítulos, que serán precedidos por una introducción y un capítulo preliminar y sucedidos por un último capítulo, dirigido, en palabras del autor, a ofrecer «una serie de reflexiones orientadas a centrar la atención sobre algunas de las maneras en que una investigación histórica de esta suerte puede sugerir vías interpretativas e implicaciones de interés para el presente» (p. 331).

En la primera de las secciones del trabajo («Introducción») se señala con claridad el objetivo y la motivación de la obra. Para BONSIGNORE, la explicación de la peligrosidad criminal ha sido, hasta ahora, «relativamente insatisfactoria» (p. 18), limitada, en muchas ocasiones, a una remisión estandarizada al positivismo criminológico, como si fuera este el origen de la categoría (más adelante, explicará que no solo no es el punto de partida, sino que constituye un «punto de llegada», p. 188). Así, el objetivo de la obra será «reexaminar este estado de cosas (...) mediante la *retroyección* histórica de los actuales arquetipos del “criminal peligroso”» (p. 18).

La segunda sección del trabajo («Capítulo preliminar») es aquella que resultará más familiar al penalista, pues, más allá de detallar la razón de la investigación ofrecida («una doble insatisfacción», aplicada y epistemológica, del concepto de peligrosidad, p. 20) y su metodología (que pasa por categorizar la peligrosidad como una «técnica de gobierno», que requiere de un

estudio histórico que trascienda lo meramente «jurídico», pp. 33 y ss.), el autor contextualiza su investigación en un marco contemporáneo. Además, anticipa la ya apuntada estructura del trabajo. Así, «se pretende evidenciar que, detrás de estas discusiones [...] subyacen procesos de largo alcance [...] Es el propósito de cada uno de los capítulos reconstruir históricamente este proceso [...] con el fin de mostrar el tipo de circunstancias políticas e ideológicas, económicas y sociales que [...] han hecho posible la emergencia de tales conceptos y, tal vez incluso, sigan ejerciendo algún tipo de influencia» (p. 41). Queda así listo para ser abordado el grueso de la obra.

En el «Capítulo I» («La pobreza peligrosa») se desarrolla el estudio de la primera dimensión señalada, para lo que se realiza, inicialmente, un análisis de la pobreza en el Medievo (pp. 44 y ss.). El motivo de la selección de la pobreza se expone desde un inicio: «el protagonismo que han tenido la miseria y la marginalidad como foco de atención de las labores represivas del poder» (p. 44). También se aclara la decisión por un «punto de arranque» tan remoto: «[d]urante este periodo emerge y se consolida una asociación que será difícil de quebrar (...) nace el nexo pobreza, delito, crimen» (p. 44). Este capítulo resulta sumamente interesante en su planteamiento, pues refleja diversas crisis políticas, sociales, teológicas, económicas y sanitarias (!) y el modo en que impactaron en la forma en que era entendida la pobreza y su vínculo con la peligrosidad. Igualmente, el impacto de la «cuestión social» en la aparición de centros en los que recluir a pobres de toda condición para desempeñar de modo coactivo actividades laborales, fruto de la expansión de la perspectiva protestante frente a la católica, resulta maravillosamente explicado (pp. 62 y ss.). En cualquier caso, ponderadamente, el autor no culpa solo al protestantismo de la expansión de estas ideas, sino que las conecta también con el desarrollo del «humanismo renacentista», que «entroniza a las clases acomodadas y cultas como prototipo sobre el que se extrae el hombre ideal» y que hace que «la riqueza dej[e] de ser vista como esa presunción pecaminosa de codicia para reaparecer bajo la luz de la virtuosa laboriosidad de la que es fruto» (p. 73). Por supuesto, toda esta cuestión evoluciona con el desarrollo económico y la llegada del modelo capitalista, que produce una «ampliación del concepto de pobreza» (p. 85), que comprenderá a más sujetos (genéricamente, al proletariado, p. 95). El capítulo ofrece una «síntesis» en la que se reelaboran algunas ideas previamente desarrolladas. Y concluye: «la evolución de la cuestión social ejerce como hilo genealógico fundamental del desarrollo de una de las manifestaciones más universalmente reconocidas de la peligrosidad criminal, a saber, la del delincuente reincidente» (p. 125).

El «Capítulo II» («Peligrosos anormales...»), por su parte, afronta el modo en que violencia y criminalidad contribuyeron, a través del tamiz de la psiquiatría, a conformar el concepto de peligrosidad. Explica el autor que «el peligro del criminal anormal es el reflejo de la mirada (fundamentalmente) médica que, a partir del siglo XVIII, irá adquiriendo competencia sobre espacios crecientes de la vida social» (p. 127). Este capítulo arranca con un acertado replanteamiento del origen de la medicina, que, como disciplina «sanadora», es mucho más moderna de lo que pudiera parecer y con una oportuna indicación acerca de las cotas de poder de control que esta disciplina (en sus distintas vertientes) alcanzó (pp. 128 y ss.). De forma bella expresa también Dyango BONSIGNORE el «problema del monstruo», aquellas personas que perpetran actos en los que confluyen «esa singular combinación de brutalidad y banalidad en la que lo absurdo y lo atroz se retroalimentan [...] casos en los que el horror no reside en el acto realizado tanto como en la imposibilidad manifiesta de explicarlo, de reconducirlo a una narración que permita apaciguar la angustia de que pueda volver a repetirse» (p. 150). De este modo, el «crimen sin razón» (p. 154) se erige en un problema central para las prácticas jurídicas y médicas. El auge de las disciplinas médicas orientadas al comportamiento humano acaba por

«naturalizar» la peligrosidad, dando lugar a un tránsito desde la figura de «miserable» a la de «degenerado» (pp. 160 y ss.). Con la vigencia del positivismo criminológico esta mezcla alcanza un punto culminante, pues en el «intento de construir la mejor sociedad no existe una distinción fuerte entre lo social y lo biológico» (p. 204). Todo este proceso condujo, en opinión del autor, a «un deslizamiento en la explicación de los problemas sociales y, en particular, en el lugar otorgado a la cuestión social» (p. 211). De modo que «[e]l positivismo italiano ofreció un argumento a través del cual despolitizar las relaciones sociales en todo aquello que atañe a la delincuencia» (p. 212).

El «Capítulo III» («Terrorismo y terror...») desarrolla la tercera dimensión de la peligrosidad abordada: el «terrorista peligroso». Se trata de «reflexionar sobre el terrorismo retrazando sus orígenes, de vincularlo a procesos sociohistóricos y, con ello, deshacer parcialmente la impresión de que se trata de una categoría autoevidente» (p. 216). Una de sus principales tesis se podría sintetizar así: «terrorismo» fue una etiqueta empleada para encapsular a la disidencia política violenta, particularmente anarquista (pp. 258 y ss.). Se pretendía responder a una suerte de «paranoia colectiva» que sobredimensionaba el riesgo de dicho fenómeno, pero que habilitaba reacciones diversas frente a él (p. 260). Para sustentar tal idea, se describirá lo violento del siglo XIX (pp. 216-217) y se rastrearán los orígenes de esta forma de violencia en la Revolución Francesa y sus derivaciones (pp. 218 y ss.). El terrorismo en una forma similar a la que hoy lo conocemos (atentado de carácter individual o, en cualquier caso, poco numeroso) tendría, en parte, su origen en «[r]econiliar la *necesidad* de revolución con su creciente *inviabilidad* en el mundo de la política de masas». Al final, la historia del terrorismo sería «*la historia de la violencia política en la era de la revolución imposible*» (p. 258). A la descripción del terrorismo anarquista (pp. 258 y ss.) se dedica el grueso del capítulo. Se compartan o no todas sus consideraciones, parece cierto que la lucha contra esta forma de violencia política dio lugar a una «evolución político-criminal del contraterrorismo, a saber, un considerable incremento de la profesionalización policial y de su funcionamiento como organismo de “inteligencia”» (pp. 288-289). Una de las tesis centrales de este capítulo será la de que «aunque la mayor capacidad para la violencia recaiga constantemente del lado del “orden” serán, finalmente, la masa y el terrorista quienes protagonicen la construcción simbólica del peligro» (p. 323).

El último capítulo de la obra («Pretérito continuo...») sirve de puente entre las consideraciones articuladas previamente y los problemas actuales. Se señalan en él algunas hipótesis sugerentes, como la de que «la atribución de peligro procede de un haz más complejo de relaciones que la mera constatación de cualidades “especiales”», reivindicando «la necesidad de tomar distancia respecto de la idea de que el uso de la categoría de peligrosidad responde principalmente a un uso descriptivo del lenguaje» (p. 330). Así, «la idea de peligrosidad funciona como un condensador de ansiedades y problemáticas diversas, históricamente situadas y de cierta complejidad» (p. 332).

Concluye el trabajo con una potente reflexión: el estudio realizado no permite determinar qué sujetos serán señalados como peligrosos como consecuencia de los cambios sociales, políticos y económicos que vivimos, pero «sí permite atisbar *negativamente* aquellos que *no* van a ser exitosamente estigmatizados (...) La experiencia histórica apunta a una consistente impermeabilidad de los colectivos socialmente dominantes a ser exitosamente señalados como peligrosos» (p. 342). La peligrosidad emerge así en su faceta «conservadora» o «estabilizadora»: es una técnica más para mantener un concreto *statu quo*.

Este capítulo comprende otras valiosas aportaciones que no puedo detallar aquí. Es una pena, eso sí, que, seguramente por las imperiosas restricciones de espacio a las que se habrá sometido la obra, este último y estimulante capítulo carezca del soporte de notas que acompaña al resto. Dichas notas hubieran permitido enmarcar más fácilmente al autor en el seno de una (minoritaria) corriente que, partiendo de premisas metodológicas diversas, acompañan al autor en parte de sus reflexiones (representantes de esta corriente serían MARTÍNEZ GARAY, CASTRO LIÑARES o BRANDARIZ GARCÍA, entre otros). Hubiera permitido, además, dar acogida a trabajos que defienden postulados discrepantes, como contrapuntos a su visión, que podrían resultar de interés para el lector.

Una última advertencia sobre el contenido de la obra merece ser resaltada. Como consecuencia del método expositivo y del estilo seguido, el libro que aquí se recensiona es más que un relato: es una unidad compuesta a su vez de muchos «microrrelatos» aparentemente desconectados, pero que conforman una imagen global. Resultan especialmente interesantes varios de estos microrrelatos. Lo es, por ejemplo, el del conflicto entre el cristianismo católico y protestante a la hora de concebir la pobreza y el modo de responder a ella. Mientras el primero se orientaba a la «caridad», el segundo trataba de articular variados modelos de «encierro productivo» (pp. 56, 62, 66 y ss., 73, 78 y 84). Apasionante resulta también la manera en que describe la incidencia del desarrollo médico sobre la legislación penal a través de su impacto sobre un primitivo «mercado de trabajo» precapitalista. Así, explica BONSIGNORE, diversas epidemias provocaban un descenso en la mano de obra que generaba un desfase entre la demanda de trabajo y su oferta; desajuste que encarecía el coste de la mano de obra, mejorando las condiciones laborales de los trabajadores. La legislación represiva frente a la «vagancia» (o similares) pretendía incrementar la disponibilidad de trabajadores, abaratando los costes de producción (pp. 53 y ss. y 86). Igualmente, resulta valiosa su explicación del modo en que la existencia de la prisión, que recogía en su interior «datos brutos» listos para ser procesados, contribuyó a la aparición de una emergente criminología (pp. 101 y 123).

Con todo, la excelente valoración que me merece la monografía no es óbice (como tampoco lo es el alto grado de acuerdo con el autor en muchas de sus conclusiones) para que tenga con su planteamiento algunos desacuerdos. No procede ahora adentrarse en todos, pero sí dejar alguno apuntado.

Uno de ellos parte de la selección de «peligrosidades» que el autor analiza (objeción que él mismo anticipa, pp. 41 y 343). Si no tengo dudas de que el «malvado peligroso» y el «terrorista peligroso» conectan directamente con el concepto de peligrosidad que actualmente manejamos, tengo menos certidumbre con la primera de las dimensiones: la «pobreza peligrosa» (reincidente o no). No creo que nadie hoy definiera al «carterista profesional» como un «delincuente peligroso». Aunque este sector de la delincuencia reciba un tratamiento particularizado, no parece que esta categoría amerite considerar a sus autores «peligrosos» y no, simplemente, «molestos». Me hago cargo del papel central que desempeña la «pobreza peligrosa» en la monografía, pues una de sus tesis centrales es la de que la peligrosidad ha sido una «distracción» para encubrir la «cuestión social». Es en la pobreza donde la «cuestión social» se percibe con mayor nitidez. Sin embargo, esa misma nitidez se echa en falta a la hora de trazar el vínculo con la idea hoy vigente de peligrosidad (criminal).

A la inversa, no me arroja duda alguna que la segunda dimensión («los peligrosos anormales») entronca rápido con la idea de peligrosidad criminal. Esta sí es la primera respuesta que ofrecerá

aquel a quien se interroga por la definición del peligroso: el psicópata, el desalmado, el depredador, el monstruo. Siendo esto cierto, resulta más discutible que aquí se emplee la categoría de peligrosidad con un propósito espurio en lo que a la «cuestión social» se refiere. BONSIGNORE señala: «[l]a hegemonía del planteamiento patológico, centrado en detectar, señalar y clasificar a los “anormales”, aboca a un segundo plano la desigualdad económica. Es la inadaptación natural del anormal la que lo conduce irremisiblemente a una posición marginal [...] y lo empuja a entrar en conflicto con el orden normativo civilizado» (pp. 211 y ss.). Participo de los miedos a la patologización excesiva. Y entiendo, también, que la situación descrita por el autor pudo ser aplicable en otro contexto histórico. Simplificando: el pobre no roba pan por disposición patológica alguna, sino porque, como a todos, le gusta comer. Analizar biológicamente a quien roba pan solo conduce, como magistralmente explica BONSIGNORE, a disfrazar de problema biológico lo que no es más que un problema social. «Temo», no obstante, que ese hilo entre patologización, delito y cuestión social se haya roto ya y que solo los dos primeros conceptos sigan vinculados entre sí. No se me ocurre cuáles son los supuestos en que hoy se encubra la cuestión social mediante la patologización (quizás porque sea un encubrimiento particularmente hábil o porque yo no sea demasiado perspicaz). Así, la segunda dimensión de la peligrosidad sería útil para ejemplificar el componente normativo del juicio de peligrosidad, pero poco provechosa para interpretar hoy el concepto.

Tampoco comparto, aunque sea una cuestión menor, la interpretación algo «deferente» que se hace del terrorismo anarquista del siglo XIX y principios del XX. No me parece ni que el temor al terrorismo anarquista fuera infundado (aunque se «aprovechara» para adoptar medidas injustificables orientadas a otros inconfesables propósitos), ni que la asociación entre anarquismo y violencia constituyera «una grosera exageración» (p. 260). Si partimos de que los referentes teóricos que componen la «triada *mainstream* del anarquismo» fueron Proudhon, Bakunin y Kropotkin y que del segundo señala el propio Profesor BONSIGNORE que «su posición con respecto a la violencia política ha sido habitualmente más compleja de desentrañar [que la del “pacifista” Proudhon]» (p. 261) y del tercero, como también confiesa el propio autor, que su posición sobre la violencia «fue ambigua y fluctuante» (p. 264), parece que esta asociación a nivel teórico resulta «poco grosera». En el plano práctico es más claro. Con independencia de los múltiples ejemplos de los que se sirve el autor (la «década de los regicidios», pp. 267 y ss., o del terrorismo anarquista en Rusia a finales del s. XIX, pp. 301 y ss.), el caso español resulta ilustrativo, pues el terrorismo anarquista se cobró la vida de al menos tres Presidentes del Gobierno: Cánovas, Canalejas y Dato (BONSIGNORE cita únicamente, por el marco temporal al que se ciñe, al primero de ellos, pp. 277 y ss.). No resulta, tampoco en la práctica, tan grosera la vinculación entre terrorismo y anarquismo.

En cualquier caso, el capítulo dedicado al «terrorista peligroso» presenta también un problema ulterior del que el propio autor se hace cargo, y es que la tesis (cierta) de que la etiqueta «terrorista» fue empleada con fines espurios para desplazar la «cuestión social» resulta inadecuada para explicar el terrorismo de corte yihadista.

Finalmente, y aunque el mismo BONSIGNORE se ocupe de matizarlo (especialmente, p. 342), es inevitable que la lectura del trabajo genere la impresión de que el concepto «peligrosidad» es casi exclusivamente «político». Existen muy buenas razones para defender que dicho concepto tiene un importante componente de esta naturaleza. Sin embargo, no parece que si alguien decide acabar con la vida de determinadas personas sencillamente porque no les importan y las concibe como obstáculos, la catalogación de este sujeto como peligroso fuera bien definida como

«política» (en la medida en que dicha catalogación existiría en nuestros modelos políticos más próximos pasados y futuros; sería «políticamente ubicua»). Es loable y convincente el esfuerzo de BONSIGNORE por señalar que la cuestión de la peligrosidad es *también* política, pero debemos cuidarnos (y el autor lo hace, pero podría no hacerlo el lector poco precavido) de pensar que es *solo* política.

Queden apuntadas las consideraciones anteriores como muestra del enorme interés de la obra y del potentísimo estímulo que muchas de las ideas de dicho trabajo pueden suponer para una discusión abierta. Por lo que a mí se refiere, es bastante el tiempo que (con mayor o menor acierto) he dedicado al tema de investigación de BONSIGNORE. Por eso me muestro especialmente complacido de que la lectura de su trabajo me haya resultado tan fructífera y enriquecedora. He aprendido (mucho) a lo largo de sus páginas. He reforzado varias de mis convicciones y puesto en tela de juicio otras. Nada más (y nada menos) debe exigirse a una obra científica. El trabajo de Dyango BONSIGNORE FOUQUET cumple ampliamente esas exigencias por cuanto lo hace de una manera excelente y supone un verdadero placer estético y una fuente de enseñanzas históricas.

InDret

2.2023

Percy García Cavero, Derecho penal económico. Parte General, 4ª ed., Pacífico Editores, Lima, 2022, 943 páginas

Ronald Vilchez Chinchayán
Universidad de Piura
Ronald.vilchez@udep.edu.pe
-

Este manual representa, por un lado, el compromiso, dominio y maestría del autor sobre el Derecho penal económico y, por otro, la última versión –por ahora– de un trabajo que publicó por primera vez en el ya lejano 2003 y que ha seguido revisando y mejorando (en el 2006, 2014 y 2022 con la segunda, tercera y la vigente edición respectivamente). En la actualidad, Percy García Cavero es profesor ordinario principal de Derecho penal en la Universidad de Piura (Perú) y también abogado.

El autor afronta el estudio de la Parte General del Derecho penal económico a través de cuatro partes: fundamentos (caps. I, II y III), ley penal económica (caps. IV, V y VI), teoría del delito económico (caps. VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII y XIV) y consecuencias jurídicas del delito económico (caps. XV y XVI).

En la parte I, de fundamentos, dentro del capítulo I, el autor traza la evolución histórica del Derecho penal económico en el sistema continental europeo y peruano. Así también, aborda las cuestiones relacionadas con la legitimidad de la legislación penal económica considerando tanto las posiciones críticas (la del liberalismo racionalista y la escuela de Frankfurt) como a favor (el sistema teleológico de Roxin, el sistema funcionalista de Jakobs y el normativismo de Frisch). Este primer capítulo finaliza con la exposición doctrinal del Derecho penal de dos velocidades (pp. 89-91) y la toma de posición al respecto (pp. 91-93). En el capítulo II se traza una precisión terminológica («Concepto de Derecho penal económico»: pp. 97-102), la utilidad («La función del Derecho penal económico»: pp. 102-114) y delimitación del Derecho penal económico. En este último apartado se presentan tres puntos llamativos. Concretamente, el contenido de la materia bajo estudio, las figuras de dudosa incorporación y la relación con el Derecho administrativo sancionador. En el capítulo III dedica especial atención a los principios penales aplicables en el Derecho penal económico: de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos (pp. 141-153, destacando, en mi opinión, dos temas: la lesividad de los delitos económicos de peligro abstracto y la delimitación con las infracciones administrativas), *ultima ratio* (pp. 153-155), legalidad (pp. 155-181), culpabilidad (donde analiza con detalle la cuestión relacionada con la fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; pp. 181-218), proporcionalidad (pp. 218-229) y resocialización (pp. 229-230).

En la parte II, de la ley penal económica, se encuentran tres cuestiones que complementan el desarrollo anterior referido a los fundamentos del Derecho penal económico. Así, se ocupa, en el capítulo IV, de dar cuenta de los criterios de creación de la ley penal, reflexionando sobre aquellos que corresponden a la perspectiva constitucional (p. 244), político-criminal (pp. 244-246) y jurídico-penal (pp. 246-248). También en esta parte de la obra, en el capítulo V, el autor

examina, en lo pertinente –un desarrollo mucho más extenso y completo puede encontrarse en su manual *Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., Lima, 2019, pp. 247 y ss.–, la aplicación de la ley penal económica en el tiempo, materia en la que destaca la exigencia de la continuidad del injusto en caso de conflicto de leyes penales, los grupos de casos para determinar si existe o no continuidad (pp. 255-260) y las reflexiones sobre la determinación de la ley penal más favorable (pp. 260-261). En segundo lugar, analiza los aspectos relacionados con la ley penal en el espacio (pp. 271-287) y la aplicación personal de la ley penal económica (pp. 287-288). En el capítulo VI, se presentan los lineamientos sobre la interpretación de la ley penal económica y se da cuenta de dos perspectivas de análisis: la fáctica o económica (pp. 292-300) y la accesoria (pp. 300-307). Por último, también se encarga de los límites en la interpretación (conforme a la Constitución, prohibiendo la analogía *in malam partem*, y realizando un enfoque restrictivo).

En la parte III, referida a la teoría del delito económico, el autor comienza, en el capítulo VII, con una presentación de distintas perspectivas: criminológica (pp. 318-332), político-criminal (pp. 332-337) y jurídico-penal (pp. 337-356). A continuación, presenta directamente –a diferencia de lo que hace en *Derecho penal. Parte General*, 2019, pp. 351-385– el análisis, en el cap. VIII, de la imputación objetiva (pp. 359-428); en el capítulo IX, de la imputación subjetiva (pp. 431-482); en el capítulo X, de las causas de justificación o –como las denomina– de descargo de la imputación (pp. 485-519) concentrándose especialmente en aquellas que pueden resultar relevantes para este contexto y además problemáticas en cuanto a su configuración y entendimiento («Las situaciones de necesidad económica: El peligro sobre intereses patrimoniales económicamente valiables»: pp. 488-491; «El descargo de la imputación por medio de autorizaciones administrativas»: pp. 491-494; «La tolerancia de la administración»; pp. 494-497; y «Los actos permitidos por el ordenamiento jurídico»: pp. 497-501). Por último, en el capítulo XI, examina también la culpabilidad (pp. 505-519). En el cap. XII el autor «ajusta» los criterios generales de imputación previamente abordados a las particularidades propias de la organización empresarial. Es a partir de aquí –si cabe aún más– donde puede percibirse la maestría de GARCÍA CAVERO para exponer con claridad los temas referidos a la criminalidad cometida desde la empresa (*Unternehmenskriminalität*: pp. 524-668) y la criminalidad cometida dentro de la empresa (*Betriebskriminalität*: pp. 668-673). Se puede comprobar el trabajo de *adaptar* la teoría del delito en ambas clasificaciones, y eso le permite desarrollar, al mismo tiempo, un análisis –destaco aquí, por falta de espacio, sólo la realizada– dentro de la criminalidad cometida desde la empresa, sobre la responsabilidad penal de los miembros individuales, tales como propietarios, directivos de la empresa, miembros de los órganos de control interno de la empresa, mandos medios, trabajadores, asesores de la empresa (distingue, en función de la competencia infringida, entre delitos de dominio y de infracción de un deber). En este bloque sobre la criminalidad cometida desde la empresa, también aborda la responsabilidad penal de la empresa misma, destacando en este contexto el desarrollo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (según el sistema penal vigente en Perú) y brindando una alternativa de solución para decidir cuándo se les aplicarían las consecuencias accesorias o las penas. Su propuesta no pasa por reproducir lo que se ha realizado, por ejemplo, en España, sino que más bien reconoce que, debido a la singularidad que ha producido la existencia de la Ley núm. 30424, otro debe ser el camino («A mi entender, la única forma de conseguir una aplicación coherente de las sanciones y las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas sería encontrando el criterio de distinción en la diferente naturaleza jurídica que tienen»: p. 625). Desarrolla, adicionalmente, la fundamentación de la responsabilidad de la persona jurídica rechazando un componente de heterorresponsabilidad («La responsabilidad penal de la persona jurídica debe ser siempre propia y, por lo tanto, sustentarse en un

fundamento autónomo de lo que permite la imputación penal a las personas naturales»: p. 628). En el capítulo XIII se estudian las fases de realización del delito económico, donde destaco la presentación que realiza sobre la tentativa (pp. 694-700). Concluye esta parte III, en el cap. XIV, con el concurso (de leyes o de delitos) en los delitos económicos.

En la parte IV, de las consecuencias jurídicas, se encarga, en el capítulo XV, de la pena, donde resalta su estudio sobre la punibilidad (pp. 746-756) y las penas a la persona jurídica según la Ley núm. 30424 (pp. 768-773). Finalmente, en el capítulo XVI, se ocupa de las consecuencias accesorias (el decomiso y las propias aplicables a las personas jurídicas: pp. 778-828) y de la reparación civil (pp. 829-841).

En general, en la revisión de esta obra aparecen algunos elementos que, siendo razonables en obras de tal magnitud, pienso que deben destacarse en una reseña. En primer lugar, que los resultados aquí recogidos son el fruto de largos años de estudio y estancias de investigación –gracias a la Fundación Alexander von Humboldt– que el autor ha podido desarrollar junto a grandes maestros y referentes del Derecho penal actual, como lo son los profesores SILVA SÁNCHEZ, KINDHÄUSER, JAKOBS Y KUBICIEL. En segundo lugar, que el dominio sobre los idiomas (inglés y alemán) le permite enriquecer el trabajo y ofrecerle así al lector perspectivas pertenecientes a tradiciones jurídicas distintas y dar cuenta de diversos argumentos –¡no solo desde el sistema penal peruano!– y propuestas de solución (dogmáticas, legislativas o de interpretación por parte de los tribunales) a las cuestiones planteadas. Y, en tercer lugar, la impecable redacción y presentación tan «natural» de cada uno de los temas consigue que la lectura sea muy cómoda y fácil de seguir (pese a la complejidad de la materia) gracias a los distintos ejemplos y aclaraciones que realiza tanto en el texto principal como en las notas al pie (en las que, dicho sea también, presenta una gran cantidad de citas de autores alemanes, españoles, peruanos, chilenos, argentinos). Cabe agregar que –quien esté familiarizado con los trabajos y estilo de GARCÍA CAVERO lo notará en seguida– las soluciones y su toma de postura siempre van un paso más allá, presentan muchas novedades (en este sentido, por ejemplo, ya el prólogo es un claro ejemplo de lo que representa esta 4.ª edición) y dan lugar a mayores reflexiones útiles no solo a los académicos, sino también a los abogados en ejercicio.

El manual en su última edición gana mucho en claridad y en la exposición frente a lo que el autor presentó en la 3.ª ed. Así, por ejemplo, da cuenta de esto la reorganización que ha realizado, en la parte I, integrando y reubicando apartados para formar los actuales capítulos I y II. También actualiza, y mejora –si cabe– la redacción e incorpora nuevas materias (por ejemplo, «Medidas para-penales»: p. 194; «El estado de necesidad preventivo»: p. 195; «La responsabilidad estructural o prevención reactiva»: p. 197; «La responsabilidad subsidiaria»: p. 198; «Un Derecho penal propio para las personas jurídica»: p. 198) y otro principio (el de resocialización: pp. 229-230) en el capítulo III. En la parte II, el capítulo IV se refuerza con la incorporación y ampliación de los apartados correspondientes a la adecuación constitucional, político-criminal y jurídico-penal para la creación de la ley penal (pp. 243-248). Las variaciones y mejoras que presenta el autor en la exposición de los capítulos V y VI son sutiles, aunque contribuyen a esa depuración que está buscando al concentrar toda la atención en lo directamente relacionado con el Derecho penal económico. En la parte III es un cambio notorio –como ya había mencionado– la eliminación del capítulo VIII («La acción»), aunque incorpora algunas de estas ideas en el actual capítulo VII («La perspectiva de análisis del delito económico»). Más adelante, modifica la ubicación del «derecho de no declarar contra uno mismo», que pasa del capítulo XI («Las estructuras de descargo de la imputación») en la edición anterior al actual capítulo XI («La

culpabilidad»). En la parte IV destaca frente a lo desarrollado en la edición anterior, la incorporación de un apartado relacionado con las penas de las personas jurídicas a la luz de la Ley núm. 30424, un espacio ideal para que el autor exponga su posición respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Hasta aquí pienso que he dado cuenta de los suficientes elementos para afirmar que el manual del profesor GARCÍA CAVERO genera muchos temas de interés y abre las puertas para plantear distintos puntos de encuentro o de discusión. Aquí, sin perjuicio de las mayores precisiones que se pueden generar, me gustaría presentar dos reflexiones generales: La primera, sobre el juego que presenta el Derecho penal con la anticipación de su intervención. Y esto debido a que el autor menciona en repetidas ocasiones (y lo mismo hace en el momento de revisar los delitos en otros trabajos) que existe una especial predominancia de los delitos de peligro abstracto en el Derecho penal económico –como también advierte KUBICIEL– por eso, se ve en la necesidad de desarrollar la legitimidad, subclasificaciones (siguiendo la propuesta, entre otros, de WOHLERS de delitos preparatorios, acumulativos, de peligrosidad concreta) uso, ventajas e incluso nuevas variables (por ejemplo, los *Verhaltensdelikte*) de esta clasificación. Lo interesante aquí es que García Caveró señala –en mi opinión, de modo acertado– que el castigo del peligro abstracto no se hace sobre la base de una simple presunción legal ni por un estado subjetivo creado en la ciudadanía, sino más bien –asumiendo la posición de KINDHÄUSER– por perturbar las condiciones para disponer despreocupadamente del bien objeto de protección. Sobre el punto lo que podría afirmar es que esta postura tiene la ventaja de superar aquellos intentos por refundar el concepto de peligro y anclarlo sobre la base de un porcentaje o una presunción. No obstante, pienso que esa postura impide reconocer los matices de las subclasificaciones que el propio GARCÍA CAVERO reconoce previamente. La revisión y eventual reconfiguración del concepto de peligro –más aún en el contexto de los delitos del Derecho penal económico– se hace pues necesaria.

La segunda reflexión se presenta al desarrollar el distanciamiento que existe entre el Derecho penal (económico) y el Derecho administrativo sancionador, y que se deriva directamente de lo expuesto en el párrafo anterior. Nuevamente, el autor parte de una afirmación que aquí se comparte: la diferencia entre ambas ramas del Derecho público no puede fundamentarse, o no exclusivamente, en una diferencia cuantitativa. Pienso que, si bien puede coincidir la protección sobre el mismo bien jurídico protegido, lo que hay que tener en cuenta es la clase de conducta que se intenta reprimir y el contexto. No sería de recibo, por ejemplo, que bajo la configuración del Derecho administrativo sancionador descansa la imputación y la sanción de los delitos tributarios, de seguridad e higiene de los trabajadores o del fraude en la administración de persona jurídica. Incluso cuando no se esté frente a la producción de un resultado lesivo, y sí ante la configuración de un delito de peligro abstracto, es posible partir de una distinción de carácter esencial. Ahora bien, reconoce el autor que el problema de la delimitación puede darse frente a delitos formales o de mera desobediencia en tanto ya no hay una conducta «normativamente peligrosa», sino actos de desobediencia a la Administración. En mi opinión, ese justamente es el escenario adecuado para dar cuenta de una figura como la desvinculación –me he referido a esta en otro lugar: *Aproximación a la intervención penal anticipada*, Lima, 2018– en la que el centro ya no es el peligro, sino más bien el rompimiento con aquellas instituciones o relaciones institucionalizadas propensas a ser cuestionadas.

Con todo, se trata de un trabajo que, junto con su Parte Especial (2ª ed. completamente actualizada y aumentada, vol. 1, 2015; vol. 2, 2015; vol. 3, 2016), constituye una potente obra de

lectura necesaria, pues supone una magnífica forma de acercarse y entender el funcionamiento, las peculiaridades y los retos del Derecho penal económico.

Jesús-María Silva Sánchez, El riesgo permitido en el Derecho penal económico, Editorial Atelier, Barcelona, 2022, 183 páginas

Ángel José Sanz Morán
 Universidad de Valladolid
 ajsanz@uva.es

-

Si hace ya una veintena de años, en otra reseña a una obra del profesor Silva, entendíamos «innecesario recordar» su «impecable trayectoria científica» (*Revista de Derecho Penal*, (2), enero 2001, pp. 293-297, 294; después, en *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., 2011, pp. 225-231, 227), qué decir ahora, cuando el número de sus aportaciones se ha incrementado desde entonces muy notoriamente, sin ceder un ápice, más bien al contrario, en calidad. Buena muestra de ello es esta última (hasta la fecha) monografía, que, pese a no ser demasiado extensa, constituye un completo repaso de los problemas nucleares de una categoría tan poco precisa como la del «riesgo permitido», análisis que, pese a lo que reza el título de la obra, no se limita al ámbito del Derecho penal económico, sino que adquiere alcance general.

Veamos cuál es el curso de la argumentación de SILVA SÁNCHEZ. El primero de los nueve capítulos en los que se divide la obra (pp. 15-43) se centra en la «delimitación del concepto de riesgo permitido», depurándolo «de las adherencias recibidas a lo largo de más de cien años» y «devolviéndolo a su origen histórico» (p. 17). Descarta, por «inmanejable», la comprensión amplia de aquél, que comprendería «la práctica totalidad de los riesgos penalmente atípicos, es decir, aquellas conductas que son peligrosas para un bien jurídico, pero no penalmente relevantes» (p. 18). Y, aunque «apunta en una dirección razonable», tampoco entiende SILVA correcta la limitación del concepto que nos ocupa «a una clase de conductas penalmente atípicas»; en concreto, «a aquellas en las que el argumento para la atipicidad es el criterio del interés social preponderante» (p. 20). Frente a ello, lo propio de la expresión «riesgo permitido» es «que sólo puede alcanzar a aquellas conductas peligrosas que son penalmente atípicas en virtud de ser jurídicamente permitidas. Más en concreto: formalmente permitidas por el ordenamiento jurídico extrapenal». Así pues, mientras que la tipicidad «es una categoría teleológica –específicamente penal– del sistema del delito», el riesgo permitido «viene integrado ya en la teoría general del ilícito» (p. 21). Particular interés tiene el estudio, emprendido a continuación (pp. 22 ss.), de la separación entre «adecuación social», concepto que «refleja la apertura del subsistema del Derecho penal al sistema de las normas sociales» (constituiría, por ende, «una manifestación de la costumbre como fuente del Derecho») y «riesgo permitido», que «expresa la apertura del subsistema del Derecho penal al subsistema formal de Derecho –público y privado– en el que aquél se integra». De ahí que cuando se trata de fundamentar la atipicidad penal de aquellos riesgos permitidos por el Derecho público o privado, se apela a los principios de unidad del orden jurídico y subsidiariedad del Derecho penal (p. 25). Se sirve SILVA, a continuación, de algunos ejemplos (pp. 27 ss.), que ilustran las peculiares relaciones existentes entre adecuación social y riesgo permitido. Y cierra nuestro autor este primer capítulo con una serie de epígrafes (pp. 32 ss.) destinados a avanzar en una idea central en la que se insistirá a lo largo de la obra: la importancia central que, tanto para la libertad como para la seguridad jurídica cobra la institucionalización del riesgo permitido mediante un sistema administrativo

regulatorio que ha tenido como efecto «desplazar la solución de los conflictos entre libertad de acción y seguridad de los bienes a un momento general *ex ante*»; lo que, a su vez, implica, en «términos sistemáticos jurídico-penales», el «traslado de problemas del ámbito de la justificación (es decir, del examen de cada conducta concreta) al ámbito de la tipicidad (de la clase genérica de conductas)» (p. 39). De este modo, «el marco de permisión de riesgos ya no viene dado por una ponderación de intereses en términos económicos-utilitaristas, sino por un análisis consecuencialista que tiene un horizonte más amplio, así como algunos límites deontológicos claros» (p. 41).

En el capítulo segundo se aborda el problema de la ubicación del riesgo permitido en el sistema de la teoría del delito (pp. 45-65), resumiendo, en una apretadísima –y muy clara– síntesis la «inestabilidad sistemática» (pp. 47 ss.) que aqueja a esta figura; se plantea incluso «si el riesgo permitido es una categoría dogmática o, sencillamente, constituye un criterio interpretativo que maneja el juez» (p. 47, y allí la nota 68). Como atinadamente advierte SILVA SÁNCHEZ, tal inestabilidad sistemática «no es un problema del riesgo permitido en sí, sino de la pretensión de los diversos modelos de teoría del delito de someterlo, más o menos forzadamente, a los corsés de sus respectivos sistemas» (p. 53). Concluye nuestro autor ubicando al riesgo permitido en la «doctrina del comportamiento desaprobado», de modo que, en algunos casos, la conducta «ni siquiera alcanza a ser típica» y, en otros, habrá que examinar el caso «a la luz de la doctrina de las causas de justificación», dependiendo «del distinto grado de concreción o especificación en la conducta» (p. 53). Tras ejemplificar con el Reglamento UE 1099/2009, de 24 de septiembre (pp. 53 ss.) y recapitular, de manera muy clara, lo hasta entonces expuesto (pp. 55-56), cierran el capítulo un breve excursus sobre el riesgo permitido y la teoría de las normas (pp. 56-58) y un epígrafe (de singular importancia en el contexto de la investigación) destinado al problema de la accesoriadad administrativa o civil, distinguiendo entre accesoriadad «negativa» y «positiva» (p. 58); lo ejemplifica con el problema del fraude de ley tributario (pp. 61 ss.) y cierra con un excursus referido a las denominadas «conductas neutras de intervención», aclarando cómo éstas «no coinciden exactamente con las socialmente adecuadas ni con los riesgos permitidos» (p. 64).

El tercer capítulo (pp. 67-85) aborda el problema del fundamento del riesgo permitido. Comienza aclarando (pp. 67 ss.) el sentido de la distinción entre «fuentes» del riesgo permitido, su «fundamento» (situado provisionalmente –y con matices– en el principio de interés preponderante) y «técnicas de apertura» del Derecho penal a las fuentes de permisión del riesgo. Aborda SILVA, a continuación, el problema del fundamento extrapenal del riesgo permitido, en cuanto «institución jurídico-dogmática clave de la “sociedad del riesgo”, es decir, del modelo social que identifica al mundo occidental de los últimos cincuenta años» (pp. 69-70), centrándose en el problema de la política de las decisiones de permisión de riesgos (pp. 72 ss.) y, en particular, en el contraste entre un modelo utilitarista del interés preponderante (según el cual, «un riesgo es razonable, y por tanto puede ser permitido, cuando los costes esperados de su permisión son inferiores a los beneficios que reporta tal permisión», p. 74) y las múltiples dificultades a que tiene que enfrentarse. Asimismo, se afronta la alternativa al modelo utilitarista que propone la aproximación contractualista (de acuerdo con la cual, «el criterio para decidir sobre la permisión de riesgos es un consenso social adoptado tras el velo de la ignorancia, de modo que se garantice la imparcialidad de todos los intervinientes», p. 79). Cierra el capítulo un esclarecedor estudio de los canales formales de legitimación de riesgos abstractos (pp. 81 ss.). Recuerda SILVA que «las regulaciones básicas sobre riesgos tienen que adoptarse de entrada mediante una ley formal, aunque es obvio que la dinamicidad de las decisiones requiere que la ley remita con cierta amplitud a las instancias inferiores». Pues bien, en esta tesitura, y tras mostrar las ventajas e

inconvenientes de uno u otro modelo, concluye que «el procedimiento administrativo de elaboración de normas resulta más adecuado que el proceso judicial penal de toma de decisiones», pues «aquél puede atender mejor a las alegaciones de los expertos y de los afectados, de modo que cuenta con más información». Aunque matizando, a continuación, que «en relación con los procedimientos de dictado de los actos administrativos quizá no se pueda decir exactamente lo mismo» (p. 84).

El capítulo cuarto (pp. 87-111) se refiere al papel central que cobra, en el contexto que nos ocupa, la técnica jurídico-administrativa de la regulación sectorial, la cual supone «adoptar una posición intermedia entre la libre permisión y la prohibición absoluta *ex ante* de una clase de riesgo» (p. 87). Tras exponer lo característico de esta técnica, concluye SILVA que «la integración del riesgo permitido es relativamente sencilla en aquellos ámbitos del Derecho penal en los que se ha ido introduciendo una cierta lógica regulatoria –esto es, un criterio distributivo–. En cambio, resulta casi imposible en los que mantienen con mayor pureza la lógica retributiva-represiva conmutativa» (p. 91). A continuación (pp. 92 ss.), estudia el catedrático de la Universidad Pompeu Fabra la forma diversa en que opera la permisión jurídica –extrapenal– de riesgos según el tipo de delito de que se trate, analizando separadamente los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, contra bienes jurídicos patrimoniales y contra bienes personales intrínsecos. Y, en relación con estos últimos, insiste en «la necesidad imperiosa de distinguir entre las actividades abstractamente peligrosas para bienes personales y las conductas de puesta en peligro concreto de estos» (p. 100), concluyendo que «cuando en el marco de un riesgo permitido en abstracto, se suscita una situación de peligro concreto, grave e inminente para bienes personales, existe el deber de impedir que esta se traduzca en lesión» (p. 102). Cierran el capítulo un breve epígrafe relativo a la relación entre riesgo permitido y causas de justificación (insistiendo en que uno y otras «son expresiones de la misma noción –la permisión general de la conducta– en niveles sucesivos de especificación de la licitud de esta», p. 108) y otro en el que se ocupa con la relación entre riesgo permitido y creciente procedimentalización y automatización del Derecho (pp. 109-111).

El quinto de los capítulos en los que se divide la obra que nos ocupa estudia (pp. 113-131) las condiciones de permisión de un riesgo, de acuerdo con la siguiente estructura: 1) otorgamiento de una licencia o permiso; 2) posterior seguimiento de un sistema de reglas, orientadas a la minimización del riesgo; 3) en caso de advenimiento de un riesgo concreto para un bien jurídico intrínseco, cumplimiento de deberes de evitación de resultados sobrevenidos; 4) en este mismo supuesto de riesgos concretos, imposición de deberes o derechos de intervención protectora; y 5) en caso de producción de un daño, el pago de una indemnización en concepto de responsabilidad civil. Se van analizando estos distintos pasos introduciendo ejemplos esclarecedores del hilo argumentativo, alguno tan clásico como el «caso de los pelos de cabra». Y cierra el capítulo una reflexión (pp. 125 ss.) sobre la posición jurídica del sujeto amparado por un riesgo permitido; en particular, el modo en que «el advenimiento de un riesgo concreto, inminente y grave modifica en general la condición permitida del riesgo abstracto» (p. 125), con un breve excurso relativo a lo que sucede en el caso de la denominada responsabilidad por los productos (pp. 128 ss.).

El capítulo sexto, bajo el título «Un modelo de actuación para órganos judiciales» (pp. 133-151), aborda fundamentalmente cuestiones de técnica legislativa, analizando por separado las dos opciones a que recurre con mayor frecuencia el legislador penal en el contexto que nos ocupa: o bien refiriéndose al riesgo permitido «mediante cláusulas generales y que sea el juez penal el que

proceda a su concreción», opción que se manifiesta «en los tipos de delitos imprudentes, así como en aquellos tipos dolosos que incorporan elementos típicos de antinormatividad administrativa o civil»; o bien «mediante una remisión expresa –accesoriedad explícita– de modo que su concreción tenga lugar esencialmente en virtud del sistema de jerarquía de normas y actos administrativos», opción «propia de las leyes penales en blanco» (pp. 133-134). Obviamente, la primera de las técnicas es más flexible que la segunda. Estudia con detenimiento la labor que compete al juez en cada una de estas opciones «significativamente distintas, dado el diverso alcance del principio de legalidad en cada una de ellas» (p. 134). Resulta singularmente sugerente el estudio que dedica nuestro autor al denominado «efecto de bloqueo», en sus dos variantes, prohibitivo y permisivo, a que da lugar la técnica de la ley penal en blanco (pp. 144 ss.).

Los tres últimos capítulos del trabajo, de dimensión más reducida, se ocupan de diversas cuestiones complementarias. Así, el número siete, se ocupa (pp. 153-159) de los «riesgos ya no permisibles», es decir, aquellos supuestos en los que existe un auténtico «derecho de los ciudadanos a ser protegidos mediante el Derecho penal», de modo que deba hablarse de «vulneración de la prohibición de infraprotección», en caso de que aquel derecho «no se vea satisfecho o no lo sea de modo suficiente» (p. 154). El problema se dará allí donde se recurre «a la técnica legislativa de la ley penal en blanco en combinación con el peligro concreto para bienes intrínsecos de las personas» (p. 157).

El capítulo octavo, se centra en los problemas particulares que suscita la remisión a disposiciones no estatales (pp. 161-168), centrándose en dos problemas: el de la distinción entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*, allí donde se nos encontramos una remisión «a disposiciones administrativas sectoriales de contenido “técnico” y, todavía más, las remisiones de esta últimas a las reglas técnicas» (pp. 164-165); y el relativo al «riesgo permitido condicionado en la actividad empresarial general» (pp. 165 ss.), donde el espacio del riesgo permitido empresarial, definido en el Código Penal (como sucede en el caso español: artículos 31 bis y ss.), o en la correspondiente ley especial, «puede ser luego integrado» de una de estas dos maneras: «mediante un reglamento –esto es, una disposición administrativa–», o bien mediante «disposiciones de origen privado». Pero con ello se vuelve a producir lo que ya antes ha subrayado SILVA: «en términos procesales, antes o después el cumplimiento normativo acaba siendo, paradójicamente, una *quaestio facti* y no una *quaestio iuris*» (pp. 167-168).

Y cierra este estudio un breve, pero sugerente, capítulo (el noveno), donde se aborda «el problema procesal de las cuestiones prejudiciales y sus consecuencias materiales» (pp. 169-174), centrándose en la oscilante jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la relación entre los artículos 4 LECrim. y 10.1 LOPJ, que conduce a que la jurisdicción penal proceda tratando las disposiciones administrativas de complemento como si estuviéramos ante una cuestión de hecho (p. 172); proceder que parece ratificar la «poco clara» posición del Tribunal Constitucional a este respecto (pp. 173-174).

Apenas es necesario insistir en las cualidades académicas del Profesor SILVA, que brillan de nuevo en la obra que nos ocupa. Como indicaba anteriormente, no estamos sólo ante una caracterización del papel que juega el «riesgo permitido» en el ámbito del Derecho penal económico, como parece desprenderse del título, sino ante una investigación de alcance más general sobre la reiterada categoría, con una clara sistematización de los aspectos dignos de consideración y una aportación bibliográfica muy completa, donde sólo echo en falta la muy reciente monografía –posiblemente no pudo por ello ser tomada en consideración– de la

profesora Pantaleón Díaz (*Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*, 2022) sobre la relación entre los modelos de imputación de responsabilidad civil y penal, donde encontramos también sugerentes reflexiones sobre el riesgo permitido (*Delito y responsabilidad civil*, pp. 160 ss.) y, más allá de ello, sobre el sentido de la relación entre tipo y justificación (*ibidem*, pp. 211 ss.).

Entiendo especialmente atinado, en la monografía de SILVA, el que relativice, de entrada, el problema de la ubicación sistemática del riesgo permitido –más allá de la constatación de su fluida operatividad bien en sede de atipicidad, bien de justificación–, pues ello le permite centrarse en otros aspectos controvertidos –y menos estudiados– de esta categoría jurídica. No obstante, echo en falta una consideración más detenida de la relación entre riesgo permitido y teoría de la imputación objetiva, máxime teniendo en cuenta que, pese a las distintas variantes que ofrece esta última construcción dogmática, suele ser frecuente caracterizarla como exigencia de que –más allá de la conexión causal entre acción y resultado– «la acción haya creado un peligro, *jurídicamente desaprobado*, que se ha realizado en el resultado típico» (así, por ejemplo, TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1986, pp. 33-48, 33, cursiva añadida); o, de acuerdo con la definición recogida en el influyente *Tratado* de Roxin, «un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico *no cubierto por un riesgo permitido* y este peligro también se ha realizado en el resultado concreto» (1997, § 11, nm. 38; trad. Luzón/Díaz/de Vicente; cursiva añadida).

Sí se adentra SILVA, por el contrario, y de manera muy sugerente, en el complejo problema –también en la esfera procesal– de la imbricación de las prohibiciones jurídico-penales en el conjunto del ordenamiento jurídico, que es abordado aquí desde muy diversas perspectivas. Predomina, eso sí, una caracterización preferentemente descriptiva, sin insistir tanto, por el contrario, en las implicaciones político-criminales. Así, por ejemplo, si bien aborda la distinta incidencia que cobran, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, los modelos de relación del tipo penal con la regulación extrapenal, sorprende que apenas se reflexione críticamente sobre lo que ello pueda comportar desde la óptica del proceso de «administrativización» del Derecho penal, cuestión que aparece como objeto central de su crítica en otras contribuciones de referencia relativas a la expansión en general del derecho penal (*La expansión del Derecho penal*, 2011, pp. 131 ss.), o al modo específico en que se está incorporando a los derechos nacionales el denominado «Derecho penal europeo» (véase, por ejemplo, «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica», *Revista Penal*, (13), [enero 2004], pp. 138-150, 144, donde critica el surgimiento de una suerte de «Derecho penal de *autoprotección* administrativa», cursiva original).

Con todo, cabría oponer que la obra aquí reseñada trata de mostrar lo que sucede, sin entrar a fondo en la discusión de si ello es lo más adecuado o no desde la perspectiva de lo que deba ser un Derecho penal «correcto», categoría, por lo demás, de muy difícil precisión. Ésta parece ser la intención última de la obra: presentar los diferentes problemas implicados y no tanto tratar de darles una solución definitiva. Y de ahí también que en relación a alguna de las múltiples cuestiones planteadas nos gustaría encontrar una exposición más pormenorizada; por ejemplo, en lo relativo al problema central de cómo –y con qué exigencias concretas– una permisón general del riesgo en el ámbito extrapenal puede, sin embargo, transformarse en deber de evitación del daño en casos de peligro concreto para bienes personales, máxime si, como

acabamos de sugerir, situamos la idea del riesgo permitido en el contexto de la imputación objetiva de un resultado a la acción que genera el peligro ulteriormente concretado en aquél.

Sucede aquí que al lector –al menos ese es mi caso– este magnífico trabajo le sabe a poco y tras leerlo casi de un tirón querría seguir disfrutando de la diáfana y precisa argumentación de Jesús Silva.

Réplica a la Recensión de Nicolás Eduardo Ayestarán a Teoría de las normas e injusto penal, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2022, 471 páginas (InDret 1/2023)

Alfredo Alpaca Pérez
Universidad de Extremadura
aalpaca@unex.es

-

Esta réplica debe iniciar de manera irremediable con un profundo agradecimiento a Nicolás Eduardo AYESTARÁN. Y esto no solo por haber dedicado su tiempo a la lectura de mi libro, sino también por destinar su esfuerzo y creatividad a la elaboración de una recensión en la que no solo sintetiza de manera acertada las ideas principales aparecidas en ese libro, sino que también formula algunas oportunas e interesantes observaciones a su contenido.

Parecen ser dos las observaciones que, en su recensión, AYESTARÁN hace sobre el planteamiento desarrollado en el libro. Primero, cuestiona la forma de comprensión de la norma que se sigue en la investigación: un mandato o prohibición que impone un deber a un destinatario idóneo en el caso concreto o en una específica situación. Acompañada de argumentos adicionales que en el libro pueden encontrarse, se propone en él la idea de que la norma no solo es fuente de deberes (norma como directiva de conducta), sino también de derechos (norma como expectativa de conducta). Pues bien, AYESTARÁN estima «problemática» la idea de que de la norma emanen expectativas de conducta si es que al mismo tiempo se considera, como se hace en el libro, que la norma no es una de carácter «abstracto-general».

Al respecto, del contenido del libro se desprende una comprensión de la «expectativa normativa» como un derecho a esperar de otro un determinado hecho, y no como una pauta («norma» como una regularidad social o como «metáfora expresiva» del mantenimiento del sistema, en palabras de SILVA SÁNCHEZ), propia del planteamiento del llamado «funcionalismo radical». Por ello, cuando AYESTARÁN indica en su recensión que «para la existencia de una expectativa, es necesario partir de la base que las personas se comportarán de acuerdo al rol que desarrollan», parece estar pensando desde una perspectiva funcionalista de base jakobsiana, la que, pese a su valioso contenido, decididamente no se sigue en el libro.

En el libro advertí expresamente que el planteamiento en virtud del cual la expectativa que genera una norma no puede ser comprendida como un eufemismo de la tradicional y aún dominante opinión consistente en que la norma es «abstracto-general» o, dicho de otra manera, que «se dirige a todos». Si la norma impone un deber en una situación concreta, es en esta en la que se producen efectos hacia todos los que se encuentran dentro de los contornos de esa situación. Y esto es así pues, a mi modo de ver, a la dimensión prescriptiva del Derecho penal le deberían interesar solo aquellos escenarios concretos en los que precisamente sus normas despliegan sus efectos directivos. Para utilizar un ejemplo ofrecido por KINDHÄUSER: a nadie se le ocurriría decir que quien se encuentra sentado en un sofá leyendo el periódico está

«absteniéndose de matar», es decir, actuando conforme a la prohibición del homicidio. Es cierto que una expectativa puede ser vista desde una perspectiva general, pero eso aún no dice nada sobre la expectativa que genuinamente le ha de interesar al Derecho penal: la que se refiere al caso concreto. Por eso, que haya ciertas expectativas generales de conducta no quiere decir necesariamente que haya una norma que permanentemente esté obligando a actuar de esa manera. Esto ya había sido manifestado por Armin Kaufmann mediante su célebre distinción entre norma y deber.

Por tanto, si se considera «útil» que una norma impida que una persona «se inmiscuya en una esfera de organización ajena», tal utilidad solo sería de relevancia para el Derecho penal en un caso concreto. Cuando AYESTARÁN, en su recensión, indica que las normas «establecen pautas para regir la agencia», teniendo por tanto aquellas una vocación de «generalidad», creo que pierde de vista el hecho de que no necesariamente una pretendida generalización de los efectos de una norma equivale directamente a la generalización de los sujetos que deben seguirla. Precisamente, que una norma puede ser tal no por la generalidad de sus destinatarios sino por la generalidad de sus efectos (es decir, porque puede obligar a cualquiera que, cumpliendo ciertas condiciones personales, se encuentre en una situación *concreta*) queda claro, por ejemplo, en el planteamiento de FREUND, quien propone denominar al deber individual (o, como también le llama, a la «norma concretada») sin más como «norma».

El planteamiento en virtud del cual rigen normas en abstracto se explica por un argumento consecuencialista: si el Derecho penal tiene un fin preventivo (protección de bienes jurídicos), entonces sus normas han de ser lo más «amplias» posible, pues así, por razones de conveniencia o necesidad, se garantiza la protección de bienes jurídicos más allá de la discusión referida al destinatario de la norma (esto es, si este pudo o no motivarse por ella). Este argumento, que va asociado frecuentemente con la idea de que una norma, para ser tal, ha de ir necesariamente acompañada de la correspondiente conminación penal (el denominado «modelo de la sanción», desarrollado ampliamente en el libro), tiene, como última consecuencia, la absorción de la teoría de la norma por la teoría de la pena (convirtiéndose esta última en la única importante).

La segunda observación que indica AYESTARÁN consiste en que, en el planteamiento normológico defendido en el libro, aparentemente se «soslaya» el «carácter de co-configurador de la norma» que los partidarios (el autor de la recensión habla de «muchos exponentes») de la doctrina clásica de la imputación «le asignan al destinatario». He de confesar aquí que no logro comprender por completo la anotación que AYESTARÁN hace. Y esto pues, si el autor de la recensión se refiere, por ejemplo, a HRUSCHKA (como exponente de la doctrina clásica de la imputación y a quien con toda justicia se le ha reconocido como el autor que la ha «rescatado» para el Derecho penal contemporáneo), no consigo localizar en el planteamiento de este algún argumento que haga posible considerar que, al destinatario, en palabras de AYESTARÁN, se le «asigna» el «carácter de co-configurador de la norma». Por el contrario, en ese planteamiento, la norma (o, mejor, la regla de comportamiento) que, en el ámbito de la *applicatio legis ad factum*, es confrontada con el hecho (el resultado de la *imputatio facti*), ya está configurada sin participación del agente: cuando HRUSCHKA habla de la regla de comportamiento en su función de configuración, no indica en ningún lugar una necesaria observancia de las condiciones del destinatario para definirla. Más bien, es en el ámbito del primer nivel de imputación (posterior al de la regla de comportamiento en su función de configuración) donde se atiende al agente y se extrae de él únicamente la consideración de si estuvo o no en una situación de *vis absoluta* o de desconocimiento de las circunstancias del hecho (es decir, si concurre o no en él alguna causa de exclusión de la

imputación). Pero esto sucede, como es claro, en el ámbito de la imputación y no de la prescripción. En última instancia, aquí no puedo más que reiterar lo sostenido en el libro: que el planteamiento de HRUSCHKA, pese a advertir dos funciones de la norma, se concentra más en la segunda (función de baremo de medición) que en la primera (función de configuración). Esto no es más que la consecuencia del propio planteamiento del referido autor: el recurso a la imputación y la afirmación de su carácter constitutivo.

De cualquier manera, incluso si AYESTARÁN se estuviera refiriendo a KINDHÄUSER (quien, si bien sigue el planteamiento de HRUSCHKA, lo enriquece con consideraciones propias de la filosofía analítica del lenguaje y de la acción), la referencia que él hace a la «asignación al destinatario de la norma de un carácter co-configurador» tampoco me queda muy clara. En ese sentido, incluso en el ámbito de la imputación de primer nivel, en el que KINDHÄUSER recurre al silogismo práctico, el destinatario de la norma no parece «co-configurarla», sino simplemente no adoptarla como una razón excluyente para la acción, al ser la conclusión del silogismo práctico una conducta que es precisamente opuesta a la conducta que el agente llevó a cabo (lo que explica que esta conducta sea, en el planteamiento de KINDHÄUSER, «contraria a deber»). En este punto, naturalmente, se puede discutir si es que la conclusión del silogismo práctico, que se refiere a la conducta que se tenía que realizar para actuar conforme a la norma (lo que demuestra una necesidad meramente práctica de obrar de cierta manera) puede comprenderse como una conducta obligatoria. Pero no me parece que AYESTARÁN se esté refiriendo a este asunto, sino a una «co-configuración» de la norma por parte del destinatario, lo que, a mi modo de ver, difícilmente podría afirmarse en el planteamiento de un autor que, como KINDHÄUSER, desde un primer momento quiere separar con claridad («analíticamente») el contenido y la función de la norma.

En todo caso, si no he entendido mal, AYESTARÁN parece también objetar que en el libro se evite o se eluda «la tarea de valorar si lo actuado por el destinatario de la norma se condice con el mensaje imperativo propugnado por esta (lo que) formaría parte de la operación que integra la doctrina de la imputación, conocida como *applicatio legis ad factum*». Al respecto solo podría remitirme a lo indicado en el libro: la *applicatio legis ad factum*, como categoría situada entre la *imputatio facti* y la *imputatio iuris*, parece ser una comparación o contrastación entre un hecho y una regla de comportamiento (la *applicatio legis ad factum* parece quedar satisfecha con decirle al agente si ha actuado conforme o contrariamente a la regla, es decir, de manera antijurídica), lo que, a mi juicio, no equivale necesariamente a una valoración.

Más allá de todo lo indicado, la recensión de AYESTARÁN y, sobre todo, el interés y la agudeza que este demuestra con las valiosas reflexiones expresadas en ella, deja algo muy claro: que sobre la teoría de las normas aún hay mucho que decir. Que en los últimos años hayan aparecido varias obras, colectivas e individuales, en lengua alemana o castellana, y que se pronuncian, en mayor o menor medida, sobre las diversas facetas y aspectos de la discusión sobre la teoría de las normas, revela el rol protagónico de esta en la dogmática jurídico-penal contemporánea.

Réplica a la Recensión de Eduardo Riquelme Portilla a El bien jurídico protegido en el delito de cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 427 páginas (InDret 1/2023)

Giorgio Dario Maria Cerina
Universidad de Extremadura
gcerina@unex.es

-

En primer lugar, deseo expresar mi agradecimiento a Eduardo Riquelme Portilla, quien se ha tomado la molestia de comentar una monografía de la que he sido autor. Agradezco también a la revista *InDret* que no solo ha tenido a bien publicar la reflexión de mi colega, sino que me ha dado la oportunidad de «replicarle». Y lo agradezco sinceramente porque el debate me parece *per se* enriquecedor, especialmente cuando se me da la oportunidad de confrontarme con alguien con quien comparto un genuino interés académico. Y, de hecho, mi colega empieza su reseña subrayando precisamente este común interés, insistiendo en la relevancia del problema a cuyo estudio ambos hemos dedicado algún tiempo: la corrupción.

Y he aquí nuestra primera diferencia: me reprocha RIQUELME que, en las anotaciones introductorias, en dos páginas (con cierta prisa, por lo tanto), advierta yo al lector de que, a lo largo del libro, usaré las palabras «corrupción» y «cohecho» como sinónimas. *Pas grave*, según mi colega, «aunque», en su opinión, «hubiera sido *deseable*» (cursiva mía) que precisara que «la relación entre la corrupción y el cohecho es de género a especie». El problema es que yo no lo creo *deseable* (*rectius*: «conveniente»). Las razones las explico en otro estudio (*La insoportable levedad del concepto de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020) que RIQUELME amablemente menciona, pero cuyos argumentos no discute, por exceder del objeto de su recensión. Dado que el espacio del que disponemos suele tener límites (tanto ahora como en el libro objeto de la recensión) me parece preferible remitir a quien tenga interés en el debate terminológico a ese otro estudio; y ello porque (lo que, por otra parte, resta algo de dramatismo a la discrepancia) de cara al trabajo que ahora comentamos, no considero (ni consideré cuando lo escribí) esencial «convencer» al lector, sino que me basta con que, quien lee el libro (mientras lo lea), haga el esfuerzo de entender la palabra «corrupción» como equivalente a «cohecho» (o, si prefiere, «soborno»).

La misma respuesta he de proporcionar a mi amable colega frente a otra «falta» que me apunta: la relacionada con la problemática inherente a la distinción entre cohecho activo y cohecho pasivo que (en la obra que él reseña) apenas señalo. Aquí también, como traté el tema en el otro estudio ya citado, lo que hago es remitir al lector a ese lugar. Eso sí, en la monografía que ahora comentamos expliqué (someramente, es cierto) por qué no me parece esencial adentrarme en una discusión que, a mi modo de ver, sigue (que no precede) lógicamente a la inherente a la acotación del bien jurídico protegido. Puede que no lo haya hecho con suficiente claridad. Así que tomo nota de la observación y me apunto entre los «deberes» publicar cuanto antes mis reflexiones sobre la naturaleza unilateral o pluripersonal del delito de cohecho.

De más calado me parecen las observaciones de RIQUELME acerca de la tesis principal que defiende y, sobre todo, de sus consecuencias (*de lege lata*, pero, sobre todo, *ferenda*). Y aquí, quisiera aclarar que, en mi opinión, si bien es cierto que discrepamos a la hora de acotar el argumento que lleva a ello, las diferencias que el autor quiere ver en el resultado que conlleva adoptar mi postura respecto de la suya... sencillamente no son tales. Para explicar la incompreensión de la forma más breve y gráfica posible, empiezo por algunas de las conclusiones que mi amable colega me imputa: la falta de lesividad del cohecho i) impropio (hacia cuya «punibilidad», según RIQUELME, yo sería «crítico»); y ii) del parlamentario que «vende su voto» (en cuyo comportamiento, según mi amable colega, yo no vería «nada reprochable»). En el libro comentado, la idea central sobre la que construyo mi propuesta me lleva a concluir justo lo contrario que lo que se me reprocha. Concretamente, que la corrupción impropia es delito de lesión del bien jurídico protegido (apartado 5.5.1.2); y que el cohecho del «político» afecta también al bien jurídico protegido (apartado 5.5.5.2). De hecho, mi reflexión parte justamente de los problemas con los que se las ha tenido que ver quien, a la hora de aproximarse al bien jurídico protegido en el delito de cohecho, no se ha conformado con genéricas referencias a la honradez, lealtad (o similares) del funcionario público o al prestigio de la Administración pública, sino que, con la Constitución en la mano, *mutatis mutandis*, ha preferido optar por ideas reconducibles a la imparcialidad o al correcto funcionamiento de la Administración pública. Puesto que, para que el delito se consuma, no se precisa realizar el acto del cargo objeto de la compraventa corrupta, ¿se trata entonces de un delito de peligro abstracto? Y, si el acto del cargo es delictivo, ¿no es acaso el cohecho la tipificación expresa de un acuerdo para delinquir penado a menudo más que el delito-fin? Y ¿qué imparcialidad o elemento del funcionamiento de la Administración se afecta cuando el acto del cargo pactado (o que se intenta pactar) es el mismo que se hubiera realizado sin el cohecho? ¿Y si no se pacta ningún acto concreto, sino que el soborno se admite en consideración a la función?

Ciertamente, como señala (con razón) RIQUELME, lo que caracteriza mi propuesta es la presencia, al lado de la «imparcialidad», del adjetivo «procedimental», que hace referencia al procedimiento de toma de decisiones. Con eso, he pretendido desplazar el foco desde el acto (corrupto) pactado al propio pacto (corrupto) que, en definitiva, es lo que el legislador penal proscribía cuando tipifica el cohecho. Así, la referencia al «procedimiento» evita los problemas que ha tenido quien, primero, ha identificado el bien jurídico protegido por el delito de cohecho con la imparcialidad, y después ha tenido que explicar cómo un acto válido (igual al que se hubiera dictado sin el soborno) puede también ser parcial: en el cohecho, lo parcial no es necesariamente el acto, sino el procedimiento que lleva a su adopción.

Pero ¿qué quiere decir «procedimiento de toma de decisiones»? Tengo la sensación de que (seguramente por mi culpa) se ha entendido que me refiero al conjunto normativo extrapenal que regula las formalidades a las que se halla sometido el funcionario. Algo parecido al de orden administrativo (RIQUELME lo califica de «reglado»). Pero, según digo expresamente (apartado 5.4.3, titulado «El procedimiento de toma de decisión como algo distinto al procedimiento administrativo»), no deben confundirse. Y no tanto porque pueda haber un cohecho penalmente relevante frente a un procedimiento administrativo formalmente correcto, sino porque i) el concepto penal de funcionario público impone la búsqueda de un sustrato «procedimental» que vaya más allá de la idea administrativa de función pública, que abarque al poder legislativo y al judicial, al acto reglado y al discrecional; y ii) es evidente que la disciplina de la LPACAP en materia de nulidad del acto administrativo (en particular, los arts. 47.d y 125.1.d) no puede esgrimirse como fundamento de la sanción penal del cohecho (sobre todo, impropio); lo que, una

vez más refuerza iii) la necesidad de centrar la atención en algo distinto a la legalidad formal del acto del cargo. Con otras palabras, quizá de manera menos «formal», me refiero a las pautas subyacentes a la toma de decisiones (estén más o menos «regladas»); y estas resultan completadas (más que reforzadas) con la tipificación del cohecho. Simplificando la cuestión, el delito de cohecho (tipo básico) no necesariamente sanciona penalmente el incumplimiento de la normativa extrapenal que regula el procedimiento de toma de decisiones, sino que inserta en este procedimiento una regla más: que se lleve a cabo sin sobornos. Y, según trato de argumentar en los apartados 5.4.1, 5.4.4 y 5.4.5, lo hace porque (y, en tanto en cuanto) la interferencia que se sustancia en el soborno penalmente típico merma (de forma especialmente grave) la imparcialidad que ha de tener este procedimiento, menoscabando así la legitimidad de la decisión en la que desemboca (sea la misma conforme o contraria a Derecho). Por tanto, si se toma en serio la referencia al «procedimiento», ya no puede decirse que, habiendo «corrupción», a la vez puede haber «respeto del procedimiento».

En definitiva, no defiendo la irrelevancia penal del cohecho impropio y del cohecho del político. Mi insistencia en diferenciar la imparcialidad que el pacto corrupto proyecta sobre el proceso de toma de decisión de la que se refleja en el acto objeto del pacto corrupto me permite no solo legitimar la tipificación del cohecho impropio (en el que, por ejemplo, el acto del cargo pactado resulta ser el mismo que se hubiera realizado sin soborno) y del parlamentario (que acepta un soborno para realizar un acto propio de su cargo, incluso si, como quieren algunos, se acepta que, sobre ese acto del «parlamentario», poco o nada puedan decir los tribunales), sino también (apartado 5.5.4), el cohecho de facilitación (eso sí, con algunos arreglos interpretativos o *de lege ferenda*). Y, de hecho, como intuye mi colega, el cohecho del parlamentario (*rectius*: del político) es un banco de pruebas especialmente apropiado para la propuesta: como dice RIQUELME, aquí, desde un punto de vista formal-externo, «la decisión del corrupto en nada se diferencia de la decisión del que no lo es» (*ictu oculi*, el problema atañe al ejercicio de cualquier poder discrecional). De ahí que, quien pretenda fundamentar la sanción de la corrupción del parlamentario en el contenido de su acto, encontrará serias dificultades que la referencia al «bien común» resuelve solo si se prescinde de cualquier ulterior pregunta acerca del «interés político» (así lo denomina RIQUELME). Si, en cambio, se enfoca la cuestión utilizando las lentes de la legitimidad del acto del político que presupone una dialéctica que implica una ponderación de intereses llevada a cabo con cierta imparcialidad (¡procedimental!), deviene plausible ver en el cohecho un elemento perturbador difícilmente compatible con la búsqueda de un *output* racionalmente aceptable (para la ciudadanía).

El autor de la recensión prefiere situar el desvalor de la corrupción del político en la motivación («lo que inspira la decisión») económica («percepción de una ganancia indebida») del corrupto. Pero resulta claro que, si la «motivación» es el «conjunto de factores que determinan en parte las acciones de las personas», una vez puesto el foco en los factores «externos», obtenemos algo que se parece al (o es parte del) «procedimiento de toma de decisiones».

En realidad, por tanto, la discrepancia con mi colega puede reducirse al componente valorativo que descalifica la motivación/el proceso de toma de decisión corrupto. RIQUELME lo cifra en «el interés económico»; yo prefiero hablar de «parcialidad». En primer lugar, no creo que se pueda presumir *iuris et de iure* que el interés económico es contrario al interés general; en segundo, por lo menos *de lege lata*, hay cohecho incluso si lo que mueve el funcionario no es un interés económico (soborno como prestación sexual); en tercer lugar, si (incluso *de lege ferenda*) corrupto

es todo parlamentario que toma decisiones en virtud de una motivación económica...la solución a la corrupción sería volver a cargos gratuitos.

La idea de imparcialidad «discursiva» que he propuesto (apartado 5.4), en cambio, me permite salir al paso de la crítica de excesivo «formalismo» que me dirige RIQUELME, pues aquella se formula a la luz de cierto planteamiento de teoría y filosofía del Derecho (de ahí mis referencias a HABERMAS y RAWLS) que me permite vincularla a la legitimidad (apartados 5.4.3 y 5.4.4).

Concluyo entonces reiterando mis agradecimientos al Dr. Riquelme. No sé si he logrado convencerle (de que nuestro desacuerdo no es tan profundo como él apunta). Espero que así sea por lo menos en parte.